

“ประโยชน์สาธารณะ” ในแง่มุมคดีปกครอง*

อนันต์ คงเครือพันธ์**

บทคัดย่อ

“ประโยชน์สาธารณะ” เป็นถ้อยคำที่ใช้ในบริบทกฎหมายมหาชนอย่างกว้างขวางในบางประเทศในทวีปยุโรป นอกเหนือจากหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะถือเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่เนื่องจากคำว่าประโยชน์สาธารณะเป็นถ้อยคำที่มีพลวัตสูง มีความแตกต่างกันไปตามแต่ละสังคม จึงเป็นถ้อยคำที่เข้าลักษณะตามทฤษฎี “ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว” กรณีจึงไม่ควรกำหนดความหมายไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย แต่แม้จะไม่อาจหรือไม่ควรนิยามไว้อย่างตายตัว ฝ่ายปกครองก็จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ที่มั่นคงมาพิจารณาประกอบข้อเท็จจริงและวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป ทั้งนี้ ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาในชั้นท้ายสุดว่า การกระทำหรือการดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นการคุ้มครองหรือมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้น ในระบบนิติรัฐ ก็คือ องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ศาลปกครอง” องค์กรนี้จึงเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญที่สุดและจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจสุดท้ายในการวางหลักเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะให้ชัดเจนยิ่งขึ้นและเหมาะสมตามยุคสมัยต่อไป

คำสำคัญ: ประโยชน์สาธารณะ คดีปกครอง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว

* “Public Interest” in administrative case aspect.

** Anan Khongkruephan

รักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, นิติศาสตรบัณฑิต และศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์) เกียรตินิยมอันดับสอง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, ปริญญาโททางกฎหมายมหาชน (Máster Oficial en Derecho Público) มหาวิทยาลัยการ์โลส เตร์เซโร เด มาดริด (Universidad Carlos III de Madrid) มาดริด สเปน, ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (Doctorado en Derecho, Departamento Derecho Público del Estado)



Abstract

The “Public Interest” is a common legal term frequently used in the context of public law. Apart from the principle of legality of an administrative act, some countries in Europe use the principle of the public interest in a spirit of objectivity as an essential element of a lawful administrative act. Due to its dynamic nature, different in each society, such term is classified as a word of the theory “Undefined Legal Concept”, that should not be defined clearly in law. Although this term cannot or should not be defined definitively in law, it will be a core role of an administrative agency to create the reasonable criteria and basis applying for each circumstance in context of “case-by-case basis”. Ultimately in the Legal State system, the judicial body, especially “the Administrative Court”, will be the final interpreter who builds the legal concept matching the period.

Keywords: Public Interest, Administrative Case, Administrative Discretion, Undefined Legal Concept

1. ความนำ

สังคมและสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งที่ไม่หยุดนิ่งและมีความเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ กฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่ใช้ควบคุมสังคมจึงต้องมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องไม่แพ้กัน การพัฒนากฎหมายอาจเกิดขึ้นเพื่อทำให้เกิดความทันต่อสมัยกาลโดยการตรากฎหมายใหม่ ๆ ขึ้น ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่จะบังคับใช้ หรืออาจเกิดขึ้นโดยการปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่เดิมเพื่อให้มีมาตรการหรือเครื่องมือที่เหมาะสมแก่กาลปัจจุบัน นอกจากนั้น ยังอาจเกิดขึ้นโดยการพัฒนาหลักกฎหมายให้เท่าทันสภาพการณ์ทางสังคม ซึ่งบทบาทนี้ต้องอาศัยทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง รวมทั้งฝ่ายตุลาการในการสร้างให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมร่วมกัน

มุมมองในเรื่องพลวัตดังกล่าว มีอิทธิพลต่อการพิจารณาหลัก “ประโยชน์สาธารณะ” เช่นเดียวกัน เนื่องจากปัจจัยหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงในการพิจารณาถ้อยคำเช่นว่านี้ ก็คือ ความแตกต่างกันไปตามพลวัต ยกตัวอย่างเช่น ในอดีตหากรัฐได้เงินจากการประมูลคลื่นความถี่ในการโทรคมนาคมมากเท่าใด กรณีก็จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศมากเท่านั้น แต่ในปัจจุบัน มีการพิจารณาในมุมมองที่ว่า การประมูลที่มุ่งให้มีการนำเงินเข้าคลังมาก ๆ อาจไม่ใช่การก่อให้เกิดประโยชน์ที่แท้จริง เนื่องจากเมื่อผู้ให้บริการ (ผู้ประมูล) ต้องชำระเงินให้แก่รัฐจำนวนมาก ๆ กรณีก็ย่อมทำให้มีการคิดค่าบริการในอัตราที่สูงต่อผู้ใช้บริการอยู่ดี ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะจึงน่าจะเกิดขึ้นจากการที่ผู้บริโภค¹ ได้รับโอกาสในการใช้บริการในราคาต่ำลง ด้วยมุมมองเช่นนี้จึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้หลายประเทศได้ยกเลิกการประมูลคลื่นความถี่ดังกล่าวลง

ในบทความนี้ ผู้เขียนประสงค์ที่จะศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับหลักประโยชน์สาธารณะในแง่มุมมองที่เกี่ยวข้องทางกฎหมายปกครอง โดยมุ่งค้นหาคำตอบในเบื้องต้นว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะทางกฎหมายเช่นไร สามารถกำหนดนิยามถ้อยคำดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายได้หรือไม่ และกรอบแนวคิดที่จะนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถ้อยคำเช่นว่านี้มีอยู่อย่างไร โดยรายละเอียดหัวข้อย่อยต่าง ๆ มีดังต่อไปนี้

2. ประโยชน์สาธารณะในบริบททางกฎหมายมหาชน

ในประเทศประชาธิปไตยสมัยใหม่ ประโยชน์สาธารณะเป็นถ้อยคำที่สัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้คนมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับผู้ที่มีบทบาทในการดำเนินกิจการหลักของรัฐ อาทิ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ องค์กรควบคุมการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง พรรคการเมืองต่าง ๆ เป็นต้น โดยหากผู้ที่มีบทบาทเหล่านี้ประสงค์จะกระทำการใดอันมีฐานอยู่บนการคุ้มครองประโยชน์

¹ ซึ่งในปัจจุบัน บริการทางโทรคมนาคมถือเป็นปัจจัยที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตจนอาจเรียกเป็นปัจจัยที่ 5 ของชีวิตประจำวันไปแล้ว (Anan Khongkruephan, “Aspecto jurídico de la Privatización de Empresas Públicas: Un estudio comparativo del modelo español con el tailandés,” (Ph.D.dissertation, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.) p.66.)



สาธารณะ การกระทำเช่นนั้น ก็จะได้รับอนุมัติให้กระทำได้เสมอ ในขณะที่เดียวกัน กรณีที่ไม่อาจอ้างประโยชน์สาธารณะได้ ก็อาจไม่ได้รับการอนุมัติให้กระทำได้เสมอไป กรณีเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าผู้มีอำนาจในรัฐซึ่งเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในทางกฎหมายมหาชน จำต้องคำนึงและมุ่งให้การกระทำทั้งหมดของตนมีฐานอยู่บนการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ

ประโยชน์สาธารณะ (Public interest หรือบางครั้งถูกเรียกว่า General interest) เป็นถ้อยคำที่สำคัญและถูกนำมาใช้บ่อยครั้งในทางกฎหมายมหาชน นักวิชาการบางท่านเห็นว่า “ประโยชน์สาธารณะ” เป็น “ข้อพิสูจน์ข้อแรกของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง”² โดยหน้าที่หลักของฝ่ายปกครองคือการจัดทำกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” มิใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนรายหนึ่งรายใด กิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า บริการสาธารณะ ประโยชน์สาธารณะถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งของกฎหมายปกครองและเป็นสิ่งนำมาใช้ในการวางกรอบอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ กิจกรรมที่ได้ดำเนินการโดยเอกชนไม่สามารถจัดได้ว่าเป็น “บริการสาธารณะ” หากมิได้จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณชนทั่วไป งานก่อสร้างต่าง ๆ ไม่จัดว่าเป็นงานโยธาสาธารณะหากมิได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อกิจกรรมใดเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะก็จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง นั่นคืออำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการใช้นิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือบุคคลทั่วไป รวมทั้งอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือการเวนคืน เป็นต้น

ในหลายกรณี อาจมีการเรียกชื่อด้วยถ้อยคำอื่นซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกันกับประโยชน์สาธารณะ เช่น ประโยชน์ร่วมกันของสาธารณะ ประโยชน์ส่วนรวมของชาติและประชาชน ประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชน ประโยชน์ของแผ่นดิน ประโยชน์แห่งรัฐ ประโยชน์ของรัฐ ประโยชน์มหาชนของรัฐ ผลประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์แห่งชาติ ผลประโยชน์ของประชาชน โดยรวม เป็นต้น แม้ถ้อยคำเหล่านี้จะคล้ายคลึงกันก็ตาม แต่เพื่อไม่ให้เกิดปัญหานิยามศัพท์อันหลากหลาย ผู้เขียนขอใช้คำว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นถ้อยคำหลักในการพิจารณาต่อไป โดยประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ มีดังต่อไปนี้

