

บทที่ 2

แนวความคิดทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองและ การดำเนินการทางวินัย

การดำเนินการทางวินัย เป็นการกระทำทางปกครองที่นำไปสู่การออกคำสั่งลงโทษทางวินัยซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่ผู้บังคับบัญชามีต่อผู้ใต้บังคับบัญชาการดำเนินการทางวินัยต้องมีความโปร่งใส เป็นธรรมต่อผู้ใต้บังคับบัญชา และต้องสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของผู้บังคับบัญชาว่าได้กระทำตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ อันเป็นกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจากภายในองค์กร อันเป็นหลักประกันของผู้ใต้บังคับบัญชาว่าจะไม่ถูกดำเนินการทางวินัยหรือการปฏิบัติต่อตนอย่างไม่ชอบธรรม ซึ่งการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของผู้บังคับบัญชาวิธีหนึ่งคือ ระบบ การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย หากผู้ถูกสั่งลงโทษทางวินัยเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ ดังนั้นในการศึกษาเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย ระบบการอุทธรณ์ จึงจำเป็นต้องทราบถึงแนวคิด ความหมายและทฤษฎีทาง กฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ทราบถึงความมุ่งหมายและเจตนารมณ์เกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย และระบบอุทธรณ์ไป

2.1 ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานในการตรวจสอบการกระทำของรัฐ

2.1.1 ทฤษฎีสัญญาประชาคม

2.1.1.1 โทมัส ฮอบส์

ตามแนวคิดของโทมัส ฮอบส์ ซึ่งเป็นนักปรัชญาการเมือง ชาวอังกฤษให้ความเห็นว่า สังคมเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น มิใช่เกิดขึ้นมาตามธรรมชาติ และสังคมมีความขัดแย้งกันเพราะมนุษย์มีความเห็นแก่ตัวและมีแนวโน้มที่จะประพฤติดชั่วตลอดเวลา ด้วยเหตุนี้สังคมจึงต้องมีรัฐหรือสถาบันเพื่อทำหน้าที่รักษาสันติภาพและพิทักษ์ปกป้องคนในสังคม โดยคนในสังคมต่างยินยอมทำสัญญาสละสิทธิบางประการเพื่อให้ได้พบกับความสงบและมั่นคงปลอดภัย²

โทมัส ฮอบส์ กล่าวอีกว่า ตาม สภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นเปรียบเสมือนเป็นหมาป่าที่จะต้องดิ้นรนเพื่อความอยู่รอดของตนเองโดยธรรมชาติของตัวมันเองเปรียบดังมนุษย์ต่างมีธรรมชาติของการอยู่รอดด้วยตนเองดังเช่นหมาป่าที่ออกล่าเหยื่อ ดังนั้น โดยสัญชาตญาณของ

² ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน (น.89), โดย ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

มนุษย์ย่อมมีความเห็นแก่ตัวเป็นที่ตั้ง มีความเลวร้าย ขาดซื่อสัตย์และโหดร้าย ต่างก็ไม่มีควมไว้วางใจซึ่งกันและกันและต่างก็ต้องระแวงว่าตนเองจะถูกทำร้ายจากอีกฝ่ายหนึ่ง ทุกคนต่างปกป้องและรักษาชีวิตของตนเองเพื่อให้มีชีวิตดำรงอยู่ต่อไปได้ ในสังคมนั้น ต่างก็กำหนดกฎเกณฑ์ของตนเอง ต่างก็เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินข้อขัดแย้งขอ งตนเองกับผู้อื่น ดังนั้นฮอบส์ได้กล่าวไว้ว่า “สิ่งที่คนเราชอบยอมถือว่าดี ส่วนสิ่งที่คนเราเกลียด ถือว่าเลว ซึ่งในสภาวะธรรมชาติแล้ว จะขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลจะตัดสินใจเอาเอง จะไม่มีสิ่งใดดีหรือเลวบริสุทธิ์และไม่มีกฎที่จะใช้ร่วมกันได้ ” ดังนั้นการที่จะต้องอยู่ในภาวะดังกล่าวนี้จึงทำให้ทุกคนเปรียบเสมือนตกอยู่ในภาวะที่ต้องสงครามต่อกัน ภาวะดังกล่าวถือว่าเป็นภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ ดังนั้น ทุกคนจึงมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะรักษาตัวเองให้อยู่รอดด้วยการคุกคาม การทำร้าย การประหารชีวิตผู้อื่นที่มาล่วงละเมิดสิทธิของตน

ตามความเห็นของฮอบส์แล้ว จะเห็นได้ว่าพันธสัญญาดังกล่าวนี้เป็นพันธสัญญาที่ทุกๆ คนในประชาคมนั้นต่างหันหน้าเข้ามาทำสัญญากันเองไม่ใช่พันธสัญญาที่ประชาชนแห่งประชาคมนั้นทำกับรัฐ รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นผู้ใช้อำนาจตามพันธสัญญาและเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้รักษาตามพันธสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ไม่ใช่ในฐานะผู้ร่วมก่อพันธสัญญา ดังนั้น รัฐจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเหนือทุกๆ คนในประชาคมนั้นและเป็นนิรันดร์ ไม่มีอำนาจใดมาจำกัดได้³

กล่าวโดยสรุป โทมัส ฮอบส์ ให้ความเห็นว่า โดยปกติมนุษย์จะมีความเลวร้าย ความเห็นแก่ตัวอยู่ด้วยกันทุกคน การที่มนุษย์รวมตัวกันอยู่ในสังคมนั้นเกิดจากความกลัวในการอยู่ร่วมกัน ทำให้เกิดข้อตกลงกันว่ามนุษย์ต้องสร้างหลักและกติกายขึ้นมาเพื่อเป็นหลักการในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมทำให้เกิดอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข โดย โทมัส ฮอบส์ ให้อำนาจรัฐในการสร้างกติกาดังกล่าวขึ้น และมนุษย์ยอมอยู่ภายใต้กติกานั้น เพื่อความปลอดภัยในการใช้ชีวิตอยู่ภายในสังคม

2.1.1.2 จอห์น ล็อก

ตามแนวคิดของจอห์น ล็อก ซึ่งเป็นนักปรัชญา ชาวอังกฤษ ในคริสต์ศตวรรษที่ 17 ได้ให้แบ่งลักษณะของการที่มนุษย์รวมตัวกันภายในสังคมไว้ 2 ประการดังนี้⁴

ประการแรก ล็อก จะมองในแง่ที่ดีกว่าฮอบส์ที่ว่าสภาวะธรรมชาติของมนุษย์นั้นไม่ได้เป็นภาวะของการต่อสู้แข่งขันรบรากันเพื่อที่จะให้บรรลุถึงความปรารถนาของตนเองแต่เป็นสภาวะที่มีแต่ความเสมอภาค มีสันติภาพ ทุกๆ คนต่างก็ตระหนักถึงกฎหมายธรรมชาติและเมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างกันแล้ว ต่างก็บังคับการตามสิทธิของตนมีอยู่ตามธรรมชาติและลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง

³ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.69), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴ แหล่งเดิม.

ประการที่สอง ตามความคิดของล๊อคแล้ว มีสองพันธสัญญาที่ประชาชนทำขึ้น (ในขณะ ที่ สอบส่มองว่ามีหนึ่งพันธสัญญาเท่านั้น) พันธสัญญาแรกเป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกันเอง เพื่อหาหนทางแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างกันเองและเพื่อความมั่นคงแห่งชีวิตของแต่ละคน ในกรณีดังกล่าวตรงกับแนวคิดของสอบส ส่วนพันธสัญญาที่สองนั้น เป็นพันธสัญญาที่ประชาชน ทำกับรัฐ ในกรณีดังกล่าวเป็นจุดที่แตกต่างกับสอบส กล่าวคือ สอบสไม่ได้มองว่าการที่ประชาชน มอบอำนาจให้รัฐไปนั้นเป็นการที่ประชาชนเข้าทำพันธสัญญากับรัฐ แต่เป็นกรณีที่ประชาชนนั้นหา คนกลางมาใช้อำนาจสูงสุดดังกล่าว รัฐเป็นคนกลางที่ถูกสมมติขึ้นมาเพื่อใช้อำนาจดังกล่าวโดยมีตัว แทนที่เรียกว่ารัฐสภาซึ่งเป็นการส่งเสริมระบอบสวามิภักดิ์ รัฐจึงมิใช่คู่พันธสัญญาเพราะรัฐมี อำนาจเหนือกว่าทุกๆ คนในประชาคม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

กล่าวโดยสรุปคือ จอห์น ล๊อค เห็นว่า ที่สร้างรัฐขึ้นมาก็เพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ เสรีภาพ หมายถึง การพ้นจากการบีบบังคับหรือการทำร้ายโดยคน อื่น และกฎหมายเท่านั้นที่ประกันเสรีภาพได้ ดังนั้น ความคิดของล๊อค รัฐเกิดขึ้นมาเพื่อให้มนุษย์อยู่ ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มีเสรีภาพ การมีเสรีภาพนั้นคือการพ้นจากการบีบบังคับหรือ การทำร้ายโดยคนอื่น กฎหมายจึงเป็นหลักประกันแห่งเสรีภาพ ความเห็นดังกล่าวของล๊อคแสดงว่า เสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อความสงบและมั่นคงในชีวิตของ ทุกคน ถ้าไม่มีการทำสัญญาประชาคมกันแล้ว มนุษย์ก็จะใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจนอาจ ก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในประชาคมนั้นได้ รัฐจึงเข้ามาเป็นคู่กรณีในพันธสัญญากับประชาชนก็ เพื่อที่จะมาควบคุมและคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวตามกฎหมายและถ้ารัฐไม่เคารพสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนก็เท่ากับรัฐละเมิดพันธสัญญาดังกล่าวและประชาชนสามารถยกเลิกเพิกถอนรัฐได้

2.1.1.3 ฌอง ฌาคส์ รูสโซ

ตามแนวคิดของ ฌอง ฌาคส์ รูสโซ ซึ่งเป็นนักปรัชญา ชาวฝรั่งเศส ได้ให้ความเห็นว่า ในสภาวะธรรมชาติ ทุกคนมีเสรีภาพแห่งการดำรงอยู่ทั้งสิ้นทุกคนเป็นนายของตัวเองไม่อยู่ภายใต้ อาณัติของใครถ้าเขาไม่ยินยอม แต่อย่างไรก็ตามในสภาวะดังกล่าวทุกคนต่างก็ไม่มีความปลอดภัย ไม่มีความมั่นคงในชีวิตและเสรีภาพ ก็หมายความว่าทุกคนไม่มีหลักประกันที่แน่นอน จากจุดนี้ที่ รูสโซเห็นว่าเป็นสถานการณ์ที่บังคับให้ทุกๆ คนจำต้องมารวมตัวกันเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ ของทุกๆ คนในประชาคมนั้น โดยการทำสัญญาประชาคม ดังที่รูสโซได้เขียนไว้ว่า “มนุษย์เกิดมา มี เสรี แต่มนุษย์ทุกคนแห่งเขาอยู่ในเครื่องพันธนาการ เป็นการสะท้อนถึงความคิดของรูสโซเป็นอย่างดี คือว่าเขายอมรับเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนมีอย่างไม่จำกัด เมื่อไม่มีการจำกัดเสรีภาพ ตามธรรมชาติดังกล่าว ทุกคนก็พยายามใช้เสรีภาพตามธรรมชาติของตนเองอย่างไร้ขอบเขต จน

⁵ ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน. เล่มเดิม (น.109).

ก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในชีวิตของแต่ละคน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ทุกคนในประชามนั้น ต้องหันหน้า เข้าหากันทำข้อตกลงวางกฎเกณฑ์ของการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นขึ้นมา กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่จำกัดการใช้เสรีภาพอย่างไร้ขอบเขตของทุกคน ดังนั้น เสรีภาพที่แท้จริงของรุสโซ้นั้นคือเสรีภาพที่เกิดขึ้นตามกฎเกณฑ์ของประชามนั้นๆ ซึ่งเรียกว่าเสรีภาพในฐานะพลเมือง สัญญาประชามของรุสโซ้จึงเป็นสัญญาเชิงศีลธรรม ซึ่งเป็นสัญญาที่ก่อกำเนิดมาจากทุกคนในประชามนั้น แต่ละคนมีข้อผูกพันสองประการด้วยกัน คือ ประการแรก เป็นข้อผูกพันกับตนเอง และประการที่สอง เป็นข้อผูกพันกับรัฐ⁶

มอง ฌาคส์ รุสโซ ยึดถือหลัก ที่มาของอำนาจอธิปไตยของปวงชน โดยรุสโซ ไม่ต้องการให้เจตนารมณ์ร่วมกันที่ทุกคนจะแสดงออกต้องโอนไปให้กับผู้แทน แต่ต้องเป็นเจตจำนงของประชาชนในชาติซึ่งแสดงออกร่วมกัน ⁷ โดยรุสโซให้ความสำคัญกับประชาชนในสังคมมากกว่าผู้แทนคนหนึ่งคนใดของรัฐ

รัฐที่เกิดขึ้นนี้ทุกคนควรมีเสรีภาพและไม่เป็นรัฐที่ประชาชนอยู่ใต้ปกครองของใคร สมาชิกแต่ละคนในสังคมจึงทำสัญญากันคนอื่น ๆ ทุกคนว่า เราทุกคนจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันให้แก่สังคมภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม และเราก็จะได้รับส่วนในฐานะที่เป็นสมาชิกที่แยกจากกันมิได้ของส่วนรวม ผู้เข้าร่วมแต่ละคนรวมกันทุกคนไม่ใช่คนใดคนหนึ่งโดยนัยนี้คนแต่ละคนไม่ต้องเชื่อฟังใครนอกจากตัวเองและยังคงมีเสรีภาพอยู่ตามเดิม ไม่โอนเสรีภาพของตนให้แก่ผู้ใดแต่โอนให้แก่ส่วนรวม เป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนทั้งหมด ดังนั้น ผู้ปกครองที่แท้จริงก็คือผู้อยู่ใต้การปกครองนั้น เอง โดยผ่านมาในรูปของเจตจำนงทั่วไป⁸

จากลักษณะดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แนวความคิดของ โทมัส ฮอบส์ จะยินยอมให้รัฐใช้อำนาจการปกครองลักษณะเด็ดขาดได้ ส่วนแนวความคิดของจอห์น ล็อก กับมอง ฌาคส์ รุสโซ นั้น ยินยอมให้รัฐใช้อำนาจการปกครองภายใต้กรอบกติกาที่มนุษย์ในสังคมยอมรับ โดยมนุษย์ในสังคมต้องมีสิทธิและเสรีภาพร่วมอยู่ด้วย ไม่ให้รัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตที่มนุษย์ตกลงกัน ซึ่งหลักการดังกล่าวเรียกว่า ทฤษฎีสัญญาประชาม นั่นเอง

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีสัญญาประชาม เป็นรากฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ต้องอยู่ร่วมกันภายใต้กรอบกติกาที่มนุษย์ในสังคมให้การยอมรับ ซึ่งเป็นจุดกำเนิดของการเกิดรัฐนั่นเอง

⁶ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. เล่มเดิม (น.70).

⁷ ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน. เล่มเดิม (น.113).

⁸ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.171). โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2.1.2 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐเกิดขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย หมายถึง รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ และถือว่าเป็นหลักการสำคัญในการปกครองที่ในสังคมรัฐต่างเรียกร้องให้มี ให้ปรากฏ และบังเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ หลักดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยทั้งในทางลบและในทางบวก กล่าวคือ ในทางลบนั้นเป็นหลักที่ได้แย้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิมของฌอง โบแตง ซึ่งเป็นผู้เรียกอำนาจสูงสุดในการปกครองว่า อำนาจอธิปไตย โดยให้ลักษณะของอำนาจอธิปไตยว่า ปราศจากขอบเขต ภาวะ สูงสุด ล้นพ้นและแสดงออกโดยการออกและยกเลิกกฎหมาย อำนาจอธิปไตยจึงแบ่งแยกมิได้และนิรันดร์ ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยจึงอยู่เหนือกฎหมาย

2.1.2.1 หลักนิติรัฐมีหลักการสำคัญดังต่อไปนี้⁹

1) พิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการดังต่อไปนี้

(1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยเรียกร้องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือการกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและถ่วงอำนาจกัน

ลักษณะสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ นักปรัชญาการเมือง ชาวฝรั่งเศสที่ให้นิยามแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจที่สำคัญ คือ มองเตสกีเออ เห็นว่าอำนาจปกครองสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็น 3 ฝ่าย โดยพิจารณาในแง่ขององค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการพัฒนาแนวความคิดมาจากอริสโตเติลที่เสนอแนวคิดหลักนิติธรรม ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในบทต่อไป มองเตสกีเออ กล่าวไว้ว่า “เพื่อไม่ให้เกิดการใช้อำนาจอันเกินขอบเขต จำต้องใช้อำนาจเพื่อหยุดยั้งอำนาจด้วยกันเอง ” ตามแนวความคิดของมองเตสกีเออ ได้แบ่งองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คือสภาที่ทำหน้าที่ประชุมและปรึกษาในเรื่องการเมือง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารหรือข้าราชการ และองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลนั่นเอง¹⁰ ซึ่งได้มีการยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยได้กล่าวว่ารัฐมีกรใช้อำนาจอยู่สามประการด้วยกัน คือ

⁹ โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ สืบค้นเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2557. จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=1866>.