3. “ประโยชน์สาธารณะ” เป็นถ้อยคำที่อาจถูกนิยามไว้อย่างตายตัวในกฎหมายหรือไม่

จากการพิจารณากฎหมายอย่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยาม “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการ

² นันทวัฒน์ บรมานันท์, “การแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และ แนวคิดและปรัชญาของกฎหมายปกครอง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2561, จาก <http://www.pub-law.net/Publawn/view.aspx?ID=461>

ส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น โดยนิยามศัพท์ในส่วนนี้เป็นการกำหนดความหมายในส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติที่มุ่งเพื่อให้การพิจารณาคดีของศาลต้องคำนึงถึงประโยชน์แก่ส่วนรวมด้วย

ส่วนในมาตราอื่น ๆ รวมถึงในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ไม่ปรากฏนิยามศัพท์ของ “ประโยชน์สาธารณะ” แต่อย่างไรก็ดี ได้มีการกล่าวถึงถ้อยคำประโยชน์สาธารณะในหลายจุด ไม่ว่าจะเป็นกรณีในเรื่องระยะเวลาฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง³ โดยเมื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ถือเป็นคดีที่ไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดี หรือในกรณีที่เป็คดีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอาจทำให้เกิดข้อยกเว้นบางประการในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองในศาล อาทิ การที่ศาลอาจกำหนดให้มีการนั่งพิจารณาคดีโดยไม่เปิดเผย โดยการห้ามประชาชนมิให้เข้าฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 60⁴ หรือกรณีการถอนคำฟ้องซึ่งโดยปกติแล้วศาลจะอนุญาต แต่หากเป็นคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ กรณีดังกล่าวศาลมีอำนาจสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 82 วรรคสี่⁵ รวมทั้งในกรณีของศาลปกครองสูงสุด หากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างในการยื่นคำอุทธรณ์นั้น ผู้อุทธรณ์ไม่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลปกครองชั้นต้น จึงเป็นอุทธรณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าปัญหาข้อใดเป็นปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ แม้ไม่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลปกครองชั้นต้น ผู้อุทธรณ์จะยกปัญหาข้อนั้นขึ้นกล่าวในคำอุทธรณ์หรือในชั้นอุทธรณ์ก็ได้ตามระเบียบของ

³ มาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้”

⁴ มาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การนั่งพิจารณาคดีจะต้องกระทำโดยเปิดเผย

ในคดีเรื่องใดเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ถ้าศาลปกครองเห็นสมควรจะห้ามมิให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่าง ๆ ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแห่งคดี ซึ่งปรากฏจากคำคู่ความหรือคำแถลงของคู่กรณีหรือคำพยานหลักฐานที่ได้สืบมาแล้ว ศาลปกครองจะมีคำสั่งดังต่อไปนี้ก็ได้

(1) ห้ามประชาชนมิให้เข้าฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วนแล้วดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่เปิดเผย หรือ

(2) ห้ามมิให้ออกโฆษณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่นว่านั้น

ไม่ว่าศาลปกครองจะมีคำสั่งตามวรรคสองหรือไม่ มิให้ถือว่า การออกโฆษณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแห่งคำพิพากษา หรือย่อเรื่องแห่งคำพิพากษาโดยเป็นกลางและถูกต้องเป็นการผิดกฎหมาย เว้นแต่ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ จะห้ามมิให้มีการเปิดเผยข้อความทั้งหมดหรือบางส่วนแห่งคำพิพากษานั้นก็ได้”

⁵ ข้อ 82 วรรคสี่ ของระเบียบแห่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดว่า

“เมื่อมีการถอนคำฟ้อง ให้ศาลอนุญาตและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความกับคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี แต่ในคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือคดีที่การพิจารณาต่อไปจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม หรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสมยอมกันโดยไม่เหมาะสม ศาลจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้ คำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องให้เป็นที่สุด”

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 101 วรรคสอง⁶ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า แม้จะปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ศาลใช้ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีในส่วน “กฎหมายวิธีสบัญญัติ” ก็ตาม แต่การที่ศาลจะพิจารณาว่าข้อพิพาทหนึ่ง เป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ศาลต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงและสาระสำคัญของกฎหมายในส่วน “สารบัญญัติ” ที่เกี่ยวข้องในคดีนั้นเป็นหลัก สถานะของประโยชน์สาธารณะ ในทางกฎหมายปกครองจึงเกี่ยวพันกับกฎหมายสารบัญญัติโดยตรง เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้ที่มีบทบาทในการตีความถ้อยคำในชั้นต้นจึงเป็นฝ่ายปกครองนั่นเอง

เมื่อฝ่ายปกครองและกฎหมายของฝ่ายปกครองมีบทบาทสำคัญ ประเด็นที่น่าหยาบยกขึ้นพิจารณาประเด็นแรกในที่นี้ก็คือ การจะตีความประโยชน์สาธารณะโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง จะตีความว่าถ้อยคำนี้มีสถานะเช่นไร โดยในเบื้องต้น ต้องพิจารณาว่า การตีความดังกล่าวเป็น “อำนาจดุลพินิจ” ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองหรือไม่

ดังที่ทราบกันว่าอำนาจของฝ่ายปกครองมี 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ การใช้อำนาจผูกพัน (la potestad reglada) และการใช้อำนาจดุลพินิจ (la potestad discrecional) ในตำราทางนิติศาสตร์มากมายได้อธิบายถึงลักษณะของอำนาจทั้งสองไว้ โดยอำนาจประเภทแรกเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้⁷ ในขณะที่อำนาจดุลพินิจ หมายถึงความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายหรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองโดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁸ การที่จะทราบว่าการองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจนั้นจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายใช้ถ้อยคำที่กำหนดผลทางกฎหมายเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

⁶ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 101 วรรคสอง กำหนดว่า

“ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างในการยื่นคำอุทธรณ์นั้น ผู้อุทธรณ์จะต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งในคำอุทธรณ์ และต้องเป็นข้อที่โต้แย้งกันมาแล้วโดยชอบในศาลปกครองชั้นต้น แต่ถ้าปัญหาข้อใดเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ผู้อุทธรณ์จะยกปัญหาข้อนั้นขึ้นกล่าวในคำอุทธรณ์หรือในชั้นอุทธรณ์ก็ได้.

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน รวมบทความเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น.86 - 87.

⁸ เพิ่งอ้าง, น.89.

เกิดขึ้นได้อย่างไร เช่น “จะต้อง” หรือ “มีอำนาจ” หรือ “สามารถ” หรือ “อาจ...ก็ได้”⁹ ดังนั้น สามารถกล่าวได้ว่ารูปแบบของอำนาจดุลพินิจ ก็คือ กฎหมายกำหนดแ่งมุมที่ชัดเจน แต่ไม่ได้กำหนดทั้งหมด และกฎหมายได้มอบอำนาจเชิงอัตวิสัย (juicio subjetivo) ให้ฝ่ายปกครองพิจารณาภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้¹⁰ ฝ่ายปกครองมีอำนาจอิสระในการเลือกทางเลือกใดทางเลือกหนึ่งจากหลายทาง (una pluralidad de soluciones justas) เพื่อบรรลุเจตนารมณ์ของบทบัญญัติหรือกฎหมายนั้นๆ

กรณีต้องพิจารณาต่อไปว่า การตีความเพื่อปรับใช้ของฝ่ายปกครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะอาศัยดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือไม่ เห็นว่า เมื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหัวใจของการกระทำทั้งหมดของผู้ใช้อำนาจรัฐ รวมไปถึงฝ่ายปกครองด้วย การตีความถ้อยคำดังกล่าวจึงต้องมีเกณฑ์พิจารณาพอสมควร เมื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหัวใจของการกระทำของผู้มีอำนาจรัฐ การพิจารณาทบทวนตรวจสอบเพื่อให้เกิดการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง จึงต้องเป็นองค์การที่น่าเชื่อถือที่สุดโดยเป็นองค์กรสุดท้ายในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งในที่นี้ก็คือ ศาลปกครองนั่นเอง ดังนั้น การจะปล่อยให้การตีความดังกล่าวเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งในทางทฤษฎีก็ยังมีข้อถกเถียงกระทั่งปัจจุบันถึงข้อจำกัดในการตรวจสอบโดยศาล จึงไม่ใช่เรื่องที่ถูกต้อง

และเมื่อคำว่าประโยชน์สาธารณะไม่ใช่ถ้อยคำที่เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คำถามต่อไปก็คือ ถ้อยคำดังกล่าวจะมีสถานะอย่างไรในทางกฎหมายมหาชน ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อประโยชน์สาธารณะมีลักษณะสำคัญคือ เป็นหัวใจที่สำคัญที่สุดในทุกการกระทำของผู้มีอำนาจของรัฐ และการตีความอาจเกิดขึ้นในหลายระดับ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ดี ผู้ที่จะชี้ขาดในขั้นท้ายสุดว่า การกระทำใดเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรืออะไรเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทกันขึ้น ก็จะต้องเป็นองค์กรศาลเท่านั้น และอีกลักษณะหนึ่งก็คือ ประโยชน์สาธารณะอาจแตกต่างกันตามแต่ละสังคม แต่ละประเทศ สิ่งที่จะอาจเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศหนึ่งอาจไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะของอีกประเทศหนึ่ง และนอกจากลักษณะที่ได้กล่าวไปแล้ว ผู้เขียนยังมีข้อสังเกตอีกด้วยว่า แม้จะเป็นสังคมหรือประเทศเดียวกัน มุมมองของคำว่าประโยชน์สาธารณะอาจถูกพิจารณาไม่เหมือนกันเสมอไปในทุกยุคสมัย กล่าวคือ เมื่อเวลาเปลี่ยนแปลงไป การดำเนินการหนึ่งอาจถือว่าการปกป้องหรือเป็นการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่อีกช่วงเวลาหนึ่ง การเช่นเดียวกันนี้อาจเปลี่ยนไปและไม่ใช้ภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะอีกต่อไปแล้ว ตัวอย่างก็มีในกรณีของต่างประเทศที่ผู้เขียนได้อ้างไปแล้วในส่วนต้น เช่น ในอดีตหากรัฐได้เงินจากการประมูลคลื่นความถี่ในการโทรคมนาคมมากเท่าใด ก็จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศมากเท่านั้น แต่ในปัจจุบัน มีการพิจารณาในมุมมองที่ว่า การประมูลที่มุ่งให้มีการนำเงินเข้าคลังมาก ๆ อาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ที่แท้จริง เนื่องจากเมื่อผู้ให้บริการที่ประมูลคลื่นได้ต้อง

⁹ เพิ่งอ้าง, น.91.

¹⁰ Anan Khongkruephan, “Aspecto jurídico de la Privatización de Empresas Públicas: Un estudio comparativo del modelo español con el tailandés,” (Ph.D.dissertation, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.) p.314.

ชำระเงินให้แก่รัฐจำนวนมาก ๆ กรณีที่ย่อมมีการคิดค่าบริการในอัตราที่สูงต่อผู้ใช้บริการอยู่ดี ดังนั้นเมื่อบริการทางโทรคมนาคมถือเป็นปัจจัยที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตจนอาจเรียกเป็นปัจจัยที่ 5 ของชีวิตประจำวันไปเสียแล้ว ประโยชน์สาธารณะจึงน่าจะเกิดขึ้นจากการที่ผู้บริโภคได้รับโอกาสในการใช้บริการในราคาที่ต่ำลง ด้วยมุมมองเช่นนี้จึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้หลายประเทศได้ยกเลิกการประมูลคลื่นความถี่ดังกล่าวลง เป็นต้น

จากลักษณะและพลวัตของประโยชน์สาธารณะที่ไม่อยู่นิ่ง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นถ้อยคำซึ่งไม่เหมาะที่จะนิยามไว้อย่างตายตัวในกฎหมาย ซึ่งในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนจะเรียกกลุ่มถ้อยคำเหล่านี้ว่า “ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว (Concepto Jurídico Indeterminado)” โดยหมายถึง ถ้อยคำในทวิบทกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดอย่างตายตัวถึงขอบเขตของถ้อยคำดังกล่าว ในการพิจารณาขอบเขตของถ้อยคำดังกล่าวโดยฝ่ายปกครองจึงต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบกันเพื่อที่จะตัดสินว่าถ้อยคำนั้นจะต้องถูกปรับใช้ในทิศทางใด แต่ทั้งนี้ทางที่เหมาะสมในการนำไปปรับใช้ต่อข้อเท็จจริงหนึ่ง จะมีทางเลือกเพียงทางเดียวเท่านั้น (una unidad de solución justa) ที่จะสอดคล้องกับสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงดังกล่าว¹¹ จากลักษณะเฉพาะของถ้อยคำดังกล่าว สะท้อนให้เห็นถึงความแตกต่างที่ชัดเจนกับอำนาจดุลพินิจ กล่าวคือ อำนาจของฝ่ายปกครองในการพิจารณาปรับใช้ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวนั้น ฝ่ายปกครองไม่มีอิสระในการเลือก ฝ่ายนิติบัญญัติมีได้ให้อำนาจในการเลือกใด ๆ แก่ฝ่ายปกครอง ในขณะที่อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกทางใดทางหนึ่งจากทางเลือกหลายทางได้อย่างอิสระ โดยแต่ละทางเลือกนั้น ในเชิงกฎหมายถือว่ามีความเหมาะสมแล้วกับสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงนั้น¹² ข้อสรุปในเบื้องต้นที่ผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสมในที่นี้ก็คือ ไม่ควรมีการกำหนดนิยามศัพท์คำว่าประโยชน์สาธารณะไว้อย่างตายตัวในกฎหมายต่าง ๆ

4. การจะประเมินว่ากรณีใดเป็นประโยชน์สาธารณะ จะต้องอาศัยเกณฑ์เช่นไร

อาจเกิดคำถามมากมายว่า อะไรเป็นตัวชี้วัดว่าสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือข้อพิพาทใดข้อพิพาทหนึ่งเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือไม่ บางกรณีอาจมีการนึกถึงปัจจัยเกี่ยวกับจำนวนผู้ที่เกี่ยวข้องที่จะได้รับความคุ้มครอง เช่น หากในเรื่องนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์หรือคุ้มครองแก่ประชาชนหนึ่งอำเภอ หรือหนึ่งจังหวัด หรือกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม ก็มีที่ยกประโยชน์สาธารณะขึ้นกล่าวอ้างด้วยเสมอ

นอกจากนั้น การพิจารณาต่างๆ โดยฝ่ายปกครอง หรือแม้แต่การพิจารณาในชั้นศาลก็ตาม มักให้ความสำคัญกับการพิจารณาประโยชน์สาธารณะในแงุ่มุมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนตน

¹¹ Ibid, p.315.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid : Civitas, 2000), p.458.

ในเบื้องต้นหากเกิดกรณีการขัดกันของประโยชน์ทั้งสอง ประโยชน์สาธารณะต้องมาก่อน แต่หากทั้งสองกรณีเป็นประโยชน์ที่เกิดขึ้นได้พร้อมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีก็ถือว่าเป็นประโยชน์ที่ไม่ขัดกัน อาทิ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างทางหลวง เป็นกรณีที่รัฐใช้อำนาจเพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ ประชาชนที่มีบ้านเรือนในบริเวณที่ถูกเวนคืนอาจถูกกระทบและต้องย้ายออกไปจากที่ดินดังกล่าว กรณีเช่นนี้ ในทางกฎหมายมหาชนจึงต้องให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะมากกว่า ประโยชน์ของประชาชนที่มีบ้านเรือนอยู่บริเวณที่ถูกเวนคืนมีอาจอยู่เหนือประโยชน์จากการสร้างทางหลวงอันเป็นประโยชน์สาธารณะได้ อย่างไรก็ตาม อาจเกิดกรณีที่ประโยชน์สาธารณะมีความสอดคล้องกับประโยชน์ส่วนตนของประชาชนได้ เช่น กรณีตามตัวอย่าง หากประชาชนที่มีที่ดินอยู่ในเขตที่ไม่ถูกเวนคืนและที่ดินของตนมีมูลค่าเพิ่มขึ้นจากผลแห่งการเวนคืน กรณีก็จะเป็นการต้องกันระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตนนั่นเอง

ในประเด็นที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตนนี้ การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทยจะมีการหยิบยก “การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนตน” หรือ “ดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายของเอกชน” ขึ้นพิจารณาเสมอ การชั่งน้ำหนักหรือดุลยภาพเช่นว่านี้ เป็นการพิจารณาโดยศาลเพื่อรักษาระดับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะว่าต้องมาก่อนประโยชน์ส่วนตน ตัวอย่างคดีที่กล่าวถึงการชั่งน้ำหนักดังกล่าวก็คือ คดีโครงการระบบกำจัดขยะมูลฝอยในเขตเทศบาลตำบลน้ำพอง¹³ โดยผู้ฟ้องคดีเป็นชาวบ้านจำนวนกว่าสองร้อยคนยื่นฟ้ององค์การบริหารส่วนตำบลและเทศบาลต่อศาลปกครองในประเด็นที่ว่า หน่วยงานดังกล่าวกำลังจะดำเนินการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอย โดยผู้ฟ้องคดีอ้างถึงความเดือดร้อนเสียหายว่าหากมีการสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยดังกล่าว จะทำให้เกิดปัญหามลภาวะที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนในหมู่บ้านใกล้เคียงบริเวณก่อสร้างจำนวนหลายหมู่บ้าน เนื่องจากบริเวณก่อสร้างอยู่ติดกับแหล่งต้นน้ำลำธารธรรมชาติซึ่งเป็นห้วยสาธารณะที่ไหลหล่อเลี้ยงประชาชนในละแวกนั้นในการอุปโภคบริโภค รวมทั้งใช้ในระบบการเกษตร ศาลปกครองได้พิจารณาวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในเรื่องประโยชน์สาธารณะว่า ... เมื่อชั่งน้ำหนักของผลกระทบและความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับกับผลประโยชน์ของสาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากโครงการของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดเก็บและทำลายขยะให้ถูกวิธีและถูกสุขลักษณะ อันเป็นการรักษาไว้ซึ่งสภาพสิ่งแวดล้อมแล้วนั้น เห็นได้ว่า ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่อาจจะได้รับการดำเนินการโครงการนี้มีสัดส่วนน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะที่ได้รับจากการดำเนินการนี้ ซึ่งหากไม่ได้ดำเนินการโครงการนี้จะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก... การพิจารณาสัดส่วนความเสียหายในที่นี้หมายถึง ในขณะที่ประชาชนกลุ่มหนึ่งได้รับประโยชน์จากการดำเนินการของรัฐอย่างหนึ่ง ก็อาจมีประชาชนอีกกลุ่มหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการเดียวกันนั้นก็ได้ ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาสัดส่วนความเสียหายโดยการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ทั้งสอง และเมื่อชั่งน้ำหนักเช่นว่านั้นแล้ว หากประชาชนที่ได้รับประโยชน์มี