¹⁰ ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น.23), โดย วิษณุ วรรณุญและคณะ ,2551, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

(1.1) รัฐมีอำนาจออกกฎหมายมาบังคับการดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป อำนาจในการออกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย และการยกเลิกกฎหมายนั้นคือ อำนาจนิติบัญญัติ

(1.2) รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศ และใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย การกีดกันนี้เป็นการกีดกันที่เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย อำนาจดังกล่าวคือ อำนาจบริหาร

(1.3) รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมาย และจัดให้มีการพิพากษาวินัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่อยู่ใต้กฎหมาย อำนาจนี้คืออำนาจอตุฎการ

การแบ่งแยกอำนาจหมายถึง การแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจ เพื่อไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจมากเกินไปจนเป็นการผูกขาด โดยมีการแบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจออกดังนี้

(1.1.1) องค์กรนิติบัญญัติ เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งใช้อำนานิติบัญญัติ

(1.1.2) องค์กรบริหาร เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองประเทศ

(1.1.3) องค์กรตุลาการ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการอำนวยความยุติธรรมเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น

โดยหลักการและทฤษฎีนั้นการแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นต้องมีองค์กรและอำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจได้แต่มีข้ออยู่เหนือกว่าในลักษณะที่เด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือ จะต้องมีความการที่เป็นหลักประกันในการดำเนินการตามอำนาจในแต่ละองค์กร คือมีการคานอำนาจและดุลอำนาจระหว่างกัน ถ้าพิจารณาดูระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย อำนาจนิติบัญญัติเป็นตัวแทนของประชาชน ส่วนอำนาจบริหารนั้นมิได้เป็นตัวแทนของประชาชน ความสำคัญของอำนาจนิติบัญญัติจึงมีมากกว่าอำนาจบริหารแต่มีใช้หมายความว่าปราศจากการควบคุมและตรวจสอบ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ ในทางกลับกันฝ่ายบริหารก็สามารถตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติได้เช่นกัน และถือได้ว่าหัวใจสำคัญอีกประการหนึ่งของการแบ่งแยกการใช้อำนาจก็คือการคานและดุลอำนาจนั่นเอง

การแบ่งแยกอำนาจจะมีเฉพาะในการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีการแบ่งแยกผู้ใช้อำนาจหน้าที่ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ดังนี้¹¹

¹¹ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น.114), โดย พรชัย เลื่อนจวี , 2554, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

(1.1.1.1) การแบ่งแยกอำนาจ เค็ดขาดหรือเกือบเค็ดขาด

การแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตยนั้น สามารถแบ่งรูปแบบของการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็น การแบ่งแยก อย่างเค็ดขาดหรือเกือบเค็ดขาด ซึ่งก่อให้เกิดรูปของรัฐบาลแบบประธานาธิบดี กล่าวคือ จะมีลักษณะเป็นการจ้ ดให้ประชาชนเป็นผู้ทำหน้าที่เลือกผู้ทำหน้าที่ฝ่ายบริหาร คือ ประธานาธิบดี และให้ประชาชนเลือกฝ่ายนิติบัญญัติ คือ สมาชิกสภานิติบัญญัติ ควบคู่กันไป ซึ่ง ผู้ใช้อำนาจดังกล่าวนี้จะแยกออกจากกันรับผิดชอบในหน้าที่ของตน และรับผิดชอบต่อประชาชนผู้ เลือกขึ้นมา อำนาจของทั้งสองฝ่ายนี้จะเห็นได้ว่าไม่มีอำนาจใดเหนือกว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะทำหน้าที่ ดำเนินการทางนิติบัญญัติเท่านั้น โดยไม่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการทำงานของฝ่ายบริหาร ส่วนฝ่ายบริหารก็ทำหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารประเทศอย่างเค็ดว โดยไม่มีอำนาจที่จะไปยุบ สภานิติบัญญัติ หรือแม้แต่ว่าจะเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่สภาโดยตรงก็ไม่ได้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

(1.1.1.2) การแบ่งแยกอำนาจไม่เค็ดขาดหรือไม่เคร่งครัด

การแบ่งแยกอำนาจ ไม่เค็ดขาดนี้ จะก่อให้เกิดรัฐบาลในระบบรัฐสภา เช่น ประเทศ สหราชอาณาจักร ไทย อินเดีย เป็นต้น การแบ่งแยกการใช้อำนาจในรูปแบบนี้จะมีลักษณะที่ตัวแทน ผู้ใช้อำนาจธิปไตยทั้งหลายสามารถเกี่ยวข้องกันได้ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบีบบังคับให้ฝ่ายบริหาร ต้องลาออกจากตำแหน่งได้ โดยการตั้งกระทู้ถามให้ฝ่ายบริหารตอบชี้แจงในที่ประชุมสภา หรือ สามารถเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ ได้ ขณะเค็ดวกันฝ่ายบริหารก็สามารถโต้ตอบฝ่ายนิติบัญญัติได้โดยการยุบสภา เพื่อจัดให้มีการ เลือกตั้งใหม่ หรือฝ่ายบริหารมีสิทธิเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่สภานิติบัญญัติได้โดยตรง เป็นต้น

การแบ่งแยกอำนาจไม่เค็ดขาดหรือไม่เคร่งครัดนี้ เป็นลักษณะของการให้อำนาจฝ่ายนิติ บัญญัติมีอำนาจควบคุมและตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ ก่อให้เกิดรัฐบาลแบบรัฐสภา 3 รูปแบบ กล่าวคือ

- ก. รัฐบาลในระบบรัฐสภา เช่น ประเทศไทย เป็นต้น
- ข. รัฐบาลในระบบประธานาธิบดี เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเม็กซิโก เป็นต้น
- ค. รัฐบาลใน ระบบผสม กึ่งประธานาธิบดี กึ่งรัฐสภา เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศ ฟินแลนด์ ประเทศโปรตุเกส เป็นต้น

หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น บุคคลในแต่ละองค์กร ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตามหลักการ แบ่งแยกอำนาจ ต้องแบ่งอำนาจและแยกตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจเป็นคนละคน กัน ตามคำกล่าวที่ว่า “ห้ามสวมหัวโขนสองใบในขณะเค็ดวกัน ” เป็นไปตามหลัก Conflict of Interests คือห้ามบุคคล

เดียวกันดำรงตำแหน่งในองค์ซึ่งผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ในขณะที่เดียวกัน¹² เนื่องจากอาจเกิดการขัดแย้งกันระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยด้วยกันก็ได้

กล่าวโดยสรุป หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่ป้องกันไม่ให้ผู้ใช้อำนาจใช้อำนาจมากจนเกินไป หากมีการใช้อำนาจมากจนเกินไปจะทำให้เกิดความเสียหาย และเกิดการผูกขาดอำนาจ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเกิดขึ้นเพื่อให้องค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละองค์กรทำการตรวจสอบการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรกันเอง ให้เกิดการดุลและคานอำนาจซึ่งกัน และกัน ซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งในหลักนิติรัฐ

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐเรียกร้องให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกร้ององค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น กล่าวเฉพาะฝ่ายปกครอง หลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาล เรียกร้องให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่างๆ ของรัฐได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคลเปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่างๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมด้วย อนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้

(4) หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม นั้น เรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ กฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การ

¹² คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น.148), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

พิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้านตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

2) พิจารณาในทางเนื้อหา หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการดังต่อไปนี้

(1) หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง ¹³

โดยเหตุที่การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครอง กำหนดกฎเกณฑ์ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ คาดหมายได้จากปัจเจกชนผู้ตกอยู่ใต้อำนาจปกครอง ความชัดเจนแน่นอนตลอดจนความคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง ถือเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 อย่างไรก็ตาม ระดับความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง นั้น อาจแตกต่างกันออกไปตามสภาพของการกระทำทางปกครอง แม้กระนั้นเราอาจกล่าวเป็นหลักการทั่วไปได้ว่า ยิ่งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการล่วงล้ำสิทธิ หรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชนมากเท่าใด องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดเนื้อหาของกฎเกณฑ์ให้ชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้นเท่านั้น

(2) กฎหมายที่รัฐตราขึ้นมาบังคับใช้ต้องกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

โดยแบ่งออกเป็น 2 มิติ

สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิหรืออำนาจที่ปัจเจกบุคคลสามารถยกขึ้นใช้ยันรัฐได้ โดยทั่วไปสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ สิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญ คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในการที่จะได้รับความเสมอภาค

(2.1) สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิที่ติดตัวคนมาแต่เกิด เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ซึ่งไม่ว่าจะถูกพรากจากบุคคลได้ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของแต่ละคน และด้วยเหตุนี้สิทธิในชีวิตและร่างกาย จึงเป็นรากฐานอันสำคัญของ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเป็นสิทธิที่ติดตัวอยู่ตลอดเวลา ไม่อาจสละหรือมอบให้คนอื่นได้ เพราะเป็นเรื่องส่วนตัวของคนๆ นั้น¹⁴

¹³ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.38), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁴ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (น. 84), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2540, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(2.2) สิทธิในการที่จะได้รับความเสมอภาค สิทธิในความเสมอภาคเป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในขณะที่สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นการแสดงออกถึงปริมณฑลส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล แต่ในขณะที่สิทธิในความเสมอภาคเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลและต่อสังคม¹⁵ ดังนั้น นอกจากมนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว มนุษย์ต้องมีสิทธิในความเสมอภาคติดตัวไปด้วยเสมอ เพื่อให้มนุษย์ทุกคนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันทุกคน โดยไม่มีข้อยกเว้น จึงถือว่าหลักความเสมอภาคเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2.2.1) หลักความเสมอภาคสามารถแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท ดังนี้¹⁶

(2.2.1.1) หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใดๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมิได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่กำหนดไว้แล้ว ก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ

(2.2.1.2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องคือ หลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักเรื่องความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้ทุกๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุกๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก เช่น การคัดเลือกพนักงานคดีปกครอง รองเฉพาะบุคคลผู้ได้รับวุฒิปริญญาตรีเกียรตินิยม เป็นต้น

(2.2.2) หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาค¹⁷

¹⁵ แหล่งเดิม.

¹⁶ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. เล่มเดิม (น.133).

¹⁷ แหล่งเดิม.

(2.2.2.1) สิ่งเหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน

กล่าวคือไม่แตกต่างกัน

ความเท่าเทียมกันตามหลักความเสมอภาค ไม่จำเป็นต้องเท่าเทียมกันทุกประการ กล่าวคือ เท่าเทียมกันในสาระสำคัญ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นความเท่าเทียมกันในสาขาของกฎหมาย หมายความว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับผลทางกฎหมายอย่างเดียวกัน ดังนั้นหลักความเสมอภาคในหลักเกณฑ์ข้อนี้ จึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างข้อเท็จจริงสองกรณี กลุ่มบุคคลสองกลุ่ม หรือบุคคลสองคน หากพบว่ามีเหมือนกันหรือแตกต่างกันในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ต้องได้รับการปฏิบัติและผลทางกฎหมายเหมือนกัน จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ยากแก่การพิจารณา

(2.2.2.2) สิ่งที่ไม่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่ไม่

เหมือนกัน กล่าวคือแตกต่างกัน

ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน การใช้หลักเกณฑ์ข้อนี้ ต้องมีการเปรียบเทียบข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ข้อแรก หากเปรียบเทียบแล้วพบว่ามี ความแตกต่างกันในข้อเท็จจริงแห่งคดี การปฏิบัติต่อสิ่งที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ต้องปฏิบัติให้แตกต่างกัน โดยคำนึงถึงสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปฏิบัติให้แตกต่างกันด้วย กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงแห่งคดี แต่ถ้ามีความแตกต่างกันในส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญแล้ว ต้องถือว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นอยู่ในสถานะที่เหมือนกัน ต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในทางปฏิบัติ ในทางตรงกันข้าม หากใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น การประท้วงหยุดงานของข้าราชการกับเอกชน มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การประท้วงหยุดงานของข้าราชการอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน ข้าราชการมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ การประท้วงหยุดงานย่อมกระทบต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะซึ่งแตกต่างจากการประท้วงของเอกชน มาตรการที่รัฐจะนำมาใช้กับการประท้วงหยุดงานจึงต้องแตกต่างกัน

(2.2.3) ข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค¹⁸

หลักแห่งความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน แต่บางครั้งสิ่งที่เหมือนกันอาจต้องพิจารณาด้วยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ที่เรียกกันว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม หากเป็นไปตามข้อยกเว้นดังต่อไปนี้ คือ

(2.2.3.1) การเลือกปฏิบัติเพื่อผลประโยชน์มหาชน

¹⁸ แหล่งเดิม.

การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลตามหลักความเสมอภาคนั้นย่อมต้องคำนึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ของปัจเจกชน ดังนั้นจะอ้างหลักความเสมอภาคในการใช้กฎเกณฑ์เพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชนโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะนั้นหาได้ไม่

การอ้างประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นแม้ว่าจะถือว่าเป็นการกระทบต่อหลักแห่งความเสมอภาคและก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติก็ตามที แต่อย่างไรก็ดีการกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถ้าเป็นเช่นนั้นแล้วก็ไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ การแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้นั้นที่เห็นได้ชัดเจนก็คือการแบ่งแยกที่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่อง แหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นต้น

(2.2.3.2) การเลือกปฏิบัติเพื่อมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่

การเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ หรือการเลือกปฏิบัติในทางบวกมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น อันเป็นการยกระดับเพื่อชดเชยหรือทดแทนแก่กลุ่มบุคคลผู้ด้อยโอกาสในสังคม ทั้งในทางกายภาพ

ดังนั้นหากเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม การเลือกปฏิบัติจึงมีทั้งการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม อันขัดต่อหลักความเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม อันเป็นข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค

(2.2.4) หลักเสมอภาค มีความสำคัญกับองค์กรฝ่ายปกครองทุกองค์กรที่ต้องผูกพัน ประกอบด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร (ฝ่ายปกครอง) และฝ่ายตุลาการ โดยมีลักษณะดังนี้

(2.2.4.1) หลักความเสมอภาคในการบัญญัติกฎหมาย ¹⁹

ซึ่งความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาค เป็นความเสมอภาคภายในการบัญญัติกฎหมาย หรือที่เรียกว่า ความเสมอภาคของกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายจะต้องบัญญัติให้เป็นการทั่วไป มีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป ซึ่งถ้าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพก็ต้องจำกัดเป็นการทั่วไป โดยการยึดถือสภาพแวดล้อมหรือสภาพกรณีที่มีลักษณะอย่างเดียวกันย่อมถูกจำกัดเหมือนกัน ในกรณีอย่างเดียวกันจะเลือกการจำกัดไม่ได้ โดยห้ามบัญญัติกฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะนั่นเอง

(2.2.4.2) หลักความเสมอภาคในฝ่ายบริหาร ซึ่งความผูกพันของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต่อหลักความเสมอภาค ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายอย่าง

¹⁹ กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น.279), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2555, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เคร่งครัด อันเป็นองค์การที่นำกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราไว้มาใช้จึงอาจทำให้เกิดการละเมิดต่อหลักความเสมอภาคได้ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้แล้วฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำ รานั้นๆ ได้ การละเมิดหลักความเสมอภาคของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการปฏิบัติต่อกรณีเฉพาะเรื่องตั้งแต่ 2 เรื่องขึ้นไป โดยปฏิบัติให้แตกต่างกัน เว้นแต่กรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลยพินิจแก่ฝ่ายปกครองซึ่งการใช้ดุลยพินิจดังกล่าวอาจทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่าง กันได้ ซึ่งจะเกิดในการใช้ดุลยพินิจครั้งแรกเมื่อมีกรณีเดียวกันนี้อีกดุลยพินิจที่ใช้ไปนั้นย่อมผูกพันฝ่ายปกครองที่ต้องให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาค

(2.2.4.3) หลักความเสมอภาคในฝ่ายตุลาการ ซึ่ง ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาค โดยต้องประกอบไปด้วย ความเสมอภาคของประชาชนต่อการเข้าถึงศาล สิทธิเรียกร้องในการให้ความคุ้มครองในทางศาล และหลักห้ามมิให้ศาลปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาลนั้น

ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาล คือ การทำให้ประชาชนมีความเท่าเทียมกัน ในกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาล หลักสำคัญคือ สิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับการรับฟังคู่ความและความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยตุลาการต่อประชาชน ซึ่งเป็นการผูกพันต่อกฎหมายในทางสารบัญญัติ เป็นการห้ามใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวกับความเสมอภาคไว้

กล่าวโดยสรุป คือ สิทธิ ในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในการที่จะได้รับความเสมอภาค นั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐมีหน้าที่ต้องออกกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองกับประชาชน เป็นสิทธิที่ไม่อาจมีสิ่งใดมาล่วงละเมิดได้ เว้นแต่มีเหตุผลพอสมควรหรือเพื่อประโยชน์ส่วนร่วมของการอยู่ร่วมกันในสังคมเท่านั้น

(3) หลักความพอสมควรแก่เหตุ²⁰ การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และถือว่า เป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนสิทธิเสรีภาพของ

²⁰ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. เล่มเดิม (น.33).

ปัจเจกชน ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังเผยตัวให้เห็นในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอย่างชัดเจนด้วย แต่แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดไม่ได้ทำให้หลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏตัวอย่างชัดเจนก็ไม่ได้หมายความว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ โดยละเลยหลักการดังกล่าวนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง โดยเหตุที่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับเสมอ ไม่ว่าจะมิกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม

(4) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ²¹ เป็นหลักในทางกฎหมายที่กำหนดว่า ปึงเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐย่อมสามารถเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และความเชื่อมั่นดังกล่าวนี้จะต้องได้รับการคุ้มครอง ในกฎหมายปกครองหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นหลักการที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการกำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่องค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกไปนั้น หากเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์กับบุคคลผู้รับคำสั่งแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นได้หรือไม่ ในเงื่อนไขเช่นใด

หากพิเคราะห์ลงไปรายละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจมีผลสนับสนุนความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ หรือสิทธิหน้าที่ของบุคคล อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้อาจขัดแย้งกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ เช่น ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง หากผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต กรณีดังกล่าวย่อมมีปัญหาที่จะต้องพิเคราะห์ว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ หากถือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอย่างเคร่งครัดแล้ว ย่อมจะต้องตอบว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะต้องแก้ไขสิ่งที่ผิดพลาดให้เป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งหมายความว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่หากพิจารณาในแง่มุมมองของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งฯ ดังกล่าว ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมจะต้องคัดค้านการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตนโดยอ้างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับ โดยเหตุที่หลักการทั้งสองประการดังกล่าวเป็นหลักการที่มีน้ำหนักใกล้เคียงกัน ในการดำเนินงานทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวไว้เสมอ โดยปกติแล้ว หากเป็นเรื่องคำสั่งทางปกครอง องค์กร

²¹ แหล่งเดิม.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมอาศัยกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการแก้ปัญหาได้ แต่แม้การกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดปัญหาไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง หรือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการออกคำสั่งไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจตัดสินใจออกคำสั่งต้องนำเอาหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยสั่งการ ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่จะกล่าวต่อไปด้วย

(5) หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 รับรองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคล ในการดำเนินการทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจหลุดพ้นความผูกพันตามหลักความเสมอภาคไปได้ โดยเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิดังกล่าวจึงผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

โดยเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคมีลักษณะเป็นนามธรรมสูง กรณีจึงอาจมีปัญหาให้ต้องพิจารณาว่า การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิในความเสมอภาค หรือไม่ หลักการเบื้องต้นในเรื่องดังกล่าวคือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยอำเภอใจไม่ได้ หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันโดยอำเภอใจก็ไม่ได้เช่นกัน การปฏิบัติโดยอำเภอใจ หรือการเลือกปฏิบัติ หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหา “เกณฑ์แห่งความแตกต่าง” อันมีน้ำหนักสำคัญระหว่างสองสิ่งหรือหลายสิ่งมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้

หลักนิติรัฐสรุปมีสาระสำคัญ ดังนี้²³

1) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเฉพา ะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรเพื่อให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

²² แหล่งเดิม.