¹³ คดีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 244/2553



เหนือกว่าความเสียหายของประชาชนอีกกลุ่มหนึ่ง กรณีเช่นนี้ศาลจะเห็นว่าเป็นการดำเนินการของรัฐที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁴

อีกคดีหนึ่งที่มีการชั่งน้ำหนักดังกล่าวที่น่าสนใจก็คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 444/2555 ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า กรุงเทพมหานครได้รับอนุมัติงบประมาณรายจ่าย โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ผู้อำนวยการเขต ส.) ก่อสร้างสะพานข้ามคลองหกวาเชื่อมต่อกับโครงการก่อสร้างถนนซอยสายใหม่ 39 ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเป็นผู้อาศัยในหมู่บ้าน ม. ไม่เห็นด้วยกับการก่อสร้างสะพานและถนนพิพาทดังกล่าว จึงได้มีหนังสือร้องเรียนต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อให้ยกเลิกการก่อสร้างสะพานและถนนพิพาท โดยอ้างว่าหากมีการเปิดใช้สะพานและถนนจะทำให้ผู้อาศัยในหมู่บ้าน ม. ไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน โดยเฉพาะผู้ฟ้องคดีที่ 1 จะได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างสะพานเนื่องจากคอสสะพานมีลักษณะผายปาก (หุบข้าง) เมื่อรถวิ่งลงจากสะพานอาจทำให้วิ่งมาชนบ้านของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ได้ เพราะรัศมีวงเลี้ยวไม่เพียงพอ ขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองโดยสั่งให้รื้อถอนสะพานที่พิพาท ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่าตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ได้กำหนดให้กรุงเทพมหานครจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ การวิศวกรรมจราจร และกรุงเทพมหานครอาจดำเนินกิจการนอกเขตกรุงเทพมหานครได้เมื่อเป็นประโยชน์แก่ประชาชนในกรุงเทพมหานคร ซึ่งการก่อสร้างสะพานข้ามคลองหกวาเป็นการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ และจัดเป็นการดำเนินกิจการด้านการวิศวกรรมจราจร ซึ่งถือเป็นกิจกรรมที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร แต่เนื่องจากการก่อสร้างสะพานดังกล่าว ด้านหนึ่งของปลายสะพานอยู่ในพื้นที่ขององค์การบริหารส่วนตำบล ค. ซึ่งตามมาตรา 93 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 กำหนดว่า การที่กรุงเทพมหานครจะดำเนินกิจการนอกเขตกรุงเทพมหานครได้ต่อเมื่อเป็นกิจการที่เป็นประโยชน์กับประชาชนในกรุงเทพมหานคร โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานคร และได้รับความยินยอมจากราชการส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง แต่ข้อเท็จจริงคดีนี้ฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ดำเนินการก่อสร้างสะพานฯ โดยไม่ได้เสนอให้สภากรุงเทพมหานครให้ความเห็นชอบก่อน แม้อมาสภากรุงเทพมหานครได้มีมติในการประชุมสมัยประชุมสามัญเห็นชอบให้กรุงเทพมหานครดำเนินกิจการนอกเขตในการก่อสร้างสะพานข้ามคลองหกวาแล้วก็ตาม แต่การให้ความเห็นชอบดังกล่าวเป็นการเห็นชอบภายหลังสะพานก่อสร้างเสร็จแล้ว กรณีจึงเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี การที่พระราชบัญญัติระเบียบ

¹⁴ โดยแนวคำวินิจฉัยที่พิจารณาโดยมีการชั่งน้ำหนักในลักษณะเดียวกันกับคำพิพากษานี้ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 285/2556 (คดีกำหนดจุดก่อสร้างสะพานลอย), คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 619/2557 (คดีแบบแปลนสะพานทำให้ส่วนลาดชันของสะพานสูงขึ้น ทำให้บดบังหน้าที่ดินเป็นเหตุให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีมีราคาตกต่ำ), คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 78/2554 (คดีการปรับปรุงเส้นทางเดินรถโดยสารประจำทาง) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 239/2556 (การปรับปรุงถนนจนทำให้ถนนที่สร้างใหม่มีระดับสูงกว่าบ้านของผู้ฟ้องคดี), คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 238/2552 (คำสั่งยกเลิกสิทธิในการทำการค้าบริเวณทางเท้าในจุดผ่นผัน)

บริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ บัญญัติให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ อันทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สามารถก่อสร้างสะพานข้ามคลองสาธารณะเชื่อมทางสาธารณะเข้าด้วยกันได้ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามหลักการเพื่อบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในสำนวนอย่างเห็นได้ชัดว่า จุดมุ่งหมายของการก่อสร้างสะพานฯ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหการจราจรและใช้เป็นเส้นทางลัดจากพื้นที่ใกล้เคียงถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม อันเป็นประโยชน์สาธารณะประการหนึ่ง แม้การเปิดใช้สะพานและถนนพิพาทจะทำให้สภาพชีวิตความเป็นอยู่ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและผู้พักอาศัยในหมู่บ้าน ม. ต่างต่างไปจากเดิมเนื่องจากสภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป มีสิ่งรบกวนมากขึ้นจากยวดยานที่สัญจรผ่านไปมาบริเวณนั้นเพิ่มขึ้น แต่เมื่อชั่งน้ำหนักถึงประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับจากการก่อสร้างสะพานพิพาทแล้ว จะเห็นได้ว่า การก่อสร้างสะพานพิพาทเป็นการแก้ไขและบรรเทาปัญหาการจราจร และใช้เป็นเส้นทางลัดเชื่อมระหว่างกรุงเทพมหานครและปริมณฑลอันเกิดประโยชน์ต่อประชาชนโดยส่วนรวม ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองรวมทั้งประชาชนที่อาศัยอยู่ในบริเวณนั้นจะได้รับแล้ว ย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่า การก่อสร้างสะพานพิพาทจะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่า จึงสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนระหว่างผลประโยชน์ของส่วนรวมและของเอกชนผู้ได้รับผลกระทบ กับทั้งเป็นไปตามหลักความจำเป็นและหลักความสัมฤทธิ์ผลของการกระทำทางปกครองในการก่อสร้างสะพานพิพาทเพื่อแก้ไขและบรรเทาปัญหาการจราจรอันเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของกรุงเทพมหานคร¹⁵

¹⁵ อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ว่าเมื่อใดก็ตามที่รัฐกระทำการโดยอ้างประโยชน์สาธารณะ กรณีจะทำให้ประโยชน์ของเอกชนไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.394/2550 ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งอยู่ติดกับคลองธรรมชาติ ต่อมาได้ปลูกสร้างบ้านพักอาศัยและได้พัฒนาบริเวณดังกล่าวให้มีความสวยงามเพื่อจัดทำโครงการทัศนศึกษาเชิงอนุรักษ์โดยสร้างบ้านพักตากอากาศ จำนวน 9 หลัง พร้อมทั้งซื้อเรือขนาดความยาว 16 เมตร กว้าง 5 เมตร สำหรับพำนักรับทัศนศึกษาเที่ยวชมทิวทัศน์ริมสองฝั่งคลอง รวมลงทุนเป็นเงิน 20 ล้านบาท แต่ยังไม่ได้มีการเปิดกิจการ ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนจังหวัด) ได้ดำเนินโครงการก่อสร้างสะพานทางเดินเท้า ค.ส.ล. ขนาดกว้าง 1.40 เมตร ยาว 960 เมตร ผ่านบริเวณหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากมีชาวบ้านร้องเรียนว่าไม่มีทางเข้าออกบ้านและการก่อสร้างสะพานดังกล่าวจะเกิดประโยชน์แก่ชาวบ้านถึง 41 ครัวเรือน หรือประมาณ 237 คน ซึ่งผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่า แนวสะพานที่ก่อสร้างจะผ่านหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดีด้านที่ติดคลองทำให้ปิดกั้นการสัญจรทางน้ำของผู้ฟ้องคดี จึงต้องร้องโดยเสนอให้เปลี่ยนแนวเขตก่อสร้างเข้าไปในลำรางด้านทิศตะวันตกของที่ดินของผู้ฟ้องคดีแทน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่าตำแหน่งที่จะให้เปลี่ยนนั้นเป็นทางเปลี่ยวแคบไม่ปลอดภัย จึงดำเนินการก่อสร้างตามแนวเดิม จึงมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งต่อมาคดีได้มีการพิจารณาโดยศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจตามกฎหมายในการดำเนินการก่อสร้างสะพานดังกล่าวได้ แต่สำหรับประเด็นการใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีในการก่อสร้างสะพานบริเวณที่พิพาทนั้น เห็นว่า หากการก่อสร้างสะพานเสร็จสิ้นจะเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจของผู้ฟ้องคดีโดยไม่สามารถนำเรือเข้ามาจอดในที่ดินของผู้ฟ้องคดีได้ ซึ่งข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ว่าตรงบริเวณทางแยกลำรางสาธารณะประโยชน์จะ ยกตัวสะพานให้สูงขึ้นเพื่อให้เรือเล็กสามารถลอดผ่านไปได้ ก็มีได้เป็นการแก้ไขความเดือดร้อนของผู้ฟ้องคดีให้หมดสิ้นไป เพราะหากผู้ฟ้องคดีไม่ประสงค์จะเปลี่ยนเรือให้มีขนาดเล็กลงเพราะเป็นห่วงเรื่องความปลอดภัยของผู้โดยสาร หรือกรณีหากเปลี่ยนมาใช้เรือขนาดเล็ก เมื่อถึงช่วงฤดูน้ำหลากน้ำจะขึ้นสูงถึงตัวสะพานก็สามารถนำเรือเล็กลอดผ่านได้สะพานได้อีก ประกอบกับแนวเขตสะพานที่ก่อสร้างซึ่งอยู่ห่างจากฝั่งคลองออกมา เป็นผลให้ลำคลองแคบลงและท้องน้ำตลตลแนวเขตที่ก่อสร้างสะพาน



จากนัยดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ประโยชน์สาธารณะไม่ได้หมายความว่าทุกคนจะต้องได้ประโยชน์เท่าเทียมหรือทั่วถึงแต่อย่างใด กรณีจึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่า แม้ประโยชน์สาธารณะจะหมายถึงผู้คนจำนวนมาก แต่การจะนำปัจจัยเชิงจำนวนผู้ได้รับประโยชน์สาธารณะประการเดียวมาเป็นตัวชี้วัดน่าจะไม่ใช่ถูกต้อง เนื่องจากจำนวนของผู้คนอาจปะปนไปด้วยความประสงค์ที่ไม่บริสุทธิ์และไม่อาจเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงได้

การพิจารณาเพื่อนำไปสู่การชั่งน้ำหนักเช่นนี้ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเกณฑ์ที่ต้องยึดหรือเป็นหลักคิดในการพิจารณาเช่นไร ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์หรือหลักการที่อาจนำมาใช้ประกอบการพิจารณาประโยชน์สาธารณะที่น่าสนใจ ดังต่อไปนี้

(ก) เกณฑ์การพิจารณาประโยชน์สาธารณะที่ไม่ได้คำนึงถึงแต่เพียงกาลปัจจุบัน

เกณฑ์หนึ่งที่คุณเขียนเห็นว่าน่าจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคำว่าประโยชน์สาธารณะก็คือ ประโยชน์สาธารณะอาจวัดโดยไม่พิจารณาบนฐานของประโยชน์แต่เพียงปัจจุบัน หรือของผู้คนที่อยู่ในปัจจุบันเท่านั้น หากแต่ยังต้องพิจารณาประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในระยะยาว ประโยชน์ในอนาคตหรือประโยชน์ต่อชนรุ่นต่อไปประกอบด้วย ซึ่งเกณฑ์เช่นนี้น่าจะสัมพันธ์กับประเด็นในเรื่องสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก เพราะการดำเนินการที่อาจส่งผลกระทบในระยะยาว เช่น การปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์อย่างต่อเนื่อง อาจส่งผลให้เกิดปรากฏการณ์ก๊าซเรือนกระจกอันนำมาสู่การเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิจนทำให้เกิดปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอย่างรุนแรงในอีกหลายสิบปีข้างหน้า การพิจารณาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเช่นนี้อาจต้องอาศัยการตีความที่คำนึงถึงพลวัต และอาจต้องอาศัยการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะช่วยให้กฎหมายที่มีอยู่ทันต่อสมัยการเปลี่ยนแปลงได้ จากนัยดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาประโยชน์สาธารณะจำต้องคำนึง “ความยั่งยืน (Sostenibilidad)” ของประโยชน์ที่เกิดขึ้นประกอบด้วยเสมอ¹⁶

ไม่ไปร่งไล่ตามธรรมชาติเหมือนเดิม จึงอาจส่งผลกระทบต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ฟ้องคดีซึ่งอาศัยการเดินทางที่สะดวกปลอดภัยและสภาพแวดล้อมที่เป็นธรรมชาติอันเป็นจุดขาย การก่อสร้างสะพานของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการคำนึงถึงแต่เฉพาะต้องการให้มีเส้นทางสำหรับประชาชนได้ใช้สัญจรเพิ่มขึ้นเท่านั้น ทั้งที่เดิมก็มีเส้นทางอื่นที่สามารถใช้สัญจรได้อยู่แล้ว เพียงแต่อาจจะขาดความสะดวกบ้าง นอกจากนี้ เมื่อศาลได้นำหลักฐานภาพถ่ายมาพิจารณาจึงพบว่าบ้านเรือนของราษฎรส่วนมากจะปลูกตั้งอยู่ห่างแนวเขตสะพานที่ก่อสร้าง ส่วนบ้านที่อยู่ใกล้แนวเขตสะพานนั้นมีจำนวนน้อย ไม่ได้มากตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้าง ทั้งการใช้ประโยชน์จะต้องพยายเรือ่ล็กจากบ้านมาขึ้นต่อยังสะพาน หรือใช้ไม้พาดกับตัวสะพานเพื่อเดินขึ้นสะพาน ซึ่งก็ยังขาดความสะดวกในการสัญจรอยู่ดี ข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ว่า การสร้างสะพานจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนส่วนมาก นอกจากจะไม่มีน้ำหนักพอที่จะรับฟังได้แล้ว ประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับเมื่อเทียบกับผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับ เห็นได้ชัดว่าจะทำให้ฝ่ายผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายมากกว่า ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างสะพานในลักษณะปิดกั้นทางเข้าออกระหว่างที่ดินของผู้ฟ้องคดีกับคลอง จึงถือเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร เป็นเหตุให้กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี กรณีจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาห้ามผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างสะพานบริเวณหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี และให้รื้อถอนเสาไม้หรือสิ่งก่อสร้างใด ๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้วออกจากบริเวณหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี (นอกจากนั้นยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 416/2551 ที่พิจารณาในลักษณะเดียวกัน)

¹⁶ ทิศทางการพัฒนาที่ยั่งยืนมีการพัฒนาโดยองค์การสหประชาชาติอย่างเป็นรูปธรรม โดยหลังจากประสบความสำเร็จจากการกำหนด “เป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษ (Millennium Development Goals: MDGs)” (8 เป้าหมาย) ซึ่งทุกประเทศรวมถึงไทยได้ดำเนินการร่วมกันแล้ว และเป้าหมายดังกล่าวได้สิ้นสุดลงในปี พ.ศ. 2558 องค์การสหประชาชาติจึงได้กำหนดเป้าหมายการพัฒนาขึ้นใหม่โดยอาศัยกรอบความคิดที่มองการพัฒนาเป็นมิติ (Dimensions) ของ

(ข) เกณฑ์การพิจารณาประโยชน์สาธารณะในมุมที่ยึดโยงกับหลักการตามระบอบประชาธิปไตย

แม้ปัจจัยเกี่ยวกับจำนวนผู้คนส่วนใหญ่อาจถูกนำมาใช้ตัดสินในบางเรื่องตามระบอบประชาธิปไตย แต่การนำจำนวนของคนส่วนใหญ่เป็นตัวชี้วัดก็ไม่ใช่นัยที่ถูกต้องเสมอไป เนื่องจากจำนวนของผู้คนส่วนมากไม่อาจรับรองว่าเป็นความประสงค์ที่บริสุทธิ์หรือชอบด้วยกฎหมายได้เสมอจากนัยดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าอาจนำมาปรับใช้กับหลักการตีความประโยชน์สาธารณะได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ แม้ประโยชน์สาธารณะจะเกี่ยวข้องกับผู้คนจำนวนมากพอสมควร บางกรณีอาจหมายถึงคนทั้งประเทศหรือคนทั้งจังหวัด แต่การจะนำจำนวนผู้ได้รับประโยชน์สาธารณะมาเป็นตัวชี้วัดน่าจะไม่ต้อง เนื่องจากจำนวนความประสงค์ของคนส่วนใหญ่อาจไม่ได้เป็นประโยชน์สาธารณะ (ที่ยั่งยืน) อย่างแท้จริงก็ได้

อย่างไรก็ดี หลักการประชาธิปไตยมีความยึดโยงกับการพิจารณาถ้อยคำประโยชน์สาธารณะอย่างมาก เนื่องจากหลักการประชาธิปไตยมีองค์ประกอบหลัก ๆ อยู่ 3 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ประการที่สอง การสนับสนุนให้ทุกคนมีส่วนร่วมในทางการเมือง และประการสุดท้าย การยอมรับถึงความเป็นพหุนิยม (Pluralismo) ในสังคม ในส่วนการยอมรับถึงความเป็นพหุนิยมในสังคมนี้ เป็นปัจจัยที่สำคัญโดยมีความหมายว่า แม้จะมีความคิดเห็นต่างกันเนื่องจากการเป็นพหุกลุ่มหรือพหุสังคมก็ตาม แต่กลุ่มคนในสังคมเหล่านี้ก็อยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุขและเคารพความเห็นซึ่งกันและกัน การพิจารณาประโยชน์สาธารณะจึงเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับสังคมประชาธิปไตย เนื่องจากการดำเนินการที่มุ่งประโยชน์อย่างหนึ่งอาจสร้างปัญหาให้แก่บางกลุ่มในพหุสังคมได้ แต่เมื่อการนั้นจะยังประโยชน์ที่ยั่งยืน กลุ่มคนที่เห็นต่างก็จำต้องยอมรับให้เกิดขึ้นได้นั้นเอง¹⁷ การพัฒนาแนวคิดในการตีความประโยชน์สาธารณะจึงสอดคล้องกับแนวคิดความเป็นพหุนิยมในสังคมประชาธิปไตยอย่างแยกไม่ออก

(ค) เกณฑ์ตามหลักถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว

เมื่อผู้เขียนมีข้อสรุปในเบื้องต้นว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวประเภทหนึ่ง กรณีจึงมีข้อที่น่าพิจารณาต่อไปว่า การตีความถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวในทางทฤษฎีนั้นมีหลักเกณฑ์อย่างไร โดยหลักการของถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวนั้น มีองค์ประกอบที่ต้องคำนึงถึงในการตีความ 3 ประการควบคู่กันไป ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้¹⁸

เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมให้มีความเชื่อมโยงกัน เรียกว่า “เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs)” (17 เป้าหมาย) ซึ่งจะใช้เป็นทิศทางการพัฒนาตั้งแต่เดือนกันยายน พ.ศ. 2558 ถึงเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2573 (15 ปี) ซึ่งผลจากการกำหนดเป้าหมายเช่นนี้ ในทางกฎหมายก็จะต้องมีการพัฒนาโดยต้องมุ่งไปยังเป้าหมายที่กำหนดไว้เช่นเดียวกัน

¹⁷ CORREA FONTECILLA Jorge, “Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho,” *Revista Española de Control Externo*, 24. p.143 (marzo 2006).

¹⁸ โปรดดูบทความของ อนันต์ คงเครือพันธุ์, “ข้อความคิดเกี่ยวกับถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว (conceptos jurídicos indeterminados) และความแตกต่างกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, เล่ม 2, ปีที่ 17, (มิถุนายน 2560).



(ค1) การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายบนพื้นฐานของเจตนารมณ์ของกฎหมาย (la finalidad del Derecho) เมื่อประโยชน์สาธารณะเป็นตัวอย่างหนึ่งของถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว กรณีจึงต้องนำเกณฑ์ในส่วนเจตนารมณ์ของกฎหมายมาพิจารณาในเบื้องต้น หากกฎหมายนั้นมิเจตนารมณ์เพื่อให้การหนึ่งเป็นไปโดยแรงจูงใจเพื่อไม่ให้กระทบประโยชน์สาธารณะ การปรับใช้คำว่าแรงจูงใจในกฎหมายนี้จึงต้องถูกตีความอย่างเคร่งครัดตามบริบทแห่งเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น หากเกิดการกระทำใดที่ไม่ได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ดังกล่าว ก็อาจเข้าข่ายเป็นการปรับใช้ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวที่ผิดพลาด อันอาจส่งผลให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยการนำเกณฑ์เจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นตัวตั้ง ทำให้นัยของประโยชน์สาธารณะไม่มีความตายตัว อันทำให้ฝ่ายปกครองหรือศาลเองต้องคำนึงและเข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับอย่างชัดเจนก่อนที่จะตีความประโยชน์สาธารณะในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง¹⁹

(ค2) การพิจารณาบนพื้นฐานของวิญญูชน (persona razonable) หลักวิญญูชนเป็นหลักที่ถูกนำมาใช้บ่อยครั้งในการพิจารณาคดีของศาล โดยที่มาของหลักนี้เกิดขึ้นจากการพิจารณาคดีในศาลของประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 1837²⁰ โดยหลักนี้เป็นมาตรฐานที่นำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในระบบลูกขุน (Jury Trial) ของหลายประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ในหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยได้นำหลักวิญญูชน

¹⁹ การพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายจะต้องคำนึงถึงบริบทด้วยว่า ตัวบทกฎหมายฉบับหนึ่งมีเจตนารมณ์อย่างไร ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวในกฎหมายฉบับหนึ่ง อาจมีการกำหนดขอบเขตที่ตายตัวและชัดเจนในกฎหมายฉบับอื่นก็ได้ แต่การจะนำเอาเนื้อหาของกฎหมายฉบับอื่นมาใช้ คงไม่อาจกระทำได้ ด้วยเหตุที่เจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับต่างกัน ตัวอย่างหนึ่งที่อาจทำให้เข้าใจประเด็นนี้ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ก็คือ กรณีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ 12 – 13/2551 โดยมีข้อเท็จจริงสรุปความได้ว่า ได้มีการเสนอขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยการสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรี (นายสมัคร สุนทรเวช) ในประเด็นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 267 ที่บัญญัติไว้ว่า นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งใดในทางหนึ่งส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็ได้ด้วย แต่ปรากฏว่าผู้ถูกร้องได้เป็นพิธีกรให้กับบริษัท เพช มีเดีย จำกัด หลายรายการ ซึ่งคำว่า “พิธีกร” เป็นการดำรงตำแหน่งใดหรือเป็นลูกจ้างซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ผู้ถูกร้องทราบเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ดิอยู่แล้ว แต่ยังคงปฏิบัติขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ตลอดเวลา โดยศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกหลักเกณฑ์ขึ้นพิจารณาว่า การทำให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวบรรลุผลจึงมิใช่แปลความคำว่า “ลูกจ้าง” ในรัฐธรรมนูญมาตรา 267 เพียงหมายถึง ลูกจ้างตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือตามกฎหมายอาชารองเท่านั้น เพราะกฎหมายแต่ละฉบับย่อมมีเจตนารมณ์แตกต่างกันไปตามเหตุผลแห่งการบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ทั้งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศและยังมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์แตกต่างจากกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย ดังนั้น คำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 จึงมีความหมายกว้างกว่าคำนิยามของกฎหมายอื่น...

จะเห็นได้ว่าในคำวินิจฉัยนี้ได้พยายามตีความคำว่าลูกจ้างตามมาตรา 267 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งไม่ได้มีบทนิยามไว้ตายตัว คำว่าลูกจ้างในที่นี้จึงเป็นถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว การตีความคำว่าลูกจ้างจึงไม่อาจนำนิยามในบทบัญญัติอื่นมาใช้ได้ คำวินิจฉัยนี้สะท้อนให้เห็นถึงความแตกต่างของเจตนารมณ์ในกฎหมายแต่ละฉบับที่ถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่ต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังในการตีความของฝ่ายปกครองหรือแม้แต่การแปลความของศาลเองก็ตาม

²⁰ โดยศาลอังกฤษได้ใช้หลักวิญญูชนในการพิจารณาพิพากษาคดีระหว่าง Vaughan vs Menlove

มาใช้ในการพิจารณาทั้งคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้เขียน บริบทในการใช้คำว่าวิญญูชนในระบบกฎหมายอาญา และระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจมีความแตกต่างกันบางส่วนหากเปรียบเทียบกับ การนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครอง เนื่องจากในทางอาญาและแพ่ง หลักวิญญูชนจะนำมาใช้ในลักษณะที่ว่าเป็นบุคคลที่รู้ผิดชอบชั่วดีตามปกติ แต่หากเป็นกรณีผู้ที่มีตำแหน่งหน้าที่หรือเป็นผู้มีอำนาจ การพิจารณาหลักวิญญูชนจะต้องมีนัยที่ลึกซึ้งกว่าปกติ การพิจารณานัยต่าง ๆ ในระบบกฎหมายปกครองโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ นอกจากการใช้ความรู้ผิดชอบชั่วดีตามปกติ ยังต้องอาศัยการพิจารณาบนฐานของเหตุผลสากล ซึ่งเป็นเหตุผลที่ไม่ได้เกิดจากความคิดเห็นส่วนตนที่เรียกว่าเหตุผลเชิงอัตวิสัย (juicio subjetivo) เพราะความคิดเห็นส่วนตนมักจะมีพื้นฐานมาจากประสบการณ์ของตนที่มีโอกาสเป็นไปได้ว่าจะปะปนไปด้วยอคติ หากแต่หลักวิญญูชนนี้จะต้องอาศัยการใช้เหตุผลที่เรียกว่าเหตุผลเชิงภววิสัย (juicio objetivo) ซึ่งเป็นเหตุผลหรือความคิดเห็นที่มีพื้นฐานมาจากการนำข้อเท็จจริงมาใช้ประกอบกับหลักหรือทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล อีกทั้งยังต้องปราศจากการนำประสบการณ์ของตนโดยตรงจากการรู้เห็นในเรื่องนั้นมาก่อนมาใช้พิจารณาประกอบการให้เหตุผลหรือตัดสินด้วย โดยการใช้ฐานตามหลักวิญญูชนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องอาศัยฐานในการตีความมาจากการพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับหลักหรือทฤษฎีในทางกฎหมายที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล รวมทั้งเงื่อนไขในกฎหมายส่วนอื่นๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึง “มาตรฐาน” อย่างชัดเจน และยังต้องอาศัยหลักความสมเหตุสมผล (el principio de razonabilidad) มารองรับด้วย