²³ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น.64), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

3) การควบคุมไม่ให้กฎหมาย ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร โดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

รองศาสตราจารย์ ดร.วราพงษ์ วิสสุตพิชญ์ ได้สรุปว่า หลักนิติรัฐ หมายถึง การปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งการที่ผู้บริหารประเทศจะมีอำนาจในการกระทำการอันใดในหน้าที่ที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ จะกระทำนอกเหนือที่กฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้ซึ่งจะถือว่าเป็นการกระทำโดยอำเภอใจปราศจากกฎหมายรองรับ และสำหรับประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพครบเท่าที่ไม่มีกฎหมายมาจำกัด การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องยกเว้น คือ ต้องจำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นอันเป็นการรักษาความสงบภายในสังคม หรือความเป็นระเบียบแบบแผนเท่านั้น และการจะจำกัดต้องอ้างถึงกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ด้วยเสมอ

จากลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการที่รัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดในทางปกครองต้องยึดถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด เนื่องจากประชาชนได้ยอมที่จะสละสิทธิและเสรีภาพส่วนหนึ่งของตนเพื่อให้ผู้ปกครองใช้สิทธิดังกล่าวในการปกครอง โดยมิวัตถุประสงค์เพื่อให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข และหากเมื่อใดรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองใช้สิทธิเกินขอบเขต ประชาชนในสังคมก็มีสิทธิเรียกร้องสิทธิการปกครองดังกล่าวกลับคืนมาได้ตามหลักนิติรัฐนั่นเอง

2.1.3 หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมจะควบคู่ไปกับหลักนิติรัฐอยู่เสมอ หลักนิติธรรมเป็นหลักกฎหมายที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน โดยยึดหลักว่า บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน ซึ่งมีผู้กล่าวถึงหลักนิติธรรมไว้อยู่หลายคน เช่น

อริสโตเติล ได้กล่าวไว้ว่า²⁴ “รัฐบาลต้องเป็นรัฐบาลที่ปกครองโดยกฎหมาย มิใช่โดยอำเภอใจมนุษย์” หมายความว่า อำนาจของรัฐบาลทุกประการต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไป

นักกฎหมายอังกฤษในศตวรรษที่ 19-20 ชื่อว่า ไคซีย์ ได้แยกองค์ประกอบหลักนิติธรรมไว้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้²⁵

ประการแรก ไม่มี บุคคลใดจะถูกลงโทษเว้นแต่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยศาลยุติธรรมจะทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา ในที่นี้จึงถือว่าหลักนิติธรรมนั้นตรงข้ามกับการปกครองที่ยินยอมให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ

ประการที่สอง ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐหรือเอกชน ด้วยคำกล่าวนี้ทำให้ไคซีย์ปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองแยกเช่นประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากเขาเชื่อว่าการตั้งศาลปกครองเป็นการมอบอภิสิทธิ์ให้ฝ่ายรัฐ ต่างจากระบบกฎหมาย Common law ของประเทศอังกฤษซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐไม่อาจกล่าวอ้าง “เหตุผลแห่งรัฐ” มาละเมิดสิทธิของประชาชน ได้ ดังนั้นไคซีย์จึงสรุปว่า การไม่มีศาลปกครองสามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดีกว่าอย่างไรก็ดี แนวคิดประการนี้ของเขาก็เริ่มเสื่อมคลายลงในประเทศอังกฤษยุคปัจจุบัน เนื่องจากปริมาณข้อพิพาททางปกครองที่เพิ่มขึ้นได้ทำให้เกิดการตื่นตัวในเรื่องของการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ จนทำให้อังกฤษตั้งแผนกคดีปกครองในศาล High Court ทั้งยังมีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับประชาชนขึ้นเป็นจำนวนมากอีกด้วย

ประการสุดท้าย ไคซีย์ เห็นว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษซึ่งเป็นผลพวงมาจากคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคัดสินคดีเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลผู้นำคดีมาสู่ศาล หรือ Common law เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพที่ดีกว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ดี แนวความคิดนี้ของไคซีย์ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์เช่นกันเนื่องจากสิทธิและเสรีภาพซึ่ง Common law รับรองสามารถถูกเพิกถอนโดยพระราชบัญญัติตาม “หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา” ทั้งการเป็นสมาชิกของสภายุโรปก็มีส่วนกระตุ้นให้อังกฤษเริ่มเห็นความจำเป็นที่ต้องจัดทำ “คำประกาศที่เป็นทางการ” เพื่อกำหนด “มาตรฐานกลาง” ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบางอย่างซึ่งมีกำหนด “มาตรฐานกลาง” ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบางอย่างซึ่งมีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชนมากยิ่งขึ้นไปกว่าลักษณะการคุ้มครองเป็นรายกรณีๆ เหตุเหล่านี้เป็นแรงกระตุ้นการจัดทำพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998

²⁴ กฎหมายมหาชนเบื้องต้น อธิบายหลักกฎหมายไทยและหลักกฎหมายอังกฤษ, โดย รวินทร์ ลีละพัฒนะ 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁵ แหล่งเดิม.

หลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลายจะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย กำหนดให้บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมายและไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่นอกกฎหมายได้

ศาสตราจารย์ ดร. คณิศ ฌ นกร²⁶ กล่าวว่า “หลักนิติธรรม” หรือ “Rule of Law” เป็นคำที่ใช้ในประเทศ Common Law ซึ่งบางทีเรียกว่า The supremacy of law หรือ หลักกฎหมายเป็นใหญ่ ตามหลักนิติธรรมนั้น การใช้อำนาจรัฐต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับ และการใช้อำนาจรัฐต้องตรวจสอบได้ด้วย ในประเทศ Civil law หลักการที่ว่า “การใช้อำนาจรัฐต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับ และการใช้อำนาจรัฐต้องตรวจสอบได้” เรียกว่า หลักนิติรัฐ

ดังนั้น หลักนิติรัฐ กับ หลักนิติธรรม ในพื้นฐานความคิดจึงเหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน นิติรัฐต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจ การตรวจสอบก็เพื่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อกันและกัน และการตรวจสอบนั้น ต้องเป็นการตรวจสอบในแนวราบ ที่เรียกว่า Accountability คือ ต้องมีความรับผิดชอบต่อองค์กรอื่น และต้องมีความรับผิดชอบต่อประชาชน

กล่าวโดยสรุป หลักนิติธรรม คือ หลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนในสังคมทุกคนโดยเท่าเทียมกัน ไม่มีข้อยกเว้น โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ประชาชนทุกคนต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอย่างเสมอภาคกัน

2.1.4 สิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอีกประการหนึ่งนอกจากหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมที่ได้กล่าวไว้แล้ว โดยมีลักษณะดังต่อไปนี้

รองศาสตราจารย์ ดร. โกสิน พลกุล ได้ให้ความหมายไว้ว่า²⁷

สิทธิ หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

เสรีภาพ หมายถึง สถานภาพของมนุษย์ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใคร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นอำนาจที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือที่จะ ไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

ดร. วิษณุ เครืองาม ได้ให้ความหมายไว้ว่า²⁸

²⁶ นิติรัฐและพลเมือง: ทางออกประเทศไทย (The Rule of Law and Citizen: Solutions for Thailand) (น.4), โดย คณิศ ฌ นกร, 2553, จัดพิมพ์ว่า ยุติธรรม, ฉบับที่ 24 (2).

²⁷ หลักกฎหมายมหาชน (น.138-139), โดย โกสิน พลกุล, 2539, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรือเว้นกระทำการ

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า²⁹

สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการ
เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ

เสรีภาพ หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น และเป็นภาวะที่
ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทาง

สิทธิและเสรีภาพ ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มนุษย์ทุกๆ คน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดไว้ในส่วนที่ 3 โดยหลักสิทธิและเสรีภาพนั้นจะควบคู่
ไปกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 ซึ่งกำหนดว่า การใช้อำนาจโดยองค์กร
ของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญนี้

“ศักดิ์ศรี” ในความหมายของชาวโรมัน หมายถึง เกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อ
สาธารณะ ดังนั้นศักดิ์ศรีในความหมายของชาวโรมันจึงไม่ใช่ เรื่องของบุคคลทุกคน หากแต่หมายถึง
เฉพาะบุคคลที่ได้รับเกียรติจากสาธารณะ³⁰

Guenter Duerig³¹ ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่ง
จิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความ
เป็นส่วนบุคคล และการทำให้เป็น รรลู่เป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ
ตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง จาก
แนวคิดดังกล่าวนี้คือการให้ความหมายของ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งประกอบด้วยรากฐาน
อันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิใน
การที่จะได้รับความเสมอภาค

กล่าวโดยสรุปได้ว่าสิทธิ ตามความหมายของ รัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่กฎหมาย
สูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใด ไม่กระทำการใด รวมทั้ง

²⁸ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.67), โดย วิษณุ เครืองาม, 2530, กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์.

²⁹ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น.41), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ: เคล็ดไทย.

³⁰ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (น. 84), โดย บรรเจิด
สิงคะเนติ, 2540, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³¹ สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.13-14), โดย ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ, 2546, (รายงาน
ผลการวิจัย) กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) และสถาบันพระปกเกล้า.

ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐที่จะเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิของบุคคลนั้นบางกรณีอาจก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิ ตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นสิ่งที่ต้องผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมดที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิเหล่านั้นมีผลในทางปฏิบัติ

สำหรับสิทธิตามปฏิญญาสากลฯ นั้น จำแนกออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ สิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองและสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม³²

1) สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นสิทธิเก่าแก่ดั้งเดิมที่รู้จักกันดีเป็นสิทธิในทางลบ มีเจตนารมณ์เพื่อจำกัดอำนาจรัฐในการปฏิบัติต่อพลเมืองมิให้ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจ

2) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สิทธิประเภทนี้เพิ่งรู้จักกันเมื่อตอนสมัยมีการปฏิวัติอุตสาหกรรม ในทวีปยุโรป และทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้แรงงาน สตรี เด็ก และผู้ด้อยโอกาสในสังคมมากยิ่งขึ้น ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจและสังคมทำให้เกิดความคิดว่ารัฐควรเป็นรัฐสวัสดิการสังคม โดยต้องมีหน้าที่ยกระดับกฎหมายชีวิตประจำวันของประชาชนให้ดียิ่งขึ้นด้วย ดังนั้น จึงเริ่มให้ความสำคัญแก่สิทธิประเภทนี้มากขึ้นตามลำดับ โดยถือเป็นสิทธิในทางบวกโดยเป็นการกำหนดให้รัฐต้องมีหน้าที่ให้บริการแก่ประชาชน เพื่อยกระดับความหมายชีวิตของประชาชนให้สูงขึ้น

สิทธิในเสรีภาพ โดยคำพิงของเสรีภาพนั้นไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง เช่นนี้ก็ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่อย่างใด แต่หากกล่าวว่า สิทธิในเสรีภาพ นั้นหมายความว่าบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองความหมายนี้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือบุคคลย่อมมีหน้าที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลอื่น ดังนั้น เสรีภาพ ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นที่จะไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจในการกระทำหรือไม่กระทำของบุคคลนั้น³³

กล่าวโดยสรุปคือ สิทธิและเสรีภาพ เป็นหลักการพื้นฐานของประชาชนที่รัฐเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดได้โดยมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และเป็นหลักประกันว่ารัฐจะออก

³² หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่. เล่มเดิม (น.53).

³³ แหล่งเดิม.

กฎหมายมีลักษณะมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ จะทำได้ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

2.2. ทฤษฎีและหลักการกระทำทางปกครอง

คำสั่งลงโทษทางวินัย ถือเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ ตำแหน่ง ของข้าราชการผู้ที่ถูกลงโทษทางวินัย คำสั่งทาง ปกครองเกิดจากการออกคำสั่งขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยกับข้าราชการ ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองลักษณะหนึ่ง เพื่อให้เข้าใจลักษณะองค์กรทางปกครอง ลักษณะโครงสร้างขององค์กรฝ่ายปกครอง รวมทั้งการกระทำทางปกครอง ผู้เขียนจึงได้ ศึกษาทฤษฎีและหลักการกระทำทางปกครอง โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.1 องค์กรของฝ่ายปกครอง

การกระทำทางปกครอง เกิดจากการที่องค์กรของฝ่ายปกครองได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันมีผลทำให้กระทบต่อบุคคลภายในฝ่ายปกครองเดียวกัน หรือบุคคลนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้แยกองค์กรฝ่ายปกครองไว้หลายประเภท ดังต่อไปนี้³⁴

2.2.1.1 รัฐ หมายความว่า สิ่งที่มีสภาพดำรงอยู่ รัฐเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นโดยประชาชนกลุ่มหนึ่งรวมตัวกันจัดการปกครองตนเองขึ้นเพื่อประโยชน์ร่วมกัน โดยทั่วไปเห็นตรงกันว่าการเป็น “รัฐ” นั้นจะต้องประกอบลักษณะ 4 ประการคือ

- 1) จำนวนราษฎรที่แน่ชัด
- 2) มีอาณาเขตที่แน่นอน
- 3) มีการจัดองค์กรในการปกครอง
- 4). มีอิสระในการปกครองตนเอง

2.2.1.2 ราชการส่วนกลาง มีการจำแนกไว้โดยมาตรา 4(1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และเป็นหน่วยงานของรัฐที่สัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับศูนย์อำนาจของรัฐ ราชการส่วนกลาง จะประกอบไปด้วยหน่วยงานที่เป็นฝ่ายปฏิบัติของรัฐบาลและหน่วยงานธุรการของรัฐสภา ศาล และส. ถาบันอิสระอื่นด้วย เช่น สำนักพระราชวัง สำนักราชเลขาธิการ คณะกรรมการ ป.ป.ป. เป็นต้น ราชการส่วนกลาง มีส่วนงานที่สำคัญคือสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง และกรม สำหรับสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง ทบวงและกรมนั้นจะมีฐานะเป็นนิติบุคคล(มาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534)

³⁴ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.62), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ , 2540, กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์.

2.2.1.3 ราชการส่วนภูมิภาค โดยสภาพจะเป็นการแบ่งอำนาจของราชการส่วนกลางที่อยู่ ณ เมืองหลวงมายังการปฏิบัติราชการในพื้นที่ แต่ลักษณะราชการส่วนภูมิภาคของไทยมี ลักษณะเฉพาะ โดยเห็นกันว่างานส่วนราชการต่าง ๆ ระดับกรมอาจตั้งที่ทำการและกำหนดขอบเขต งานของแต่ละที่ทำการอย่างไรก็ได้อันเป็นเรื่องภายในกรม การที่มีหน่วยงานเช่นนั้น อยู่ในพื้นที่เป็น เพียงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของผู้ว่าราชการ จังหวัดเท่านั้น ตามมาตรา 57(4) แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แต่ถ้าเป็นราชการส่วนภูมิภาคผู้ว่าราชการจังหวัดก็จะมี ฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาโดยตรงที่จะสั่งการแก่หน่วยราชการนั้น ได้ตามความเหมาะสมตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 คำว่า “ราชการส่วนภูมิภาค” ของ ไทยจึงความหมายเฉพาะ

ราชการส่วนภูมิภาคมีการแบ่งแยกออกเป็นจังหวัด อำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน

2.2.1.4 ราชการส่วนท้องถิ่น เป็นการกระจายอำนาจจากราชการส่วนกลางให้ประชาชน ในพื้นที่มีส่วนร่วมในการดำเนินงานทางปกครอง โดยเคารพ การตัดสินใจเลือกพัฒนาของ ประชาชนในพื้นที่เพื่อให้การพัฒนาเป็นไปตรงกับความต้องการของประชาชน สามารถแบ่ง ออกเป็น 6 ประเภทดังนี้

1) องค์การบริหาร ส่วนจังหวัด ถือเป็น ราชการส่วนท้องถิ่น โดยจัดตั้ง ขึ้นตาม พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ .ศ. 2498 มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีทรัพย์สิน และบุคลากรของตนโดยตรง³⁵

2) เทศบาล จัดตั้งขึ้นตาม หลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติเทศบาล พ .ศ. 2496 การ จัดตั้งกระทำโดยพระราชกฤษฎีกาเป็นแห่ง ๆ ไป เทศบาลมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีการจำแนก ประเภทของเทศบาลเป็น เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง และ เทศบาลนคร³⁶

3) สุขาภิบาล จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495³⁷

4) องค์การบริหารส่วน ตำบล มีฐานะเป็นนิติบุคคล และเป็นราชการส่วน ท้องถิ่น³⁸

5) กรุงเทพมหานคร³⁹

³⁵ ปัจจุบันใช้พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540.

³⁶ ปัจจุบันใช้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 13 พ.ศ.2552.

³⁷ ปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะของสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542.

³⁸ ปัจจุบันใช้พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ.2552.

³⁹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528.

6) เมืองพัทยา⁴⁰

2.2.1.5 หน่วยงานอิสระ ในที่นี้หมายถึงหน่วยงานที่มีอิสระจากการควบคุมของรัฐบาลโดยตรง ทั้งนี้ เนื่องจากการกิจของหน่วยงานนั้นไม่เหมาะสมที่จะอยู่ในระบบควบคุมโดยตรงจากระบบราชการ เพราะมีการตรวจสอบหลายขั้นตอนทำให้ล่าช้า และโดยทั่วไปจะถูกครอบงำโดยทางการเมืองระดับหนึ่งด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อเป็นหน่วยงานของรัฐก็ต้องมีการควบคุมอย่างหนึ่งอย่างใดอยู่บ้างขึ้นอยู่กับระดับความอิสระที่จัดให้ เพราะเมื่อเป็นหน่วยงานของรัฐความรับผิดชอบต่อรัฐยังจะต้องมีอยู่ ความเป็นหน่วยงานอิสระอาจพิจารณาได้ 3 แง่ด้วยกัน คือ

- 1) อิสระในการจัดการบุคลากร
- 2) อิสระในทางทรัพย์สิน และ
- 3) อิสระในการดำเนินงาน

2.2.1.6 คณะกรรมการ การจัดตั้งองค์กรทางปกครองแต่เดิมมาจะมีศูนย์รวมอยู่ที่กระทรวง ทบวง กรม อันอยู่ในการควบคุมดูแลโดยตรงของรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี แต่ในระยะหลังการจัดตั้งองค์กรทางปกครองในรูปแบบคณะกรรมการจะมีมากขึ้นตามลำดับ

การจัดตั้งคณะกรรมการในงานต่าง ๆ อาจมีลักษณะแตกต่างกันได้ คณะกรรมการในองค์กรทางปกครองจึงมีการจัดตั้งและวิธีดำเนินงานหลายรูปแบบ แต่โดยที่คณะกรรมการในการใช้อำนาจทางปกครองนั้นจะต้องมีลักษณะเฉพาะบางประการ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงได้บัญญัติเรื่องคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครองไว้ โดยเฉพาะ เช่น การแต่งตั้งกรรมการ คณะกรรมการในการพิจารณาทางปกครองโดยมากจะตั้งจากผู้เป็นข้าราชการตำแหน่งต่าง ๆ ตามความรู้ความสามารถในการรับผิดชอบ เพราะข้าราชการจะมีวินัยกำกับให้ต้องทำงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต อย่างไรก็ตามในกรณีต้องการความโปร่งใส หรือต้องการมีส่วนร่วมจากภาคเอกชนก็อาจตั้งบุคคลในภาคเอกชนเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการได้

การดำรงตำแหน่งกรรมการ คณะกรรมการอาจมีวาระการดำรงตำแหน่งหลายรูปแบบ ในกรณีที่เน้นความเป็นอิสระขององค์กรอาจจัดให้มีการหมุนเวียนกันออก โดยมีวาระยาวกว่าวาระของรัฐบาล เพื่อมิให้รัฐบาลใดมีอำนาจแต่งตั้งกรรมการทั้งหมดพร้อมกันได้

2.2.1.7 เจ้าหน้าที่ราษฎร การจัดตั้งองค์กรทางปกครองนอกจากจัดให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินงานของรัฐในรูปนิติบุคคล หรือคณะบุคคลแล้ว มีหลายกรณีที่เป็นการกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่บางตำแหน่งโดยตรงและมิได้ผูกพันกับองค์กร เช่น การกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ใหญ่บ้าน กำนัน นายอำเภอ ผู้ว่าราชการจังหวัด อธิบดี หรือ รัฐมนตรี เป็นต้น

⁴⁰ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2542.

2.2.1.8 รัฐวิสาหกิจ เป็นรูปแบบองค์กรทางปกครองที่เกิดขึ้นในระยะหลัง ขอบเขตของ รัฐวิสาหกิจตามความเข้าใจในหลายประเทศยังไม่ตรงกัน แต่โดยหลักการก็คือองค์กรของรัฐที่แยก ออกมาเป็นอิสระ ทั้งในแง่บุคคล ทรัพย์สิน และการดำเนินงาน และมีวิธีการดำเนินงานในเชิงธุรกิจ โดยจะมีเป้าหมายในกิจการทางการค้าและอุตสาหกรรม หรือธุรกิจอื่นหรือจะเป้าหมายในทาง สังคมอยู่ด้วย ในระดับที่มากหรือน้อยเช่นใดก็ได้ เช่น การจัดการศึกษาหรือการรักษาวัฒนธรรม เป็นต้น แต่จะเน้นที่การดำเนินในเชิงธุรกิจ

2.2.1.9 เอกชนผู้รับมอบหมาย การดำเนินงานของรัฐบางกรณีมีการมอบหมายให้เอกชน เป็นผู้ดำเนินการ มิได้จำเป็นต้องให้หน่วยงานของ รัฐเป็นผู้จัดทำเสมอไป สำหรับงานที่มอบหมาย ให้ทำอาจเป็นงานใดก็ได้ เช่น กรรมการตรวจคะแนนก็เป็นเอกชนผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล หน่วยเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกผู้แทนราษฎร พ .ศ. 2522 หรือการควบคุม คุณภาพและมารยาทวิชาชีพของทนายความ โดยสภาทนายควมอันเป็นสถาบันเอกชนตาม พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528⁴¹

จากลักษณะดังกล่าวจะเห็นได้ว่า องค์กรฝ่ายปกครองมีหลายหลากรูปแบบแตกต่างกัน ไป ขึ้นอยู่กับภารกิจหลักขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นว่าต้องการเลือกจัดรูปแบบขององค์กรฝ่ายปกครอง ลักษณะใดเพื่อบรรลุเป้าหมายสูงสุดขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นนั่นเอง

2.2.2 หลักการในการจัดรูปแบบโครงสร้างขององค์กรฝ่ายปกครอง

องค์กรฝ่ายปกครองแต่ละองค์กรจะมีลักษณะรูปแบบการบริหารงานของแต่ละองค์กร แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับลักษณะการบริหารงานของแต่ละองค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อให้การ บริหารงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็วให้สอดคล้องกับเป้าหมายขององค์กรฝ่าย ปกครองนั่นเอง ซึ่งเรียกว่า หลักการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน โดยแบ่งได้ 2 หลัก คือ หลักการรวมอำนาจปกครอง และ หลักการกระจายอำนาจ โดยจะกล่าวในรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.1 หลักการรวมอำนาจปกครอง

หลักการรวมอำนาจปกครอง หมายถึง การรวบรวมอำนาจทั้งหมดไว้ที่รัฐส่วนกลาง อัน ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม เป็นผู้ดำเนินการปกครองและจัดทำบริการสาธารณะ ในทุกเรื่อง มีการ จัดระเบียบการปกครองที่กำหนดให้หน่วยการปกครองในรัฐมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด⁴²

หลักการรวมอำนาจอาจเป็น ได้ทั้ง “การรวมอำนาจในทางการเมือง ” และ “การรวม อำนาจในทางการปกครอง ” โดยที่ในทางการเมืองจะนำหลักการรวมอำนาจมาใช้ในการกำหนด

⁴¹ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. เล่มเดิม(น.96).

⁴² คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.174),โดย ประยูร กาญจนกุล , 2538, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย.

รูปแบบของรัฐ โดยเฉพาะรัฐเดี่ยว ที่ต้องมีความเป็นเอกภาพและมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ดังนั้น ในรัฐเดี่ยวจึงต้องมีศูนย์รวมอำนาจอธิปไตยหรือ อภิเอกภาพในการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งภายในและภายนอกประเทศโดยสมบูรณ์ มีความเป็นเอกภาพแห่งอำนาจทั้งหลายของรัฐ คือมีสถานิติบัญญัติแห่งชาติเพียงองค์กรเดียว มีรัฐบาลเพียงแห่งเดียวที่มีอำนาจแสดงเจตจำนงในการบริหารประเทศ ประชาชนอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายเดียวกัน

ในส่วนของการปกครองนั้น การรวมอำนาจปกครองเป็นการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ โดยให้รัฐแต่ผู้เดียวเป็นผู้ดำเนินการปกครองหรือจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชนทั่วทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ โดยรวมอำนาจในการตัดสินใจ การวินิจฉัยสั่งการเป็นยุติเด็ดขาดอยู่ที่ผู้ปกครองรัฐหรือรัฐบาล และกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ในฐานะเป็นศูนย์กลางในการปกครอง โดยเจ้าหน้าที่หรือข้าราชการในราชการส่วนกลางซึ่งอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าในส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินการปกครองทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ⁴³

หลักการรวมอำนาจ แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ⁴⁴คือ

1) การรวมศูนย์อำนาจปกครอง

การปกครองลักษณะนี้อำนาจในการตัดสินใจจะอยู่ที่ส่วนกลางทั้งสิ้น จะไม่มีการมอบอำนาจการตัดสินใจบางระดับ บางเรื่องให้แก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งออกไปประจำอยู่ในภูมิภาค และไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจตัดสินใจในระดับท้องถิ่นเลย

ลักษณะสำคัญของหลักการรวมศูนย์อำนาจปกครองมี 3 ประการ ดังนี้⁴⁵

(1) มีการ รวมอำนาจในการบังคับบัญชาหน่วยการปกครองต่างๆ ไว้ที่ส่วนกลาง กล่าวคือ กำลังตำรวจ กำลังทหาร มีการรวมอำนาจในการสั่งการไว้ที่ส่วนกลาง เพื่อให้ส่วนกลางสามารถใช้อำนาจในการบังคับบัญชาได้อย่างเด็ดขาด และทันต่อสถานการณ์ในการที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองให้มีความมั่นคงปลอดภัย

(2) มีการรวมอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลาง กล่าวคือ หน่วยการปกครองของรัฐส่วนกลางมีอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการในขั้นสุดท้าย เช่น กรมที่ดินมีการจัดตั้งหน่วยงานของกรมที่ดินตามจังหวัดต่างๆ แต่เมื่อเกิดปัญหาที่ต้องมีการตัดสินใจ อำนาจในการตัดสินใจ

⁴³ กฎหมายการปกครองท้องถิ่น (น.11-12), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2547, กรุงเทพฯ : คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา.

⁴⁴ ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. เล่มเดิม (น.81).

⁴⁵ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (น.2), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

วินิจฉัย สั่งการขั้นสุดท้าย จะอยู่ที่กรมที่ดินส่วนกลาง ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หน่วยการปกครองส่วนกลางจะมีอำนาจในการสั่งการครอบคลุมพื้นที่ทั้งรัฐ

(3) มีลำดับ ชั้นในการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ ในหน่วยการปกครอง กล่าวคือ ความสัมพันธ์ของเจ้าหน้าที่ในหน่วยการปกครองจะมีอยู่อย่างใกล้ชิดและเป็นลำดับชั้น โดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงมีอำนาจสั่งการและบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ใน ระดับที่ต่ำกว่า และในทางกลับกัน เจ้าหน้าที่ในระดับที่ต่ำกว่าต้องเชื่อฟังคำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับสูงที่สั่งการลงมา

ลักษณะการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจนี้ จะมีความเด็ดขาดในการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา เนื่องจากรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลางโดยตรง ทำให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามคำสั่งโดยไม่มีข้อโต้แย้งใดๆ

2) การแบ่งอำนาจปกครอง

หลักการแบ่งอำนาจปกครอง หมายถึง การที่ราชการบริหารส่วนกลางแบ่งอำนาจหน้าที่ที่เป็นของราชการบริหารส่วนกลางบางส่วนให้เจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลางที่ส่งไปประจำยังราชการส่วนภูมิภาค แต่เจ้าหน้าที่ที่ส่งไปประจำราชการส่วนภูมิกานั้น ผู้แต่งตั้งและมีอำนาจในการบังคับบัญชาก็ยังคงเป็นราชการส่วนกลางอยู่ ดังนั้น หลักการแบ่งอำนาจการปกครองจึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจ⁴⁶ หรืออาจจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระจายการรวมศูนย์อำนาจ ซึ่งเป็นรูปแบบที่อ่อนตัวลงมาของหลักการรวมศูนย์อำนาจปกครอง กล่าวคือ เป็นการที่รัฐมอบอำนาจในการตัดสินใจบางประการของรัฐในส่วนกลางให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐ แต่ไปปฏิบัติหน้าที่ประจำอยู่ในแต่ละท้องที่การปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวก็ยังอยู่ในระบบบังคับบัญชาของราชการส่วนกลางอยู่ตลอดเวลา

ด้วยข้อจำกัดบางประการของการรวมอำนาจปกครองโดยเฉพาะในเรื่องของความล่าช้าในการวินิจฉัยสั่งการ ซึ่งทำให้บางครั้งการตัดสินใจที่ล่าช้าไม่อาจช่วยแก้ไขปัญหามีความจำเป็นเร่งด่วนได้

กล่าวโดยสรุปคือ หลักการแบ่งอำนาจปกครองเป็นหลักการที่ราชการบริหารส่วนกลางมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้แทนของราชการบริหารส่วนกลางซึ่งส่งไปประจำปฏิบัติราชการตามเขตการปกครองต่างๆ ของประเทศ แต่เจ้าหน้าที่เหล่านั้นยังคงเป็นผู้ที่ราชการบริหารส่วนกลางแต่งตั้งทั้งสิ้น และอยู่ในบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลางนั่นเอง

การแบ่งอำนาจอาจทำได้ 2 ลักษณะ คือ

(1) การแบ่งอำนาจโดยกฎหมาย เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นคนของส่วนกลางไปประจำอยู่ในท้องที่การปกครองต่างๆ

⁴⁶ แหล่งเดิม.

(2) การแบ่งอำนาจโดยการมอบอำนาจ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจนั้นเป็นของส่วนกลางเอง แต่คนของส่วนกลางได้มอบอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาคอีกทอดหนึ่ง โดยที่การมอบอำนาจนี้ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้จึงจะสามารถทำได้ ตัวอย่างขององค์กรผู้ได้รับมอบอำนาจในส่วนภูมิภาคก็คือ จังหวัดและอำเภอ

ลักษณะสำคัญของหลักการแบ่งอำนาจปกครองมีลักษณะสำคัญ ดังนี้⁴⁷

(1.1) มีการแบ่งอำนาจที่เป็นของราชการบริหารส่วนกลางบางส่วนให้แก่ราชการบริหารส่วนภูมิภาค กล่าวคือ อำนาจในการตัดสินใจวินิจฉัยสั่งการในกิจการบางอย่างที่ได้รับมอบหมายมานั้น จะมีการสั่งการและสิ้นสุดที่ราชการส่วนภูมิภาคเท่านั้น ซึ่งจะทำให้สามารถใช้อำนาจได้ทันต่อสถานการณ์

(1.2) ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของ ราชการส่วนภูมิภาคอย่างใกล้ชิด ไม่ได้มีความเป็นอิสระ เจ้าหน้าที่ของราชการส่วนภูมิภาคได้รับการแต่งตั้งจากราชการส่วนกลาง

หลักการแบ่งอำนาจปกครองจึงเป็นหลักการที่ช่วยแก้ไขข้อขัดข้องของหลักการรวมอำนาจที่มีปัญหาในเรื่องของความล่าช้า และที่สำคัญหลักการนี้ยังมีส่วนช่วยในการพัฒนาพื้นที่ที่ยังไม่มีความพร้อมในการปกครองตนเองภายใต้หลักการกระจายอำนาจอีกด้วย

หลักการแบ่งอำนาจปกครองจะมีลักษณะการปกครองบังคับบัญชาดังต่อไปนี้⁴⁸

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ส่วนกลางใช้กับเจ้าหน้าที่ของตน ทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค เป็นลักษณะการกำหนดนิติสัมพันธ์ภายในองค์กร คือ การบังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชามีอยู่เหนือเจ้าหน้าที่ในบังคับบัญชาทุกคน

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บริหารหน่วยงานระดับสูงมีอยู่เหนือบุคลากรและการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ในหน่วยงานของตน

ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจบังคับบัญชาเหนือบุคลากรนั้น ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะจัดบุคลากรให้ทำงานที่ตนเห็นสมควร รวมทั้งกำหนดแนวทางในการทำงานของบุคลากรในแต่ละตำแหน่ง ในรูปของการออกหนังสือเวียน และยังมีอำนาจในการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่ฝ่าฝืนคำสั่งหรือฝ่าฝืนกฎหมายอีกด้วย

ส่วนอำนาจบังคับบัญชาเหนือการดำเนินการต่างๆ ของบุคคล ากรภายในองค์กรของตนนั้น ผู้บังคับบัญชาสามารถเพิกถอนคำสั่งต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ด้วยตนเองหรืออาจโดยการพิจารณาจากคำร้องเรียนของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น

⁴⁷ ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. เล่มเดิม (น.83).

⁴⁸ แหล่งเดิม.

อำนาจบังคับบัญชาเมื่ออยู่ 2 ประเภท⁴⁹ คือ อำนาจเหนือการกระทำ และอำนาจเหนือตัวบุคคล

ก. อำนาจบังคับบัญชาเหนือการกระทำ เป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยและสั่งการแก่เจ้าหน้าที่ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา ทั้งที่ประจำในส่วนกลางหรือภูมิภาคทั่วประเทศได้ ทั้งก่อนและวินิจฉัยสั่งการ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้ควบคุมการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการก่อนที่เจ้าหน้าที่เหล่านั้นจะออกคำสั่งวินิจฉัยสั่งการ เรียกว่า อำนาจแนะนำและสั่งการ โดยอำนาจดังกล่าว ผู้บังคับบัญชาอาจสั่งหรือแนะนำให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการไปในทางใดทางหนึ่ง คำสั่งหรือคำแนะนำเช่นนี้อาจเป็นคำสั่งหรือคำแนะนำให้ เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจหน้าที่ออกคำวินิจฉัยสั่งการในกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งไปในทางใดทางหนึ่งก็ได้ หรืออาจเป็นคำสั่งหรือคำแนะนำให้เจ้าหน้าที่ออกคำวินิจฉัยสั่งการไปในทางใดทางหนึ่งเป็นการทั่วไป หรือที่เรียกว่า แนวปฏิบัติ หรือ หนังสือเวียน

ข. อำนาจบังคับบัญชาเหนือ ตัวบุคคล ประกอบด้วยอำนาจแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง อำนาจโยกย้าย อำนาจเลื่อนตำแหน่ง อำนาจเลื่อนขั้นเงินเดือน และอำนาจดำเนินการทางวินัย อำนาจต่างๆ เหล่านี้ แม้จะมีขอบเขตจำกัดในทางกฎหมาย แต่ก็เปิดช่องให้ผู้บังคับบัญชาใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวาง สามารถใช้อิทธิพล กดดันให้ผู้ใต้บังคับบัญชาตัดสินใจใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการไปตามเจตจำนงของผู้บังคับบัญชาที่ออกมาในรูปแบบของคำสั่งและคำแนะนำ

อำนาจบังคับบัญชา เป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดจากการจัดระเบียบภายในหน่วยงานของรัฐ ในแต่ละแห่ง ความสัมพันธ์ของบุคคลากรจะเป็นความสัมพันธ์ตามลำดับขั้นในรูปปิรามิด เจ้าหน้าที่แต่ละคนซึ่งอยู่ที่ฐานปิรามิด จะขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่ลำดับที่สูงกว่าตนขึ้นไปและต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามคำสั่งหรือคำบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นี้โดยเคร่งครัด และเจ้าหน้าที่ผู้นี้เองก็จะขึ้นตรงและต้องปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่เหนือตนขึ้นไปอีกเป็นขั้นๆ เช่นนี้ตลอดสาย จนถึงหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นซึ่งอยู่ที่ยอดปิรามิด และจะเป็นผู้รับผิดชอบงานทั้งหมดของหน่วยงาน ด้วยเหตุนี้เอง การควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาโดยผู้บังคับบัญชาจึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และผู้บังคับบัญชาจะปฏิเสธไม่ตรวจสอบคำวินิจฉัยสั่งการของผู้ใต้บังคับบัญชา โดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้เช่นเดียวกัน

อำนาจบังคับบัญชา เป็นอำนาจที่เปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้อย่างสมบูรณ์ กล่าว คือ สามารถตรวจสอบการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ทั้งในแง่ความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม ผู้ใต้บังคับบัญชาจึงไม่มีอิสระโดยปราศจากการควบคุมของผู้บังคับบัญชาได้

⁴⁹ แหล่งเดิม.

อำนาจบังคับบัญชาแบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ ดังนี้

- (1) อำนาจออกคำสั่งให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติตาม
- (2) อำนาจในการควบคุมกิจกรรม การดำเนินการของผู้บังคับบัญชา
- (3) อำนาจในการลงโทษทางวินัย
- (4) อำนาจในการให้บำเหน็จความดีความชอบ

อำนาจควบคุมบังคับบัญชานั้น เกิดขึ้นจากความจำเป็นในการบังคับให้เป็นไปตามกฎระเบียบสำหรับการปกครองภายในขององค์กรผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ หรือฝ่ายปกครองนั่นเอง อำนาจเช่นนี้มุ่งไปที่การที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการได้ทุกประการให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติ รวมไปถึงการที่จะเพิกถอน เปลี่ยนแปลงหรือกระทำการแทนในเรื่องที่ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องปฏิบัติหรือได้ปฏิบัติไปแล้วอีกด้วย ลักษณะเหล่านี้ของอำนาจควบคุมบังคับบัญชา แสดงให้เห็นชัดเจนว่าอำนาจเช่นนี้ย่อมไม่สอดคล้องกับการนำไปใช้กับองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยให้มีความเป็นอิสระแยกออกไปจากฝ่ายปกครอง

2.2.2.2 หลักการกระจายอำนาจปกครอง

หลักการ กระจาย อำนาจปกครอง⁵⁰ หมายถึง การที่รัฐมอบอำนาจในการปกครองบางส่วนให้หน่วยการปกครองอื่น (ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น) ที่ไม่ใช่ราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความเป็นอิสระตามสมควร โดยหน่วยงานการปกครองอื่นนั้น ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของราชการส่วนกลาง แต่อยู่ในการกำกับดูแลของราชการส่วนกลางแทน โดยราชการส่วนกลางกำกับดูแลไม่ให้ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นกระทำเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

การกระจายอำนาจ จึงเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่น นอกจากองค์กรบริหารราชการส่วนกลาง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง โดย มีอิสระตามสมควรไม่ต้องขึ้นอยู่กับการบังคับบัญชาของส่วนกลาง เพียงแต่ต้องอยู่ในความควบคุมกำกับเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐมอบอำนาจหน้าที่บางอย่างในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางเคยเป็นผู้ดำเนินการอยู่ในท้องถิ่น ให้ท้องถิ่นหรือ องค์กรอันมิได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรในราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นหรือขององค์กรนั่นเอง โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ควบคุมดูแลเท่านั้น⁵¹

⁵⁰ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร. เล่มเดิม (น.4).

⁵¹ คำอธิบายกฎหมายปกครอง. เล่มเดิม (น.183).

1) ลักษณะสำคัญของหลักการกระจายอำนาจ มี 3 ประการ ดังนี้⁵²

(1) มีการแยกหน่วยการปกครองเป็นนิติบุคคลต่างหากจากหน่วยการปกครองของราชการบริหารส่วนกลาง โดยหน่วยการปกครองที่เป็นนิติบุคคลนั้นจะมีความเป็นอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะ มีงบประมาณ ของตนเอง มีเจ้าหน้าที่เป็นของตนเอง ราชการบริหารส่วนกลางไม่ได้แต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนภูมิภาค

(2) มีการเลือกตั้งหน่วยการปกครองท้องถิ่น (องค์กรปกครองท้องถิ่น) มีเจ้าหน้าที่ในหน่วยการปกครองที่มาจากการเลือกตั้งของคนใน หน่วยการปกครอง ท้องถิ่นนั้น โดยถือว่าเจ้าหน้าที่ในหน่วยการปกครองท้องถิ่นเป็นผู้แทนของคนในท้องถิ่นนั้นที่จะเข้าไปทำหน้าที่ในการเป็นผู้บริหารท้องถิ่น ลักษณะของ หลักการกระจายอำนาจปกครองที่ต้องมีการเลือกตั้ง นี้ นับว่าเป็นหัวใจ ที่สำคัญของหลักการนี้ จนอาจกล่าวได้ว่า ถ้าไม่มีการเลือกตั้ง ก็ไม่ถือว่ามี การกระจายอำนาจ ให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง

(3) หน่วยการปกครองท้องถิ่นมีความเป็นอิสระ ในการดำเนินงาน โดย ราชการบริหารส่วนกลางไม่อาจใช้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาสั่งการหน่วย การปกครองท้องถิ่นให้ทำตามความประสงค์ของตนได้ แม้จะเห็นได้ว่าการดำเนินการของหน่วยการปกครองท้องถิ่นนั้น ไม่เหมาะสมก็ตาม ราชการบริหารส่วนกลาง จะก้าวล่วงเข้าไปดูราชการบริหารส่วนท้องถิ่นได้ก็ เฉพาะแต่ในประเด็นที่ว่า การดำเนินงานของ ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น นั้นเป็นไปโดย ขอบด้วย กฎหมายหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่งราชการบริหารส่วนกลางมีอำนาจเพียงกำกับไม่ให้ราชการบริหาร ส่วนท้องถิ่นกระทำการใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุม ถึงความเหมาะสมในการดำเนินงาน

2) การกระจายอำนาจแบ่งรูปแบบได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ⁵³

(1) การกระจายอำนาจปกครองทางเขตแดนหรือพื้นที่

การกระจายอำนาจปกครองทางเขตแดน หรือการกระจายอำนาจตามพื้นที่ คือการที่รัฐ มอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำ ทั้งนี้ การจัดทำ บริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น การจัดระเบียบ บริหารราชการลักษณะนี้ เรียกว่า การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น⁵⁴

⁵² คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร. เล่มเดิม (น.4).

⁵³ ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. เล่มเดิม (น.88).

⁵⁴ กฎหมายการปกครองท้องถิ่น. เล่มเดิม (น.18).

การกระจายอำนาจ ทางปกครองลักษณะนี้พิจารณาตามอาณาเขต มีการมอบอำนาจในการปกครองให้แก่แต่ละพื้นที่ตามอาณาเขต แต่ละเขตมีอำนาจปกครองตนเองภายในเขตนั้นๆ จะใช้อำนาจนอกเขตไม่ได้ โดยเขตแต่ละเขตมีอิสระในการปกครองตนเอง มีเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นในแต่ละเขตแยกต่างหากจากราชการบริหารส่วนกลาง⁵⁵

ลักษณะสำคัญขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมี 5 ประการ คือ

- (1.1) มีพื้นที่รับผิดชอบชัดเจน
- (1.2) มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน
- (1.3) มีองค์กรเป็นของตนเอง
- (1.4) มีภารกิจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของท้องถิ่นของตนเอง
- (1.5) มีการกำกับดูแลจากรัฐ

(2) การกระจายอำนาจทางบริการหรือกิจการ

การกระจายอำนาจทางบริการ อาจเรียกได้ว่าเป็นการกระจายอำนาจทางเทคนิค ⁵⁶ คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องให้แก่องค์กรของรัฐ ที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเป็นผู้จัดทำ การกระจายอำนาจทางบริการนี้มีไว้เป็นการกระจายอำนาจปกครอง แต่เป็นการมอบให้องค์กรของรัฐไปจัดทำบริการสาธารณะโดยแยกออกมาเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐ มีทรัพย์สินและมีผู้บริหารของตนเอง โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ในประเทศไทยปัจจุบันมี 2 รูปแบบ คือ รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน

การกระจายอำนาจปกครองตามกิจการ คือ การมอบอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างให้องค์กรที่จัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลเป็นผู้ดำเนินการแทน โดยองค์กรดังกล่าวมีทรัพย์สิน งบประมาณ และเจ้าหน้าที่เป็นของตนเอง เช่น การมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในการให้บริการไฟฟ้าแก่การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เพื่อให้บริการไฟฟ้าในส่วนภูมิภาคแก่ประชาชน

จากลักษณะดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หลักการกระจายอำนาจนั้นให้อิสระแก่องค์กรปกครองท้องถิ่นอย่างเต็มที่ โดยราชการส่วนกลางมีเพียงอำนาจในการกำกับดูแลเท่านั้น ไม่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชา อำนาจที่ราชการส่วนกลางมีต่อราชการส่วนท้องถิ่นมีลักษณะ ดังนี้

Jean Rivero นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส เห็นว่า การกำกับดูแล คือ “การควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย ” ในขณะที่ Marcel Waline ให้

⁵⁵ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร. เล่มเดิม (น.7).

⁵⁶ กฎหมายการปกครองท้องถิ่น. เล่มเดิม (น.19).

ความหมายอย่างกว้างขวางว่า การกำกับดูแลคือ “การควบคุม” ทั้งหมดที่มีต่อองค์กรกระจายอำนาจ และในกรณีพิเศษกว่านั้น ยังรวมถึงการกำกับเหนือบุคคลตามกฎหมายเอกชนด้วย

ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้อธิบายไว้ว่า อำนาจกำกับดูแล⁵⁷ เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย กล่าวคือ รัฐซึ่งเป็นองค์กรส่วนกลางจะกำกับดูแลการปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การมหาชนได้ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น “ไม่มีการกำกับดูแลโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และไม่มีการกำกับดูแลเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข อำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณี และในรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จึงเป็นอำนาจที่ไม่สามารถออกคำสั่งได้ บุคคลในทางกฎหมายมหาชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลนั้น จะต้องรับผิดชอบต่อผลประโยชน์ของตนเอง เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจกำกับดูแลเพียงแต่ควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด

รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา ได้อธิบายไว้ว่า อำนาจในการกำกับดูแล⁵⁸ หรือบางครั้งเรียกว่าอำนาจควบคุมกำกับ หมายถึง อำนาจที่องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์กรอื่นใช้ในการกำกับให้องค์กรอื่นๆ ทำงานภายใต้ กรอบกฎหมาย เช่น ราชการบริหารส่วนกลางเป็นองค์กรกำกับการทำงานของราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานตามความเหมาะสม ที่ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นเห็นสมควร แต่การดำเนินงานนั้นต้องไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด หากมีการดำเนินการเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ราชการบริหารส่วนกลางในฐานะองค์กรกำกับดูแลก็จะ ก้าวล่วงเข้ามากำกับให้ราชการ บริหารส่วนท้องถิ่นปฏิบัติงานภายใต้กรอบกฎหมาย แต่ราชการบริหารส่วนกลางจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปสั่งการให้ราชการส่วนท้องถิ่นกระทำการใดๆ ที่ราชการบริหารส่วนกลางเห็นว่าเหมาะสม

อำนาจกำกับดูแล เป็นอำนาจที่ กฎหมายให้รัฐหรือองค์กรส่วนกลางควบคุมกำกับ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน อันประกอบไปด้วย อำนาจเหนือการกระทำของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน และอำนาจควบคุมกำกับเหนือตัวบุคคลผู้ดำรง ตำแหน่งเป็นองค์กรหรือสมาชิกขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน และอำนาจ ควบคุมกำกับเหนือองค์กรของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนกลางที่เป็นผู้ใช้อำนาจในนามของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนกลาง คือ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีอื่น หรือเจ้าหน้าที่อื่นที่ อยู่ในได้บังคับบัญชาบางตำแหน่ง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น โดยสามารถแบ่งได้ดังนี้⁵⁹

⁵⁷ แหล่งเดิม.

⁵⁸ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร. เล่มเดิม (น.5).

⁵⁹ คำรากกฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. เล่มเดิม(น.91).

1) อำนาจเหนือการกระทำ เป็นอำนาจที่กฎหมายให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนกลางใช้กำกับดูแลการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน

(1) ให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติ เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนกลางควบคุมความคิดริเริ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน ทั้งนี้ โดยกฎหมายบัญญัติบังคับให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนที่ประสงค์จะกระทำการบางอย่าง ต้องเสนอโครงการให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนกลางพิจารณาให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติก่อนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนจึงจะสามารถดำเนินการตามโครงการได้ มิเช่นนั้นแล้วการกระทำนั้นๆ จะไม่มีผลทางกฎหมาย

(2) ยับยั้งหรือเพิกถอนการกระทำ เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนกลาง ในอันที่จะควบคุมวินิจฉัยสั่งการต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนที่ได้ออกคำสั่งและมีผลบังคับใช้แล้ว ว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนหรือไม่ และชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าคำวินิจฉัยสั่งการเหล่านั้นอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐขององค์กรปกครองส่วนกลางก็จะสั่งให้มีการตรวจสอบและระงับการวินิจฉัยสั่งการนั้นๆ จนกว่าการตรวจสอบจะแล้วเสร็จ และถ้าผลการตรวจสอบปรากฏ ว่าคำวินิจฉัยสั่งการเหล่านั้นอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนกลาง ก็จะมีคำสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการเหล่านั้น

(3) อำนาจเข้ากระทำการแทน เป็นอำนาจที่กฎหมายให้องค์กรปกครองส่วนกลางสามารถเข้ากระทำการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนละเลยไม่กระทำการ และการละเลยนั้นน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่บริการสาธารณะ ที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน

2) อำนาจเหนือตัวบุคคล อำนาจเหนือตัวบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน มี 2 ประเภท คือ อำนาจที่มีเหนือองค์กรอำนาจการ และอำนาจที่มีเหนือองค์กรจัดการ

(1) องค์กรอำนาจการ ประกอบด้วยคณะบุคคลหลายคนเป็นสมาชิก เช่น สภาองค์กรบริหารส่วนจังหวัด สภาเทศบาล คณะกรรมการรัฐวิสาหกิจ ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม

(2) องค์การจัดการ อาจเป็นองค์กรกลุ่มหรือองค์กรเดี่ยวก็ได้ เช่น คณะเทศมนตรี คณะกรรมการองค์การบริหารส่วนตำบล อาจกล่าวได้ว่าอำนาจ ที่กฎหมายให้กับองค์กรปกครองส่วนกลางในการใช้กำกับดูแลตัวบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชน เป็นอำนาจควบคุมความประพฤติของบุคคลเหล่านี้ให้อยู่ในระเบียบวินัย อำนาจดังกล่าวประกอบด้วย อำนาจสั่งพักราชการและอำนาจถอดถอนจากตำแหน่ง

วิธีการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลก็คือ การที่ส่วนกลางมีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนตัวบุคคลหรือองค์กรที่ถูกควบคุมได้ นอกจากนี้ ยังใช้มาตรการลงโทษทางวินัยแก่ตัวบุคคล หรือในกรณีเป็นการใช้อำนาจเหนือองค์กรก็อาจใช้วิธียุบสภาท้องถิ่นเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ก็ได้⁶⁰

กล่าวโดยสรุปคือ หลักการกระจายอำนาจเกิดขึ้นเพื่อให้การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็วมากขึ้น โดยไม่ต้องรอกการสั่งการจากราชการส่วนกลางเพื่อแก้ไข ปัญหาความล่าช้าและลดขั้นตอนในการบริหารราชการให้น้อยลง ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สูงสุดให้เกิดกับประชาชนในท้องถิ่นนั่นเอง

ความแตกต่างระหว่างหลักการแบ่งอำนาจปกครองกับหลักการกระจายอำนาจปกครอง มีดังต่อไปนี้⁶¹

ก. ความแตกต่างในด้านเจ้าหน้าที่ขององค์กร กล่าวคือ หลักการแบ่งอำนาจปกครองที่มีการแบ่งอำนาจปกครองไปให้ราชการบริหารส่วนภูมิภาคนั้น เจ้าหน้าที่ของราชการบริหาร ส่วนภูมิภาคยังคงถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางอยู่ เพราะการแต่งตั้งโยกย้ายต่างก็อยู่ภายในอำนาจของราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนหลักการกระจายอำนาจปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ในราชการบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นได้รับการเลือกตั้งจากคนในท้องถิ่นนั้น ไม่ใช่แต่งตั้ง โดยราชการบริหารส่วนกลาง

ข. ความแตกต่างในด้านการควบคุมบังคับบัญชาและการกำกับดูแล กล่าวคือ หลักการแบ่งอำนาจปกครองนั้นเป็นการแบ่งอำนาจปกครองบางอย่างจากส่วนกลางไปยังส่วนภูมิภาค แต่ยังคงถือว่าราชการบริหารส่วนภูมิภาคเป็นส่วนหนึ่งของราชการบริหารส่วนกลางอยู่ ราชการบริหารส่วนกลางจึงมีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาราชการบริหารส่วนภูมิภาคอย่างเต็มที่ ส่วนหลักการกระจายอำนาจปกครองนั้น ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการปกครองตนเอง ราชการบริหารส่วนกลางมีอำนาจเพียงกำกับดูแลราชการบริหารส่วนท้องถิ่นให้ปฏิบัติตาม หน้าที่ ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

2.2.3 การกระทำทางปกครอง

⁶⁰ แหล่งเดิม.

⁶¹ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร. เล่มเดิม (น.7).

การกระทำทางปกครอง คือ การกระทำหรือการละเว้นกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนก็ได้⁶² หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครองก็ได้⁶²

รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา ได้แบ่งการกระทำทางปกครองไว้ 2 ลักษณะ คือ

ก. การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำทางรัฐบาล และ

ข. การกระทำของรัฐนั้นมีลักษณะของการกระทำที่กำหนด ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับ ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชน

โดยแบ่งรูปแบบของการกระทำทางปกครองไว้ 6 รูปแบบ คือ⁶³

2.2.3.1 คำสั่งทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง หรือเรียกกันในกฎหมายว่า “คำสั่งทางปกครอง” โดยลักษณะแล้วเป็นการกระทำทางปกครองที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า

ในทางทฤษฎีอาจแบ่งการกระทำของฝ่ายปกครองได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) นิติกรรมทางปกครอง คือ การแสดงเจตนา ออกสู่ภายนอกของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวที่ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่บุคคล เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร คำสั่งรื้อถอนอาคาร เป็นต้น

2) ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา มิได้มุ่งให้เกิดสิทธิและหน้าที่แต่อย่างใด เช่น การจัดการสิ่งกีดขวางการจราจร การรื้อถอนอาคารที่สร้างผิดแบบ การสอนหนังสือ เป็นต้น

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับปฏิบัติการทางปกครอง คือ นิติกรรมทางปกครองนั้นมุ่งที่จะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย ส่วนปฏิบัติการทางปกครองนั้นมิได้มุ่งให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายแต่ประการใด หากแต่มุ่งปฏิบัติงานที่อยู่ในความรับผิดชอบให้สำเร็จลุล่วง แต่ทั้งนิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครองก็มีส่วนสัมพันธ์กัน เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้รื้ออาคารที่สร้างผิดแบบแปลน (คำสั่งนี้เป็นนิติกรรมทางปกครอง) แต่ผู้รับคำสั่งไม่ดำเนินการรื้อ ฝ่ายปกครองจึงดำเนินการรื้อถอนอาคารเอง (การดำเนินการรื้อถอนเป็นปฏิบัติการทางปกครอง)

⁶² กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. เล่มเดิม (น.99).

⁶³ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น.15), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยในมาตรา 5 ได้ให้นิยามขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองไว้ว่า

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1.1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(1.2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

คำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้⁶⁴

(1) คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นการสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ตัวอย่างเช่น การออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโรงงานตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีคำสั่งให้เจ้าของอาคารระงับการก่อสร้างอาคารที่ยังไม่ได้รับใบอนุญาต หรือให้รื้อถอนอาคารดังกล่าวเนื่องจากไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 การวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2527 เป็นต้น

(2) คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้นิยามความหมายของ “เจ้าหน้าที่” ไว้ว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอย่างอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม เมื่อพิจารณาจากการนิยามความหมายของ “เจ้าหน้าที่” ไว้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้น มิได้มีความหมายแคบเฉพาะต้องเป็นองค์กรภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่มีความหมายกว้างโดยพิจารณา ถึงการใช้อำนาจปกครองด้วย ดังนั้น แม้ไม่ใช่คำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ในฝ่ายปกครอง แต่เป็นคำสั่งที่ออกจากองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง ก็อาจเป็น คำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักทฤษฎีการจัดทำแบบมหาชน

⁶⁴ แหล่งเดิม.

(3) คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะที่เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือมีผลกระทบ ต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนี้เป็นการทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปและเป็นนามธรรมมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะ และเป็นรูปธรรม ตัวอย่างการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่สร้างนิติสัมพันธ์ที่ทำให้มีการเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตยอมก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้รับอนุญาต การที่เจ้าหน้าที่เพิกถอนใบอนุญาตยอมทำให้สิทธิที่ประชาชนได้รับแล้วต้องระงับไป การที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งต่อประชาชน ย่อมทำให้ประชาชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง เป็นต้น

(4) คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครอง

เมื่อพิจารณามาตรา 5 ที่นิยามความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” กับ “เจ้าหน้าที่” จะเห็นว่าการใช้อำนาจทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่นั้นคือ การใช้อำนาจทางปกครอง กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครอง หากแม้เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ แต่เป็นการกระทำภายในขอบเขตกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายเอกชน ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าหน้าที่ซื้อวัสดุอุปกรณ์เพื่อใช้ในทางราชการ การซื้อดังกล่าวนี้อยู่ในขอบเขตกฎหมายเอกชนจึงมิใช่คำสั่งทางปกครองอาจพิจารณาองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้จึงเป็นการพิจารณาเนื้อหาของการกระทำเป็นสำคัญ

(5) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก

องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้แสดงให้เห็นชัดว่า คำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน รัฐจึงสามารถก้าวล่วงเข้าไปกำหนดสิทธิหน้าที่ของเอกชนได้ ดังนั้น หากเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองที่ยังไม่มีผลโดยตรงออกสู่ภายนอกก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น หนังสือเวียน คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แนวทางการใช้ดุลยพินิจ

(6) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง

องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้ได้มาจากการพิจารณานิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” กับ “กฎ” ที่ว่า คำสั่งทางปกครองไม่รวมกฎ โดยมาตรา 5 ได้นิยาม “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กรณีเฉพาะเรื่องอาจพิจารณาได้ 2 กรณี กรณีแรก การระบุตัวบุคคลรับคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องนี้ไว้ โดยรวมถึงระบุกุ่มบุคคลที่เจาะจงตัวได้ด้วย ตัวอย่างเช่น การออกใบอนุญาต

ให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยระบุชื่อเจาะจงไว้ในใบอนุญาต กรณีที่สอง คำสั่งทางปกครองทั่วไป ทั้งนี้ หากพิจารณานิยามในมาตรา 5 จะเห็นว่า คำสั่งทางปกครองไม่หมายรวมถึงกฎ โดยนัยกลับกัน สิ่งใดที่ไม่ใช่กฎก็เป็นคำสั่งทางปกครองจากนิยาม “กฎ” จะเห็นว่า กรณีเป็นคำสั่งที่มุ่งหมายให้ ใช้ บังคับแก่กรณีใดโดยเฉพาะ ไม่ใช่ทั่วไปย่อมไม่ใช่กฎ กรณีนี้แม้ไม่อาจจะระบุตัวบุคคลที่แน่นอนได้ แต่เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะมีผลสมบูรณ์ซึ่งสามารถบังคับใช้ได้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขพิจารณาได้ 2 ลักษณะ ดังต่อไปนี้

1) ความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ

การออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และต้องปฏิบัติตามแบบของการออกคำสั่งทางปกครองแต่ละประเภท ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) เขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองจะต้องออกโดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเนื้อหาเรื่องนั้น⁶⁵

(2) วิธีพิจารณา ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีดุลยพินิจที่จะดำเนินการอย่างเรียบง่ายและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่มีกฎเกณฑ์บางเรื่องที่ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถืออย่างเคร่งครัด เพราะเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง เช่น การรับฟังความเห็นของผู้ถูกกระทบสิทธิ⁶⁶ เป็นต้น

(3) แบบ คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจา หรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้แล้วแต่กฎหมายจะกำหนด ซึ่งหมายความว่า ถ้ากฎหมายกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นหนังสือจะออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาไม่ได้

(4) การฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและประเมินข้อเท็จจริงในการออกคำสั่งทางปกครองอย่างถูกต้อง ตัวอย่างเช่น เมื่อปรากฏว่าหลังประสบอันตรายแล้วลูกจ้างโจทก์ไปทำงานตามปกติทุกวัน แต่จำเลย (กรมแรงงาน) ฟังข้อเท็จจริงผิดไปว่า ลูกจ้างโจทก์ ไม่สามารถทำงานได้เป็นเวลา 21 วัน จึงได้ออกคำสั่งให้โจทก์จ่ายค่าทดแทนกรณีลูกจ้างไม่สามารถทำงานได้ คำสั่งของจำเลยจึงไม่ชอบ

(5) การให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ และการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย เหตุผลที่ให้นี้ต้องประกอบด้วย

⁶⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 12.

⁶⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30.

(5.1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ

(5.2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง

(5.3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลยพินิจ

แต่บางกรณีได้รับการยกเว้นว่าไม่ต้องให้เหตุผล เช่น เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่ต้องระบุอีก หรือคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นมีผลโดยตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น

2) ความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองด้านกฎหมายสารบัญญัติ แบ่งเป็น 2 เงื่อนไข กล่าวคือ⁶⁷

(1) เงื่อนไขในการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขในการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง คือ การออกคำสั่งทางปกครองใดมีกฎหมายบัญญัติเงื่อนไขไว้ การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามตัวบทกฎหมายนั้นเสมอ ลักษณะข้อนี้ได้จากการพิจารณานิยามของคำสั่งทางปกครองมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะก้าวล่วงเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องมีตัวบทกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง

(2) คำสั่งทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

คำสั่งทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะเรื่อง กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องออกให้ถูกต้องตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองให้สอดคล้องกับกฎหมาย⁶⁸ ด้วย

โดยหลักแล้วเมื่อคำสั่งทางปกครองสมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์ดังที่กล่าวมาข้างต้น คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลบังคับใช้ คำสั่งทางปกครองซึ่งออกโดยฝ่ายปกครองหากได้ส่งไปถึงยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลบังคับ แม้จะมีการโต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองไปก่อนจนกว่าจะได้มีการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

⁶⁷ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1. เล่มเดิม (น.108).

⁶⁸ แหล่งเดิม.

การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง จะแบ่งไปตามประเภทคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ

- 1) คำสั่งทางปกครองประเภทที่มีผลเพียงครั้งเดียว แล้วไม่มีผลต่อเนื่อง เช่น การที่ฝ่ายปกครองให้เงินช่วยเหลือ เมื่อให้เงินช่วยเหลือแล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมสิ้นสุด
- 2) คำสั่งทางปกครองประเภทที่มีผลต่อเนื่อง คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะสิ้นสุดต่อเมื่อสิ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้ เช่น ใบอนุญาต เมื่อหมดอายุที่กำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมสิ้นสุดหรือคำสั่งทางปกครองประเภทที่มีผลต่อเนื่องสิ้นสุดเมื่อมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น ใบอนุญาตถูกเพิกถอนโดยฝ่ายปกครองก่อนครบกำหนดอายุ เป็นต้น

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คือ กระบวนการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งองค์กรผู้มีความพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์มีอำนาจในการตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในเนื้อหา การใช้อำนาจดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งนั้น ในกรณีที่กฎหมาย เฉพาะเรื่อง มิได้บัญญัติขั้นตอนของการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองไว้ หรือในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมิได้ออกโดยผู้มีอำนาจสูงสุดในกระทรวงหรือหน่วยงานเทียบเท่ากระทรวง (รัฐมนตรี) หากผู้รับคำสั่งทางปกครอง ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งนั้นไม่ว่าจะเป็นการรับฟังข้อเท็จจริง การตีความด้วยข้อกฎหมาย หรือการใช้อำนาจดุลยพินิจผู้รับคำสั่งนั้นย่อมมีสิทธิที่จะยื่นอุทธรณ์ได้แย้งคัดค้านเป็นหนังสือต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นได้⁶⁹

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นไปตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีดังต่อไปนี้

- 1) ผู้มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ได้แก่ คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองซึ่งมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามว่า “คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง จากคำนิยามดังกล่าวอาจแยกประเภทของคู่กรณีได้ดังนี้ (1) ผู้ยื่นคำขอ (2) ผู้คัดค้านคำขอ (3) ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง (4) ผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือน⁷⁰

⁶⁹ คู่มือศึกษากฎหมายปกครอง (น.343), โดย มานิตย์ จุมปา, 2546, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁷⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44

2) ผู้ที่จะรับอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คู่กรณีต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เพราะ บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ทราบเรื่องและอยู่ในฐานะที่จะทบทวนคำสั่งทางปกครองของตน⁷¹

3) กำหนดเวลาในการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว⁷² แต่หากในคำสั่งนั้นไม่ได้ระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์ และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์ไว้ในคำสั่งนั้น ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์จะเริ่มนับใหม่นับแต่ วันที่มีการแจ้งหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่ถ้าไม่มีการแจ้งระยะเวลาอุทธรณ์จะขยายเป็น 1 ปี นับแต่วันที่ได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครอง

4) รูปแบบ ของคำอุทธรณ์ ให้คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย หลักเรื่องคำอุทธรณ์ ต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งต้องมีสาระตามที่กล่าวมาแล้วนั้นเป็นการสอดคล้องกับหลักการทำคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยก็ต้องประกอบด้วย ก .ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข . ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ค . ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุล ыพินิจ การที่ต้องระบุสาระสำคัญ ดังกล่าวในคำสั่งทางปกครอง เพราะสาระสำคัญในแต่ละเรื่องอาจมีความบกพร่องหรือไม่ถูกต้อง ซึ่งอาจมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้เองเมื่อมีการใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ แ่ียงคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นเอง และผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์สามารถที่จะพิจารณาตรวจสอบความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ได้อย่างถูกต้อง คำอุทธรณ์จึงต้องระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย การโต้แย้งเพียงแต่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยปราศจาก ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อ้างอิงย่อมไม่อาจทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้นได้อย่างถูกต้อง การโต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจอาศัยพื้นฐานที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายมาเป็นเหตุแห่งการโต้แย้งได้ทั้งสิ้น เช่น เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจกระบวนกรพิจารณาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้องในสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่นำมาใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ถูกต้อง มีการใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือมีการใช้ดุลยพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ข้อโต้แย้งนั้นเกี่ยวพันกับข้อเท็จจริง คำโต้แย้งนั้นจะต้องอ้างข้อเท็จจริงประกอบคำอุทธรณ์ด้วย⁷³

⁷¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง

⁷² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง.

⁷³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคสอง.

5) การพิจารณาอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่ได้รับอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเอง มีอำนาจสั่งเพิกถอน คำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดภายในขอบเขตอำนาจของตน⁷⁴ โดยต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จและแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบโดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์⁷⁵ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองภายในกำหนดเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ นอกจากจะต้องแจ้งผลให้แก่ผู้ร้องทุกข์ทราบแล้ว ก็ต้องเร่งรายงานความเห็นพร้อมด้วยเห็นผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์ดังกล่าวด้วย ส่วนผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์นั้น เป็นไปตามกฎกระทรวง แต่โดยทั่วไปก็คือเจ้าหน้าที่ในระดับสูงขึ้นตามสายงานบังคับบัญชาตนเอง⁷⁶ ซึ่งผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ต้องพิจารณาคำอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน แต่ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จได้ ก็ต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดระยะเวลาสามสิบวันดังกล่าว และผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์สามารถขยายเวลาพิจารณาคำอุทธรณ์ออกไปได้อีกไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาสามสิบวันแรก⁷⁷ ส่วนขอบเขตการพิจารณาคำอุทธรณ์นั้นเป็นไปตามขอบเขตพิจารณาคำอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง⁷⁸

6) ผลการพิจารณาอุทธรณ์ เมื่อผู้ออกคำสั่งทางปกครองพิจารณาคำอุทธรณ์หรือเมื่อผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาคำอุทธรณ์ตามขั้นตอนดังกล่าวแล้ว บุคคลดังกล่าวอาจมีคำสั่งแทนคำสั่งเดิมก็ได้ เนื่องจากการพิจารณาอุทธรณ์โดยผู้บังคับบัญชาตามสายงานปกติ จึงเป็นการทบทวนคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง หรือจะเพิกถอน เปลี่ยนแปลง คำสั่งทางปกครองเดิมก็ตนก็ได้⁷⁹

2.2.3.2 คำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำสั่งทางปกครองทั่วไป เป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่ระบุรับคำสั่งไว้ เช่น สัญญาอนุญาตไฟจราจร เป็นคำสั่งในเรื่องจราจรโดย

⁷⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 46.

⁷⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 45 วรรคหนึ่ง.

⁷⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 45 วรรคสาม.

⁷⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 45 วรรคสอง.

⁷⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 46.

⁷⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 ถึงมาตรา 53.

เฉพาะเจาะจง แต่ไม่ระบุว่าผู้ใดต้องอยู่ภายใต้คำสั่งนี้ แต่ผู้ที่อยู่ในทางที่ได้รับสัญญาณไม่ว่าจะเป็นใครก็ตามต้องปฏิบัติตามคำสั่งนี้

คำสั่งทางปกครองทั่วไปมีลักษณะเป็นคำสั่งที่ไม่มีการเจาะจงตัวผู้รับคำสั่ง แต่กฎหมายให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งด้วยเพราะมีลักษณะในการพิจารณาหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครอง

2.2.3.3 ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพเข้าไปดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เช่น เจ้าหน้าที่กรมโรงงานออกตรวจโรงงาน หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายควบคุมอาคาร รื้อถอนอาคารที่สร้างผิดแบบ เป็นต้น

ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงมีการเคลื่อนไหวร่างกายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มุ่งหมายปฏิบัติงานที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนให้สำเร็จ ต่างไปจากคำสั่งทางปกครองที่เป็นการแสดงเจตนาอันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

2.2.3.4 สัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น เพื่อประโยชน์ในการจัดทำสาธารณะซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

2.2.3.5 กฎ

กฎ เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ โดยไม่กระทบต่อบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่จะมีลักษณะเป็นการทั่วไป

ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออก “กฎ” ได้ แต่ต้องออกภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ เช่น การออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง จะต้องมิบัญญัติในพระราชบัญญัตินั้นให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกกฎกระทรวง และกฎกระทรวงที่ออกนั้นต้องออกไม่เกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ จึงอาจกล่าวได้ว่า การตรากฎกระทรวงนั้นฝ่ายปกครองก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำทางปกครองนอกจากที่กล่าวไว้ 5 ประเภทข้างต้นแล้ว ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้ให้ความหมาย การกระทำทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่ง เรียกว่า คำสั่งทางตุลาการ

2.2.3.6 คำสั่งทางตุลาการ

คำสั่งทางตุลาการ มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ในแง่ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งทางตุลาการอยู่ในบังคับหลักเกณฑ์ต่างๆ ในฐานะที่เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง แต่จะมีหลักเกณฑ์เฉพาะบางอย่างเพิ่มขึ้นในฐานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ประเภทคำสั่งทางตุลาการ โดยมีลักษณะดังต่อไปนี้⁸⁰

1) มีการจัดองค์กรทางปกครอง ประเภทหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” โดยมีความเป็นกลาง มีความเป็นอิสระ และมีกระบวนการดำเนินงานที่ยึดความเป็นธรรม ทำนองอย่างองค์ กรศาล ทั้งนี้ เพื่อให้องค์กรประเภทนี้วินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรทางปกครองแห่งหนึ่งแห่งใดกับเอกชน เนื่องจากการที่ เอกชนไปดำเนินคดีในศาล จะมีความล่าช้า เพราะศาลจะไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน การจัดองค์กรประเภทนี้จะทำให้เอกชนได้รับการเยียวยาเร็วขึ้นและถูกต้องยิ่งขึ้น โดยถือว่าองค์กรนี้ยังเป็น องค์กรทางปกครอง ซึ่งคำวินิจฉัยขององค์กรนี้เป็น “คำสั่งทางตุลาการ” เนื่องจากการดำเนินงานเช่นเดียว กับการใช้อำนาจของศาล และการโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทบางแห่งกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ไปยังศาลระดับกลางหรือระดับสูงโดยไม่ผ่านศาลชั้นต้น องค์กรประเภทนี้จึงคล้ายเป็นศาลปกครอง ชั้นต้นนั่นเอง

2) ในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งทางตุลาการนั้นจะเริ่มโดย การเสนอ “ข้อพิพาท” มาให้พิจารณา กล่าวคือ ต้องเป็นปัญหาพิพาทกันอยู่แล้วจริงๆ ระหว่างองค์กรทางปกครองแห่งหนึ่งกับเอกชน มิใช่เป็นปัญหาสมมติ และข้อพิพาทนี้ต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย มิใช่ปัญหาเฉพาะข้อเท็จจริงหรือนโยบาย ส่วนวิธี พิจารณาที่จะมีกระบวนการแนบชัดที่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีโดยเท่าเทียมกัน โดยแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานฝ่ายของตน เมื่อฟังความเห็นครบถ้วนแล้วก็จะมีความวินิจฉัยอันเป็นที่ยุติแก่คู่กรณี โดยคำวินิจฉัยนั้นจะต้องตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงในสำนวนการพิจารณา มิใช่ นำข้อเท็จจริง นอกสำนวนมาใช้ในคำวินิจฉัย การใช้อำนาจทางตุลาการจึงเน้นความถูกต้องเป็นธรรมที่แนบชัด

องค์กรประเภทคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเป็นองค์กรทางปกครองที่ใช้อำนาจทางตุลาการ คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเป็นคำสั่งของฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง

โดยสรุป คำสั่งทางตุลาการจะแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองในหลักการ คือ⁸¹

⁸⁰ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. เล่มเดิม (น.114).

⁸¹ แหล่งเดิม.

(1) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของเอกชน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเท่านั้น⁸² เพื่อที่จะได้มีอำนาจชี้ขาดสิทธิหน้าที่ของบุคคลเช่นนั้นได้ จะใช้กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงจัดตั้งขึ้นมาไม่ได้ เพราะการชี้ขาดสิทธิหน้าที่ของเอกชนจะต้องมีอำนาจเช่นนั้นตามกฎหมาย แต่การจัดตั้งองค์กรทางปกครองอื่นจะไม่เคร่งครัดขนาดนี้และอาจตั้งโดยกฎหมายลำดับรองได้

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องมีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาที่เหมาะสมสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิหน้าที่ของเอกชน กล่าวคือ ต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระและมีวิธีพิจารณาที่ประกันความเป็นธรรมได้ ขณะที่องค์กรทางปกครองทั่วไปแม้จะมุ่งดำเนินการให้เกิดความเป็นธรรมเช่นกัน แต่วิธีการดำเนินงานจะคลายความเคร่งครัดกว่า เพราะต้องดำเนินการโดยรวดเร็วตามสภาพของเรื่องเพื่อให้สามารถแก้ปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ และในกรณีจำเป็นเร่งด่วนก็อาจมีการยกเว้นขั้นตอนการพิจารณาบางประการไปก็ได้

(3) ในการทบทวนคำสั่งทางตุลาการนั้นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะไม่ฟังข้อเท็จจริงใหม่เพราะเหตุว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีวิธีการทำงานที่มีคุณภาพในการรับฟังข้อเท็จจริงได้คืออยู่แล้วในระดับเดียวกับองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง และเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางโดยเป็นบุคคลภายนอกไม่ได้เกี่ยวข้องกับปัญหาข้อพิพาทนั้น มาก่อน และมีรูปแบบในการแต่งตั้งและการดำรงตำแหน่งที่แสดงถึงความมีอิสระตามควรในการประกันความเป็นกลางดังกล่าว รวมทั้งมีกระบวนการคัดค้านการมีส่วนได้ส่วนเสียรวมอยู่ด้วย องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจึงจะควบคุมคำสั่งทางตุลาการแต่ในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น คือ (1) ตรวจสอบการใช้บทกฎหมาย และ (2) ตรวจสอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟังข้อเท็จจริง

(4) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเป็นที่สุดและผูกมัดคู่กรณี เว้นแต่จะมีการอุทธรณ์ต่อไป ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยใหม่ไม่ได้ กรณีจะแตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งดังกล่าวอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่ได้เองหากมีเหตุสมควรที่จะต้องเปลี่ยนแปลง

กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำทางปกครองมีอีกรูปแบบหนึ่งที่เรียกว่า คำสั่งทางตุลาการ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง เกิดขึ้นจากองค์กรทางปกครองที่มีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวถึงที่สุด และมีลักษณะผูกพันคู่กรณี โดยเรียกองค์กรทางปกครองดังกล่าวว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั่นเอง

⁸² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5.

2.2.4 หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้สั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน หรือสิ่งอื่นใดอันมีผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง เพราะฉะนั้นการกระทำทางปกครองต้องมีหลักในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้มีความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันให้กับผู้รับคำสั่งทางปกครองว่าการกระทำทางปกครองนั้นถูกต้องตามกฎหมายแล้ว หลักการดังกล่าวเรียกว่า หลักการ ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แบ่งออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และ ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง โดยมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองได้แก่ การควบคุมโดยบังคับบัญชา การควบคุมโดยผู้กำกับดูแล และการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

(1) การควบคุมโดยการบังคับบัญชา

การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่าง ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา และหากเห็นว่า การกระทำใดของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสมแก่กรณี ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะสั่งให้เพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นเสียได้ อนึ่ง ผู้บังคับบัญชาอาจใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยพลการก็ได้ หรือเมื่อเอกชนซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้เนื่องจากการกระทำนั้นร้องเรียนก็ได้

นอกจากนั้น ผู้บังคับบัญชามีอำนาจในการบรรจุ แต่งตั้ง เลื่อนขึ้นเงินเดือน เลื่อนระดับตำแหน่ง โยกย้าย ดำเนินการทางวินัย ให้ออกจากราชการ ซึ่งอำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ให้คุณและให้โทษต่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้⁸³

(2) การควบคุมโดยการกำกับดูแล

การควบคุมโดยการกำกับดูแล เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจองค์กร ปกครองส่วนกลาง หรือองค์กรปกครองส่วนภูมิภาคตรวจสอบการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น กรุงเทพมหานคร องค์กรการบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล ฯลฯ และการกระทำขององค์กรมหาชน ซึ่งได้แก่ รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย การท่าอากาศยาน

⁸³ คำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. เล่มเดิม (น.252).

แห่งประเทศไทย การไฟฟ้านครหลวง องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย องค์การรถไฟฟหานคร ฯลฯ ในกรณีที่ผู้มีอำนาจที่กำกับดูแลเห็นว่าการกระทำขององค์กรขององค์กร การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือการกระทำขององค์กรขององค์กรมหาชนที่อยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลของตนขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ผู้มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลที่จะยับยั้งหรือเพิกถอนการกระทำนั้น

ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจควบคุมได้เฉพาะในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรภายใต้กำกับเท่านั้น ผู้มีอำนาจกำกับดูแลไม่มีอำนาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลยพินิจขององค์กรภายใต้กำกับ การควบคุมจึงต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นและต้องไม่กระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเอง ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเหนือการกระทำขององค์กรภายใต้กำกับ หากมีการกระทำอันไม่ชอบกฎหมาย ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการกระทำ หรือสั่งเพิกถอนการกระทำเท่านั้น⁸⁴

(3) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญ ซึ่ง อาจมีลักษณะเป็นคำร้องเรียนของผู้มีส่วนได้เสีย หรือผู้ที่ได้รับความเสียหายที่ถูกกระทบต่อสิทธิก็ได้ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของประชาชน โดยไม่ต้องนำเรื่องร้องเรียนดังกล่าวขึ้นสู่ศาล

ระบบของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้แยกระบบอุทธรณ์ออกเป็น 3 ระบบ คือ ระบบอุทธรณ์ บังคับทั่วไป ระบบอุทธรณ์บังคับ เฉพาะ และระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ ดังจะกล่าวต่อไปนี้⁸⁵

(3.1) ระบบอุทธรณ์บังคับทั่วไป เป็นขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนี้ไว้ ให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ ในกรณีหากไม่มีกฎหมายบังคับไว้เป็นอย่างอื่นก็ต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอ จะข้ามขั้นตอนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดไม่ได้ และจะทำให้ไม่สามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้

(3.2) ระบบอุทธรณ์บังคับ เฉพาะ เป็นระบบอุทธรณ์ที่บังคับให้คู่กรณีจะร้อง ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาล หากคู่กรณีไม่ ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ศาลย่อมไม่อาจพิจารณาคดีดังกล่าวได้ การอุทธรณ์ ในระบบบังคับเฉพาะ จึงกลายเป็นเงื่อนไขในการรับเรื่องไว้พิจารณา ด้วยเหตุนี้เอง จึงถือว่าสถานะ

⁸⁴ แหล่งเดิม.

⁸⁵ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. เล่มเดิม (น.114).

ในทางกฎหมาย เกี่ยวกับการอุทธรณ์เป็นกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติกล่าวคือ การอุทธรณ์เป็นจุดเชื่อมระหว่างการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขในการรับฟ้องคดีของศาลในขณะเดียวกัน

(3.3) ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ เป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดว่า หากคู่กรณีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาล คู่กรณีจะต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนกฎหมายกำหนดในลักษณะที่เป็นทางเลือกให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือจะนำคดีไปฟ้องศาลได้โดยตรง ดังนั้น ต้องพิจารณากฎหมายเป็นกรณีไป⁸⁶

2) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองได้แก่ การควบคุมโดย ศาลยุติธรรม และการควบคุมโดยศาลปกครอง มีลักษณะดังต่อไปนี้⁸⁷

(2.1) การควบคุมโดยศาลยุติธรรม

ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่ได้แก่ ประเทศกลุ่ม Anglo-Saxon เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ เป็นต้น ซึ่งมีระบบศาลเดี่ยวหลักกฎหมาย Common Law ไม่ได้ให้ความแตกต่างระหว่าง เอกชนกับฝ่ายปกครอง และถือว่า เอกชนและฝ่ายปกครองมีฐานะเท่าเทียมกัน จึงต้องถูกควบคุมโดยศาลยุติธรรมอันเดียวกัน ศาลยุติธรรมในประเทศอังกฤษ คือ High Court และ Court of Appeal นอกจากจะรับคดีพิพาทระหว่าง เอกชนกับฝ่ายปกครองโดยตรงแล้วยังพิจารณาคดีที่ผ่านการพิจารณาของศาลบริหารด้วย อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยคดีปกครองบางประเภทเป็นการเฉพาะเช่น คดีเกี่ยวกับการประกันสังคม⁸⁸ เป็นต้น

(2.2) การควบคุมโดยศาลปกครอง

ระบบนี้ให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาคดีปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม จึงเรียกว่า ระบบศาลคู่ ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ถือเป็นแบบแผนของระบบศาลคู่นี้ โดยมีการแบ่งแยกให้คดีปกครองขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ส่วนคดีอื่นๆอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

⁸⁶ ดำรงกฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. เล่มเดิม (น.278).

⁸⁷ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1. เล่มเดิม (น.567-568).

⁸⁸ ดำรงกฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. เล่มเดิม (น.243).

สำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้มีการตั้งศาลปกครองเพื่อพิจารณาคดีปกครอง แต่ก็มีศาลพิเศษอื่นๆนอกจากศาลยุติธรรม คือ ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลภาษีอากร โดยศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและอาญา อาจกล่าวได้ว่า ในส่วนของกฎหมายเอกชนนั้นศาลยุติธรรมเป็นศาลทั่วไป ศาลแรงงานเป็นศาลเฉพาะ ส่วนด้านกฎหมายมหาชนนั้น ศาลปกครองเป็นศาลทั่วไป โดยมีศาลเฉพาะคือ ศาลสังคม และศาลภาษีอากร⁸⁹

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ศาลดังกล่าวจะควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่อาจควบคุมความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองได้

กล่าวโดยสรุป การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ทางปกครองไม่ว่าจะควบคุม โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง หรือ โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ก็ตาม ก็มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันคือต้องการให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไปกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นด้วยความระมัดระวังอย่างเคร่งครัด เนื่องจากมีระบบตรวจสอบอยู่ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีความไว้วางใจว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นถูกต้องตามหลักกฎหมายแล้วนั่นเอง

2.2.5 หลักการใช้ดุลยพินิจทางปกครอง

2.2.5.1 ความหมายของดุลยพินิจทางปกครอง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล ได้ให้ความหมายดุลยพินิจทางปกครองไว้ว่า ดุลยพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเอง และภายใน ขอบเขตแห่งกฎหมาย อาจมีการปฏิบัติและตัดสินใจได้หลายอย่าง แต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น เพื่อให้การใช้อำนาจแต่ละครั้งสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี การใช้อำนาจดุลยพินิจบ่อยๆ อาจทำให้ฝ่ายปกครองเกิดการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้นจึงมีอำนาจผูกพัน ซึ่งถ้าถืออำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจกระทำการและกระทำการตามตัวบทที่กฎหมายกำหนด⁹⁰

ดร.ฤทัย หงส์ศิริ ได้กล่าวไว้ว่า ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง การที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

⁸⁹ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุม การกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1. เล่มเดิม (น.568).

⁹⁰ โดย เฉลิมศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2557. จาก <http://www.stabundamrong.go.th>.

หรือกระทำการไปในทางใดทางหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายให้ทางเลือกหลายทาง ซึ่งหากเลือกกระทำการไปในทางใดโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว ก็ล้วนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครอง มีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมถือไม่ได้ว่าฝ่ายปกครองมีดุลยพินิจ แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้

2.2.5.2 การใช้ดุลยพินิจสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ⁹¹ กล่าวคือ

1) ดุลยพินิจวินิจฉัย เป็นอำนาจของผู้พิพากษาโดยเฉพาะและเป็นบทบาทที่สำคัญเพราะทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงและตีความกฎหมายให้เป็นที่ยุติ แม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยเป็นเบื้องต้น เพราะเป็นผู้ใช้กฎหมายหรือปรับใช้กฎหมายก่อน แต่ศาลทำหน้าที่เป็นองค์กรตรวจสอบการใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

2) ดุลยพินิจทางปกครอง หรือ ดุลยพินิจบริหาร เป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะเดียวกันก็อนุญาตให้เลือกมาตรการอันใดอันหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้หลายประการให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป ดุลยพินิจทางปกครอง คือ ดุลยพินิจในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้นั่นเอง จึงเป็นดุลยพินิจอิสระของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ หรือเป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายบริหาร ดังนั้นศาลจะเข้าไปแทรกแซงไม่ได้หรือตรวจสอบไม่ได้

2.2.5.3 ขั้นตอนในการใช้ดุลยพินิจ

ขั้นตอนในการใช้ดุลยพินิจ สามารถแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้⁹²

1) การรวบรวมพยานหลักฐานและการรับฟังข้อเท็จจริง ในขั้นตอนนี้เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ตรวจสอบสถานที่ตลอดจนรับฟังคำชี้แจงของกลุ่มผู้เกี่ยวข้อง หรือบุคคลอื่นๆ ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ในการพิจารณา และตรวจสอบข้อเท็จจริงต่างๆ ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ รวมทั้งให้กลุ่มผู้มีโอกาสในการทราบข้อเท็จจริงได้แย้งและแสดงพยานหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณาสั่งการ เช่น เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับคำร้องเรียนว่าสถานบริการใดประกอบกิจการขัดต่อกฎหมาย เช่น เปิดบริการเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ก็มีหน้าที่ที่ต้องตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐาน ทั้งฟังคำชี้แจงจากผู้ประกอบกิจการสถานบริการดังกล่าวและผู้เกี่ยวข้องว่ามีกรณีตามที่ร้องเรียนนั้นเกิดขึ้นหรือไม่

⁹¹ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น.241), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2552, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁹² คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น.260), โดย อุทัย หงส์ศิริ, 2545, กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

2) การปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริง เมื่อรวบรวมพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงได้ทั้งหมดแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับกับข้อเท็จจริงดังกล่าวว่าเป็นกรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 เจ้าหน้าที่จะต้องมีพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงว่าสถานบริการดังกล่าวประกอบกิจการขัดต่อกฎหมายโดยเปิดบริการเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเข้าเงื่อนไขอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 มาตรา 21 หากไม่เข้าเงื่อนไขต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว เจ้าหน้าที่ก็ไม่อาจใช้อำนาจต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ในกรณีนี้โดยทั่วไปแล้ว เจ้าหน้าที่ที่ไม่มีดุลยพินิจเพราะเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ต้องนำกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ว่าเป็นกรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจเลือกตีความกฎหมายไปในทางใดทางหนึ่งได้ เพราะหากปรับบทหรือตีความไม่ถูกต้อง ศาลก็จะวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ตีความกฎหมายผิดและการกระทำของเจ้าหน้าที่โดยอ้างกฎหมายนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) ใช้ดุลยพินิจพิจารณาสั่งการตามความเหมาะสมแก่กรณี ในกรณีนี้หากเจ้าหน้าที่ฟังข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายแล้วว่าเป็นกรณีตามมาตรา 21 เนื่องจากผู้ประกอบการสถานบริการประกอบกิจการขัดต่อกฎหมาย โดยเปิดให้บริการเกินเวลาที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาต่อว่า

(1) จะใช้อำนาจหรือสั่งการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ เนื่องจากกรณีนี้ กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาว่าจะใช้อำนาจต่างๆ ที่กำหนดหรือไม่ โดยไม่ได้บังคับว่าเจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจดังกล่าว หากเป็นการกระทำผิดครั้งแรกและเป็นเรื่องเล็กน้อย เจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่ายังไม่สมควรที่จะใช้มาตรการต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เจ้าหน้าที่ที่อาจคัดค้านผู้ประกอบการดังกล่าวได้

(2) จะเลือกใช้มาตรการใดแก่กรณีที่เกิดขึ้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่าการกระทำนั้นผิดถึงขนาดที่เจ้าหน้าที่ควรต้องใช้อำนาจตามกฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ก็ต้องพิจารณาว่าควรจะใช้มาตรการใดต่อสถานบริการดังกล่าว โดยพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในเรื่องผลก กระทบต่อสังคมและประชาชน และผลกระทบต่อสถานบริการที่กระทำผิดดังกล่าวและหลักความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำผิดดังกล่าวกับมาตรการที่จะใช้ด้วย หากเห็นว่าไม่ใช่เรื่องที่ร้ายแรงมาก เจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งเพียงพักใช้ใบอนุญาต แต่หาก

เห็นว่าเป็นเรื่องที่ร้ายแรงมาก เจ้าหน้าที่ที่อาจใช้ดุลยพินิจสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาตก็ได้⁹³

การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเหมาะสมในเรื่องที่ตนต้องใช้ดุลยพินิจ โดยต้องไม่เป็นการใช้ดุลยพินิจที่มีอคติ ลำเอียง หรือเป็นการกลั่นแกล้งบุคคลหนึ่งบุคคลใด หากเป็นเช่นนั้นจะเป็นการใช้ดุลยพินิจที่เกินขอบเขตและไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

2.2.5.4 ลักษณะการใช้ดุลยพินิจที่เป็นการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเกิดควมผิดพลาดได้และถือว่าเป็นการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ถ้าเป็นการใช้ดุลยพินิจลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้⁹⁴

1) การใช้ดุลยพินิจเกินขอบเขต ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกมาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น ตามกฎหมายกำหนดให้ เรียกค่าธรรมเนียมได้ตั้งแต่ 100 บาท ถึง 500 บาท แต่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียม 600 บาท เป็นต้น

2) การใช้ดุลยพินิจบกพร่อง เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้ใช้โอกาสเลือกตัดสินใจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือสำคัญผิดคิดว่าตนมีอำนาจผูกพันที่จะวินิจฉัยสั่งการโดยไม่มีอำนาจดุลยพินิจ

3) การใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบหรือในทางที่ผิด กรณีนี้เป็นกรณีการใช้ดุลยพินิจผิดพลาดที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ เช่น ปฏิเสธคำร้องขออนุญาตเพราะผู้ร้องมีเรื่องขัดแย้งส่วนตัวกับเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

ผลของการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบ ด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดตกเป็นโมฆะ เพราะความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลยพินิจมิได้รุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด โดยศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนการกระทำอันเกิดจากการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบดังกล่าวได้ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542⁹⁵

⁹³ คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น.264), โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2545, กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

⁹⁴ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น.247), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2552, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁹⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง.

กล่าวโดยสรุป การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งอนุญาต คำสั่งอนุมัติ หรือคำสั่งอื่นใด ต้องอยู่ภายใต้หลักการใช้ดุลยพินิจตามที่ดังกล่าวข้างต้น จึงจะถือว่าเป็นการใช้ดุลยพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายได้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจเกินขอบเขต หรือนอกเหนือจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ การใช้ดุลยพินิจนั้นอาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายส่งผลให้ศาลมีอำนาจยกเลิก เพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นได้

2.2.6 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองนอกจากต้องชอบด้วยกฎหมายในวิธีปฏิบัติแล้ว ต้องชอบด้วยหลักการทางทฤษฎีที่เป็นไปตามหลักนิติรัฐด้วย จึงจะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งหลักการสำคัญของการกระทำทางปกครองประกอบด้วยดังต่อไปนี้

2.2.6.1 หลักแห่งความได้สัดส่วน⁹⁶

หลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ใช้เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจรัฐ โดยมีให้อำนาจรัฐเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตของความเหมาะสม ความจำเป็น ขาดการสร้างดุลยภาพที่มีขึ้นระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ หลักแห่งความได้สัดส่วน ประกอบด้วยหลักการ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

1) หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หรือ หลักแห่งความเหมาะสม เป็นหลักที่บังคับว่า ในบรรดามาตรการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น โดยหากกฎหมายมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น หากมาตรการใดไม่สามารทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏ เป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและไม่มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายฉบับใดที่ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2) หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลายๆ มาตรการ ซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ถ้าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของ

⁹⁶ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. เล่มเดิม (น.103).

ประชาชนน้อยที่สุดและบรรลุนิติภาวะแห่งกฎหมายให้มากที่สุด ความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์อันมหาชนพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดของฝ่ายปกครองและเป็นมาตรการที่จะทำให้บรรลุนิติภาวะแห่งกฎหมายและกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดและก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนมากที่สุด หรือกล่าวคือในบรรดามาตรการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดเมื่อได้ลงมือปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการนั้นแล้วจะยังผลให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะบังเกิดความเสียหายแล้ว ในกรณีเช่นนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องไม่ใช่มาตรการนั้นไปบังคับใช้กับประชาชน หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ จึงเรียกร้องว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชนต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษและถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้วย่อมถือได้ว่ามาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นฝ่ายปกครองจะเลือกใช้มาตรการใดที่ก่อโทษให้แก่ประชาชนหรือส่วนรวมนั้นมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์ แม้มาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่เมื่อนำมาใช้แล้วจะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักความจำเป็นก็ตาม มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับไม่ได้

กล่าวโดยสรุปคือ การที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองใดขึ้นมาใช้บังคับมีลักษณะไปกระทบต่อสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักระหว่างการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์สาธารณะให้ได้สัดส่วนที่พอเหมาะสมกัน จึงถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2.6.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย⁹⁷

หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมาจากหรือภายใต้หลักนิติรัฐที่กล่าวว่ารัฐที่ปกครองโดยกฎหมายซึ่งแต่เดิมนั้นหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น เน้นเฉพาะผู้ที่อยู่ใต้การปกครองเท่านั้นที่ ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่ตราโดยไม่ถือว่าผู้ปกครองรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตนเองตราขึ้นมา ต่อมาให้ความหมายไปถึง ฝ่ายปกครอง ด้วย หมายความว่าฝ่ายปกครองนั้น ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ถ้าฝ่ายปกครองไปกระทำการใดอันเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ใต้การปกครองแล้ว ผู้ที่อยู่ใต้การปกครองก็สามารถฟ้องร้องฝ่ายปกครองต่อองค์กรยุติธรรมได้เพื่อให้เยียวยาแก้ไขการกระทำของฝ่ายปกครอง แบ่งเป็น 2 ลักษณะคือ

1) การกระทำขององค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ การปกครองหรือทางตุลาการต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และการกระทำเหล่านั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางปกครอง การกระทำทางตุลาการต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งเรียกว่า “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ”

2) หากองค์กรของรัฐกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำนั้นทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น รัฐจะต้องมีกลไกและกระบวนการที่สามารถทำให้การกระทำนั้นไร้ผลไป และหากเกิดความเสียหายจะต้องเยียวยาชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย กลไกและกระบวนการเรียกว่า “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ”

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

ตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ หมายความว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติจะมีเนื้อหา รูปแบบ หรือกระบวนการตรากฎหมายขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งก็คือต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องอยู่ใต้รัฐธรรมนูญไปด้วย ซึ่งรวมไปถึง การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติก็จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ

ในบรรดาสามอำนาจของอำนาจอธิปไตย อำนาจตุลาการจะเป็นอำนาจที่อิสระมากกว่าองค์กรอื่น เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของตุลาการ เพราะเหตุที่ว่าเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำต่างๆ ของบุคคลทั่วไปและองค์กรอื่นๆ ในรัฐให้เคารพต่อหลักความชอบด้วย

⁹⁷แหล่งเดิม.

กฎหมาย ดังนั้นองค์การตุลาการจึงเป็นองค์กรที่สร้างหลักประกันในการให้ความคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม และเห็นผลทางปฏิบัติในการที่ไม่เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่องค์กรตุลาการมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการนั้นก็ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

(3) หลักความชอบด้วยกฎหมายกับการกระทำทางบริหาร

ฝ่ายบริหารมีสองส่วน ส่วนแรกเป็นส่วนของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นรัฐบาล อีกส่วนหนึ่งนั้นเป็นส่วนของฝ่ายปกครอง การกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นรัฐบาลนั้น เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะไม่ถูกควบคุมโดยศาลแต่จะถูกควบคุมทางการเมืองมากกว่า เช่น การตั้งกระทรวง การลงมติไม่ไว้วางใจ ส่วนการกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับราษฎร ซึ่งฝ่ายปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบ เมื่อกล่าวถึงฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้นจะมีปฏิสัมพันธ์กับประชาชนมากที่สุดเพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้รับนโยบายจากฝ่ายบริหารลงมาปฏิบัติและปฏิบัติการดังกล่าวนี้ก็ต้องมีการสัมพันธ์กับประชาชน ดังนั้นในความสัมพันธ์ดังกล่าวก็อาจมีการกระทบกระทั่งและอาจก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีแนวคิดว่าการกระทำการปกครองของฝ่ายปกครองนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ซึ่งก็หมายความว่าต้องมีการควบคุมฝ่ายปกครองหรือควบคุมการทำการปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครองจึงเป็นกรณีที่มีการกระทำของฝ่ายปกครองหรือผู้ใช้อำนาจเหนือประชาชนจะต้องมีกรอบขอบเขตการใช้อำนาจ มีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีการคานและดุลการใช้อำนาจรัฐและต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต้องเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวในกรอบที่กฎหมายกำหนด

ด้วยเหตุดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยอยู่ภายใต้กรอบและวิธีการที่กฎหมายกำหนด การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนด และหากการใช้อำนาจนั้นส่งผลให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย แสดงว่าการใช้อำนาจดังกล่าวขัดต่อกฎหมายและหลักความชอบด้วยกฎหมาย

2.3 แนวความคิด หลักการเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยและการอุทธรณ์คดีวินัย

การดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคล ในองค์กรแต่ละองค์กร การรักษาวินัยนั้นถือว่าเป็นข้อปฏิบัติ ระเบียบ แบบแผน ที่ข้าราชการต้องยึดถือปฏิบัติให้อยู่ในกรอบอันดีงาม หากข้าราชการประพฤติ ปฏิบัติ ต่างไปจากระเบียบ แบบแผน ที่องค์กรกำหนดไว้ ผู้บังคับบัญชาอาจสั่งให้ดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการผู้นั้นได้ การดำเนินการทางวินัยลักษณะนี้ ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง และหากข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยไม่พอใจ หรือไม่เห็นด้วยกับคำสั่งลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชา ข้าราชการผู้นั้นก็มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นได้ด้วย เพื่อให้เข้าใจในหลักการเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย และการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย จึงมีความจำเป็นต้องศึกษา ลักษณะของการดำเนินการทางวินัย วัตถุประสงค์ของการดำเนินการทางวินัย ประเภทของการดำเนินการทางวินัย และแนวคิด หลักการการอุทธรณ์คดีวินัย ดังต่อไปนี้

2.3.1. ลักษณะของการดำเนินการทางวินัย

ความหมายของวินัย Webster's New World Dictionary of American Language ได้ อธิบายคำว่าวินัยว่า (1) การฝึกอบรมเพื่อพัฒนาการในการควบคุมตนเองความประพฤติ หรือความเป็นระเบียบ และประสิทธิภาพ (2) การฝึกอบรมดังกล่าว คือการควบคุมตนเองและประพฤติที่อยู่ในระเบียบแบบแผน (3) การยอมรับหรือการปฏิบัติตามการบังคับบัญชาการควบคุม (4) การปฏิบัติการเพื่อแก้ไขความประพฤติหรือการลงโทษ⁹⁸

J.B.Kingsbury⁹⁹ ได้ให้คำอธิบายว่า วินัย หมายถึง การควบคุมความประพฤติและการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานซึ่งอาจจะกระทำได้สองวิธี (1) โดยการออกกฎ ข้อบังคับ คำสั่ง และคำบัญชา โดยมีการลงโทษเป็นเครื่องมือสนับสนุนอยู่ข้างๆ หรือ (2) โดยทางการสั่งสอน การฝึกอบรม และประสบการณ์ในการเข้ารับงานที่ต้องการรับผิดชอบ

⁹⁸ Treatment that correct or punishes. อ้างถึงใน ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ของข้าราชการพลเรือน (น.99), โดย ศรีนิดาเกิดผล , 2523, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁹⁹ J.B.Kingsbury.(1975) Personnel Administration for Thai Students.p.52 อ้างถึงใน วินัยข้าราชการรัฐสภากับหลักเกณฑ์ทั่วไปในกระบวนการสอบสวนและการพิจารณาโทษทางวินัย (น.14), โดย อำพล เจริญชีวิต, 2535, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

Baker W.Alton¹⁰⁰ ได้อธิบายคำว่า วินัย คือ วิธีการที่ใช้เพื่อให้ผู้ปฏิบัติงานมีความรับผิดชอบในการเสริมสร้างและรักษาการปฏิบัติงานให้เป็นไปด้วยความมีระเบียบเรียบร้อย

พ.อ. ปิ่น มุทุกันต์ อดีตอานุศาสตราจารย์กองทัพบกและอธิบดีกรมการศาสนาอธิบายว่า “วินัย” เป็นแบบของคน คนทุกคนที่ปรับตัวอยู่ในวินัยเป็นคนดีทั้งนั้น ยกตัวอย่าง ดิน หิน ปูน หรือ เศษโลหะที่เราเหยียบย่ำโยนทิ้งนั้น ถ้านำมาปั้นมาหลอมเข้าเป็นพระพุทธรูปแล้วก็กลายเป็นของที่ดี ที่ทุกคนเคารพกราบไหว้ คนเราก็มีแบบของคนเรียกว่า “วินัย” วินัยจึงเป็นแบบที่ปั้นหลอมคนให้เป็นคนดี¹⁰¹

การดำเนินการทางวินัย หมายถึง กระบวนการและขั้นตอนการดำเนินการในการลงโทษข้าราชการ ซึ่งเป็นกระบวนการตามกฎหมายที่จะต้องกระทำ

กล่าวโดยสรุปคือ วินัย หมายถึง ระเบียบแบบแผนที่ทุกคนต้องยึดถือ ปฏิบัติ เพื่อให้ทำให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการปฏิบัติงาน หรือทำหน้าที่สิ่งหนึ่งสิ่งใด ให้บรรลุเป้าหมายซึ่งเป็นประโยชน์สูงสุดของการทำงาน และหากไม่ปฏิบัติตามวินัยที่ได้วางไว้ อาจถูกผู้บังคับบัญชาดำเนินการทางวินัยได้

2.3.2. วัตถุประสงค์ของการดำเนินการทางวินัย

ประวิณ ณ นคร ได้กล่าวถึงการลงโทษทางวินัยว่ามีจุดมุ่งหมายสำคัญ 4 ประการ ดังนี้¹⁰²

1) เพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายหรือระเบียบแบบแผน โดยข้าราชการต้องรักษาวินัยโดยเคร่งครัดอยู่เสมอ เมื่อปรากฏว่าผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากระทำผิดวินัย ผู้บังคับบัญชาต้องดำเนินการทางวินัย ถ้าผู้บังคับบัญชาใดละเลยหรือปฏิบัติโดยไม่บริสุทธิ์ใจถือว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัย โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อปราบผู้กระทำผิด และปรามไว้ไม่ให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่าง

2) เพื่อรักษามาตรฐานความประพฤติ ขวัญ และสมรรถภาพของข้าราชการ โดยต้องสั่งลงโทษให้เหมาะสมและไม่เป็นไปโดยพยาบาทหรือโทสะจริต การลงโทษโดยจับปล้น เป็นธรรมเนียมหน้า และโดยเหมาะสม ทำให้ข้าราชการโดยรวมมีความระมัดระวังในการรักษามาตรฐานความประพฤติ และรู้สึกว่าเป็นธรรมเนียมในราชการ

¹⁰⁰ Baker W.Alton,(1995) Personnel Management in Small Plant.p.1 อ้างถึงใน ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ของข้าราชการพลเรือน. เล่มเดิม (น.100).

¹⁰¹ มงคลชีวิตภาคที่ 1 (น.379), โดย ปิ่น มุทุกันต์, 2512, อนุสรณ์นายปรีชญา เอกรพานิช.

¹⁰² คู่มือการดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พลเรือน พ.ศ. 2518 (น.254), โดย ประวิณ ณ นคร, 2531, กรุงเทพฯ: ไทยพิมพ์.

3) เพื่อจูงใจให้ข้าราชการปรับปรุงตัวให้ดีขึ้น การลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้ใดควรจะได้ทำให้ผู้นั้นรู้ เข้าใจ และยอมรับในความผิดที่ตนได้กระทำนั้น และเป็นการจูงใจให้ข้าราชการปรับปรุงตนเองให้ดีขึ้น

4) เพื่อรักษาชื่อเสียงของทางราชการ และความเชื่อมั่นของประชาชนต่อทางราชการ ถ้าข้าราชการมีระเบียบวินัย มีสมรรถภาพในการทำงานโดยสม่ำเสมอก็จะเป็นการรักษาชื่อเสียงและความเชื่อมั่นของประชาชน เมื่อหน่วยงานใดมีผู้กระทำความผิดวินัยก็จำเป็นต้องมีการลงโทษทางวินัยเพื่อรักษาชื่อเสียงและความเชื่อมั่นของประชาชน

2.3.3 ประเภทของการดำเนินการทางวินัย

การดำเนินการทางวินัยแบ่งออกได้ 2 ประเภท โดยยึดลักษณะความผิดทางวินัย กล่าวคือ การดำเนินการทางวินัยกรณีความผิดอย่างร้ายแรง กับ การดำเนินการทางวินัยกรณีความผิดไม่ร้ายแรง

1) การดำเนินการทางวินัยกรณีความผิดอย่างร้ายแรง หมายถึง การดำเนินการสอบสวนทางวินัยข้าราชการในกรณีที่มิมีมูลกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ซึ่งจะมีบทลงโทษทางวินัยที่รุนแรง เช่น การปลดออก หรือไล่ออกจากราชการ

2) การดำเนินการทางวินัยกรณีความผิดไม่ร้ายแรง หมายถึง การดำเนินการสอบสวนทางวินัยข้าราชการในกรณีที่ มิมีมูลกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยไม่ร้ายแรง ในกรณีที่เป็นการผิดวินัยเล็กน้อย หรือมีเหตุสมควรลดหย่อนโทษ บทลงโทษทางวินัยไม่ร้ายแรง เช่น ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดเงินเดือน

2.3.4. แนวความคิดและหลักการในการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย

การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยเป็นกลไกที่สำคัญของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คือ การที่ผู้ถูกสั่งลงโทษทางวินัยได้ขอให้พิจารณาคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นใหม่ เป็นการตรวจสอบคำสั่งลงโทษทางวินัยอีกชั้นหนึ่ง และการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกสั่งลงโทษทางวินัยที่จะใช้สิทธิอุทธรณ์ดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ไม่มีกฎหมายบังคับไว้เป็นการเฉพาะว่าผู้ถูกสั่งลงโทษทางวินัยจะต้องใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่ง แต่หากผู้ถูกสั่งลงโทษทางวินัยจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งลงโทษต้องใช้สิทธิตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

การอุทธรณ์ มีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบ ถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เพื่อเยียวยาผลกระทบที่เกิดแก่คู่กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้แย้งคำสั่งและขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่ง โดยนัยนี้ การอุทธรณ์จึงเป็นกระบวนการที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนและเป็นวิธีการที่ช่วยแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหาย

ของคู่กรณีได้ดีกว่ากระบวนการทางศาล เพราะการทบทวนภายในฝ่ายปกครองมีขั้นตอนการพิจารณาที่เรียบง่ายรวดเร็วกว่าวิธีพิจารณาคดีของศาล นอกจากนี้ ในการพิจารณาอุทธรณ์ฝ่ายปกครองยังสามารถทบทวนคำสั่งในแนวทางที่ยืดหยุ่นและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม ผิดกับศาลที่ต้องวินิจฉัยคดีพิพาทไปตามบทกฎหมายและยึดถือแนวคำพิพากษาเป็นสำคัญ หากที่จะพิพากษาเป็นรายกรณีไปโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมเฉพาะกรณี เพราะจะทำให้แนวคำพิพากษาไม่มีเอกภาพ

2.3.4.1 แนวความคิดในการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) หลักความยุติธรรม ประกอบด้วย 4 หลักการ ดังนี้

(1) หลักความได้สัดส่วน คือ การพิจารณาตามตัวบทกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิด อย่างไรก็ดีถือว่าเป็นความผิดวินัยฐานใด โดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายว่า การกระทำนั้นๆ เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายแล้วหรือไม่ ถ้าไม่มีบทกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด ถ้าครบองค์ประกอบความผิดก็ปรับบทความผิดไปตามนั้นและลงโทษ

(2) หลักมนุษยธรรม คือการใช้วิจักษ์ญาณของผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์อย่างรอบคอบโดยคำนึงถึงความเป็นจริงและความถูกต้อง เหมาะสมตามเหตุผลที่ควรจะเป็นโดยอาศัยข้อเท็จจริงและพยานแวดล้อมประกอบ เพื