(ค3) การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายบนเกณฑ์ของอำนาจผูกพัน ตามที่ได้กล่าวว่ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวไม่ใช่อำนาจดุลพินิจ แต่มีลักษณะเดียวกันกับอำนาจผูกพัน²¹ การปรับใช้ถ้อยคำดังกล่าวของฝ่ายปกครองจึงมีลักษณะเป็นการปรับใช้ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบกับการใช้เกณฑ์ของหลักวิญญูชนมาพิจารณาควบคู่กัน โดยในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลก็จะใช้เครื่องมือเดียวกันกับที่ฝ่ายปกครองใช้ กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาเงื่อนไขในกฎหมายอย่างเคร่งครัด ในลักษณะเดียวกันกับการตรวจสอบเงื่อนไขของอำนาจผูกพันของฝ่ายปกครอง หากผลของการกระทำไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมาย การกระทำ คำสั่งหรือกฎนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²²

และเมื่อการพิจารณาประโยชน์สาธารณะว่าเป็นถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากอำนาจดุลพินิจ การพิจารณาปัญหาการปรับใช้ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว

²¹ BALBÍN, Carlos F, *Curso de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires : LL., 2008), p.52.

²² อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว ยังถูกวิจารณ์ว่าไม่ใช่เรื่องง่ายทั้งโดยฝ่ายปกครองและศาล เพราะลักษณะเฉพาะของถ้อยคำดังกล่าวยังมีลักษณะไม่ตายตัวและไม่ชัดเจนนัก (la zona de penumbra) โดยนักวิชาการในอาร์เจนตินาบางท่านใช้คำว่าถ้อยคำเหล่านี้คล้ายกับจุดเกือบสว่างเกือบมืดตอนเกิดสุริยุปราคา (halo de concepto) (SESIN, Domingo, *El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica*, (Buenos Aires : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: 1998), p1.



จึงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ไม่ใช่ปัญหาตุลพินิจ และเมื่อถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมาย กรณีก็สามารถนำคำวินิจฉัยของศาลเข้าไปแทนที่คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งต่างจากกรณีอำนาจตุลพินิจที่ศาลจะต้องจำกัดตนเองในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองพอสมควร²³ เพื่อป้องกันการเข้าแทรกแซงหรือแทนที่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั่นเอง

(ง) เกณฑ์การพิจารณาโดยคำนึงถึงแง่มุมที่หลากหลายของประโยชน์สาธารณะ

นอกจากที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น การพิจารณาจะต้องคำนึงถึงความหลากหลายของแง่มุมของประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย กล่าวคือ มุมมองของประโยชน์สาธารณะไม่ได้มีเพียงแง่มุมเดียว เมื่อพิจารณาในแง่มุมที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ก็ปรากฏมิติของประโยชน์สาธารณะด้านสิ่งแวดล้อม เมื่อพิจารณาในแง่มุมทางเศรษฐกิจหรือความเป็นอยู่ของประชาชน ก็ปรากฏมิติของประโยชน์สาธารณะด้านเศรษฐกิจ หรือเมื่อพิจารณาในแง่มุมทางการพัฒนา ก็ปรากฏมิติของประโยชน์สาธารณะในเชิงพัฒนาเกิดขึ้นได้ ซึ่งหลายโอกาสในการดำเนินการของรัฐรวมไปถึงการกระทำบางอย่างของฝ่ายปกครอง ก็อาจก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะในด้านหนึ่ง แต่ก็อาจขัดหรือส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้านหนึ่งได้ อาทิเช่น รัฐบาลมีแนวโน้มที่จะมุ่งเน้นการสร้างให้ประชาชนมีความเป็นอยู่ที่ดีทางเศรษฐกิจอันเป็นประโยชน์สาธารณะในด้านเศรษฐกิจ แต่ในการดำเนินการบางอย่างอาจจะเลยหรือไม่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมากเท่าใดนัก เป็นต้น ความเข้าใจความหลากหลายของแง่มุมประโยชน์สาธารณะเช่นว่านี้ จึงน่าจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่ามาใช้ในการทำให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาถ้อยคำเช่นว่านี้มากยิ่งขึ้น

5. มุมมองที่เปลี่ยนแปลงไปในสายตาของต่างประเทศและความสำคัญในการพิจารณาประโยชน์สาธารณะของฝ่ายปกครอง

เมื่อผู้เขียนได้พิสูจน์ตั้งแต่ต้นแล้วว่า การพิจารณานัยของประโยชน์สาธารณะต้องให้ความสำคัญกับพลวัตของสังคมด้วย ในส่วนนี้จึงขอแนะนำแนวคิดในการพิจารณาประโยชน์สาธารณะที่ปรากฏในประเทศที่ผู้เขียนมีประสบการณ์คือ ประเทศสเปน มาพิจารณาและเสนอให้เห็นแนวคิดที่น่าสนใจด้านหนึ่งเพื่อให้เกิดการพัฒนาแง่มุมของประโยชน์สาธารณะในประเทศไทยต่อไป

ในประเทศสเปน มีการให้ความสำคัญกับหลักการปฏิบัติราชการที่ดีของฝ่ายปกครองอย่างมาก หลักการนี้อาจถูกมองในลักษณะที่บางครั้งค่อนข้างเป็นนามธรรมหรือนำไปใช้ในทางปฏิบัติอย่างไม่ง่าย

²³ ในประเด็นนี้ ศ. (พิเศษ) ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ กล่าวไว้ว่า เมื่อกฎหมายใช้ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัวพรรณนาข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ และองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยไปแล้วว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจหากคำวินิจฉัยนั้นชอบด้วยเหตุผลแล้ว ศาลควรจะให้ความเคารพ อนึ่ง ไม่ใช่ว่าคำวินิจฉัยที่ผิดพลาดนั้นจะไม่ชอบด้วยเหตุผลเสมอไป แต่ศาลควรจำกัดตนเองอยู่เฉพาะการตรวจสอบว่าคำวินิจฉัยนั้นผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง กล่าวคือ วิบริตวิปลาสนชาติที่ไม่อาจคาดเห็นได้ว่าจะมีวิญญาณคนใดวินิจฉัยเช่นนั้น (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.94 - 95.)

เท่าที่ควร เช่น เรามักจะเห็นคติพจน์ที่ติดอยู่ตามสถานที่ราชการต่าง ๆ เป็นต้น ในเรื่องหลักปฏิบัติราชการที่ดึนั้น ต้องยอมรับว่าหลังจากที่ประเทศไทยมีการจัดตั้งศาลปกครองในช่วงสิบกว่าปีที่ผ่านมา ศาลและสำนักงานศาลปกครองถือเป็นองค์กรที่มีบทบาทในการพัฒนาหลักที่เป็นแนวทางการปฏิบัติราชการที่ดี ดังที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 77 (5) ว่า “สำนักงานศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่วิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครอง เพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงวิธีปฏิบัติราชการต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง” เหล่านี้จึงถือเสมือนทางเดินไปสู่การทำงานที่ดีแก่ฝ่ายปกครอง ในหลายโอกาสก็ได้มีการพิจารณาอย่างกว้างขวางเป็นแนวทางตามแต่ละอนุมาตราของมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การพิจารณาแนวทางปฏิบัติราชการดังกล่าว อาจพิจารณาแบ่งได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง คือ ลักษณะแนวทางปฏิบัติราชการที่ดีตามแต่ละคดีซึ่งอาจใช้ประกอบการเทียบเคียงเพื่อปรับใช้กับกรณีอื่นได้ยาก ส่วนประการที่สองจะเป็นแนวทางปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองที่เป็นหลักการ เป็นลักษณะสากลที่ฝ่ายปกครองต้องนำมาใช้ในการพิจารณาทุกการกระทำทางปกครอง หลักการเช่นว่านี้ถือเป็นองค์ประกอบที่ขาดไม่ได้ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครอง

ในประเทศสเปนได้ให้ความสำคัญกับลักษณะแนวทางปฏิบัติราชการที่ดีประการที่สองนี้เป็นอย่างมาก โดยแนวทางหรือหลักการที่ถือเป็นหัวใจสำคัญในการพิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศสเปน ทั้งได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 รวมไปถึงในพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติทางกฎหมายของภาครัฐ ค.ศ. 2015 (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) เช่นเดียวกันก็คือ “หลักการที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเป้าหมายในการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ” หลักการนี้ในบางมุมมองอาจถูกพิจารณาว่าเป็นหลักการธรรมดาที่จะต้องพิจารณาอยู่แล้วโดยปกติ อย่างไรก็ตาม การกระทำที่ปัจจุบันได้เกิดปัญหาขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศไทย ก็มาจากการละเลยการปฏิบัติตามหลักการนี้นั่นเอง

ในรัฐธรรมนูญฯ สเปน มาตรา 103.1 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องให้บริการโดยมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ (los intereses generales) และในพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติทางกฎหมายของภาครัฐ ค.ศ. 2015 ก็ได้เน้นย้ำหลักการเดียวกันนี้โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 3.1 ลักษณะของหลักการนี้ในประเทศสเปนถูกใช้สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐทุก ๆ คน²⁴ โดยในการกระทำต่าง ๆ ต้องมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐของสเปนไม่ใช่ตัวแทนของปวงชนอย่างกรณีรัฐสภา แต่เป็นส่วนที่มีลักษณะงานเป็น “การให้บริการ” (servicial) หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นเครื่องมือหนึ่งของรัฐในการให้บริการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั่นเอง คุณลักษณะดังกล่าวจึงเป็นข้อผูกพันในการมีอยู่และการกระทำต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องมุ่งเป้าประสงค์ไปที่ประโยชน์สาธารณะมิใช่ประโยชน์ส่วนตัวหรือพวกพ้อง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้อง

²⁴ ตามคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสเปนที่ 85/1983 ลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1983



ดำเนินการต่าง ๆ ในรูปแบบที่เหมาะสมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายสาธารณะ ปราศจากการแทรกแซงโดยอำนาจทางการเมือง ความปรารถนาหรือความชอบส่วนตัว หรือการแบ่งแยกอย่างไม่ยุติธรรม โดยในส่วนของคำวินิจฉัยของศาลสเปน ก็ได้กล่าวถึงนัยของมาตราไว้ เช่น ตามคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสเปนที่ 340/1993 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1993 ได้วางกรอบเกี่ยวกับแนวคิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประโยชน์สาธารณะว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของรัฐธรรมนูญสเปน จะต้องให้บริการเพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 103.1 ความคิดนี้เป็นการให้อำนาจในลักษณะทั่วไปในการดำเนินงานต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องทำเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะของชาติ ดังนั้น โดยผลของกฎหมายสามารถบัญญัติลักษณะของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้แตกต่างจากลักษณะทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ

กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมีการขัดกันระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนตัวนั้น ในทางปฏิบัติมิให้เห็นบ่อยครั้ง หรือแม้แต่ในบางกรณีอาจเกิดการขัดกันระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสเปน ในคำพิพากษาที่ 14/2003 ลงวันที่ 28 มกราคม ค.ศ. 2003 ได้วินิจฉัยว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องให้บริการเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่หากการให้บริการดังกล่าวขัดกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะต้องกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อที่จะไปสู่เป้าหมายของการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมาตรการดังกล่าวแม้จะต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองก็จะต้องทำเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่จะต้องทำในลักษณะให้ได้สัดส่วน (el juicio de proporcionalidad) กรณีนี้อาจกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนจะต้องถูกนำมาใช้พิจารณาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีอาจข้ามเขตแดนในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองไปบ้างก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นถึงการเน้นย้ำในความสำคัญของประโยชน์สาธารณะที่จะต้องคำนึงถึงเสมอ

นัยของการกำหนดเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าว นอกจากจะเป็นประโยชน์เพื่อการกำหนดเป้าหมายในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ยังเป็นองค์ประกอบของการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลด้วย (el control de discrecionalidad de la actuación administrativa) โดยขอบเขตของการควบคุมดุลพินิจของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ในประเทศสเปนจะให้ความสำคัญในการตรวจสอบ กล่าวคือ หากมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการแล้วไม่อาจตอบได้ว่ากระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งยังอาจมีนัยแอบแฝงเพื่อประโยชน์ของพวกพ้องหรือประโยชน์ส่วนตัว กรณีเช่นนี้ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองในสเปน จะใช้เหตุจากการบิดเบือนอำนาจหรือการบิดเบือนเป้าหมาย (Desviación de Poder) เป็นเหตุผลในการยกเลิกการกระทำ กฎ หรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นๆ ได้

ในอีกกฎหมายหนึ่งของสเปนคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครองของหน่วยงาน ค.ศ. 2015 (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) ก็ได้มีการบัญญัติในมาตรา 48.1 เกี่ยวกับการตรวจสอบกันเองภายในฝ่ายปกครองว่า หากมีการกระทำหรือออกกฎใด ๆ โดยขัดต่อบทบัญญัติ

แห่งกฎหมาย รวมถึงการปิดเบือนอำนาจหรือเป้าหมาย กรณีเช่นนี้ สามารถถูกเพิกถอนคำสั่งได้ ภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ในประเด็นดังกล่าว มีการบัญญัติสอดคล้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วย ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1998 (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี ปกครองของสเปนคล้ายกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ของไทย โดยในมาตรา 70.2 ของพระราชบัญญัตินี้กล่าวว่า บัญญัติว่า “ศาลที่มีอำนาจพิพากษาคำฟ้องคดี ปกครองในกรณีที่ถูกหรือการกระทำนั้น เป็นไปโดยขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมถึงเป็นการ ปิดเบือนอำนาจหรือเป้าหมายเช่นเดียวกัน” และในวรรคสองของมาตรานี้ บัญญัติว่า “การปิดเบือน อำนาจหมายถึงการใช้อำนาจทางปกครองเพื่อเป้าหมายที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย”

จากการพิจารณาบทบัญญัติทั้งในรัฐธรรมนูญฯ พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติทาง กฎหมายของภาครัฐ ค.ศ. 2015 และพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1998 ของสเปนแล้ว เห็นได้ว่า กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการกระทำการใด อย่างหนึ่ง อำนาจดังกล่าวอาจเป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจที่เป็นดุลพินิจก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็จะต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการกระทำดังกล่าว นอกจากจะต้องเป็นไปตาม เงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมายแล้ว ยังต้องบรรลุเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะเสมอ หากมีการใช้ อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งศาลสามารถพิสูจน์ได้ว่าไม่ใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็จะเข้าข่ายเป็น การปิดเบือนอำนาจหรือเป้าหมาย อันเป็นเหตุผลหนึ่งในการที่ศาลจะยกเลิกเพิกถอนการกระทำ หรือคำสั่งดังกล่าวได้ โดยตัวอย่างของการเกิดกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมีมูลเหตุจูงใจ แตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือเป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์ส่วนตน เช่น กรณี การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatización) หากมีการพิสูจน์ได้ว่ากระบวนการกระจายหุ้นมีมูลเหตุจูงใจ ให้เกิดประโยชน์แก่ตน พวกพ้อง ครอบครัว กรณีเช่นนี้ หากพิสูจน์ทราบได้ ก็เป็นเหตุหนึ่งในการ ยกเลิก เพิกถอนกระบวนการนั้น ๆ หรือหากในกรณีที่การแปรรูปรัฐวิสาหกิจหนึ่ง มีจุดประสงค์ที่ แตกต่างไปจากการก่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐ ศาลก็สามารถเข้าไปตรวจสอบและสามารถยกเลิกการ แปรรูปดังกล่าวได้ในที่สุด เป็นต้น

การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของ ฝ่ายปกครองที่ต้องเคารพต่อเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น ทำให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในอันที่ จะทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจปิดเบือนวัตถุประสงค์ในการกระทำของตนได้อีก นักกฎหมายของ ประเทศสเปนถือว่ามาตรานี้เป็นกรอบการทำงานที่เหมาะสมของฝ่ายปกครองที่สามารถช่วยควบคุม ให้เกิดระบบการปฏิบัติราชการที่ดีของฝ่ายปกครองและทำให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และยังถือเป็นข้อผูกพันทางจริยธรรมแก่ประชาชนซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องทำให้เกิดขึ้นได้ อันสามารถช่วยให้ เกิดธรรมาภิบาล (Good Governance) ที่จับต้องได้นั่นเอง

6. บทสรุป

ประโยชน์สาธารณะเป็นถ้อยคำที่มีพลวัตสูง เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย และมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละสังคม จึงเป็นถ้อยคำที่เข้าลักษณะตามทฤษฎีถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว กรณีจึงไม่นิยมและไม่ควรกำหนดความหมายไว้อย่างตายตัวในกฎหมาย แต่แม้จะไม่อาจหรือไม่ควรนิยามไว้อย่างตายตัว การพิจารณาถ้อยคำนี้โดยฝ่ายปกครองก็ต้องมีเกณฑ์ยึดที่เหมาะสมและอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผล เกณฑ์เช่นนี้อาจเป็นการคำนึงถึงการเกิดประโยชน์ในอนาคตที่ยั่งยืน การคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะที่มีความสอดคล้องกับความเป็นพหุนิยมตามหลักประชาธิปไตย หรือการพิจารณาแง่มุมของประโยชน์สาธารณะที่หลากหลาย โดยฝ่ายปกครองอาจนำเกณฑ์เหล่านี้มาพิจารณาประกอบข้อเท็จจริงและวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป แต่ทั้งนี้ ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาในขั้นสุดท้ายว่า การกระทำหรือการดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือไม่ นั่นก็คือ องค์กรตุลาการ องค์กรนี้จึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญที่สุดและจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจสุดท้ายในการวางหลักเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะให้ชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป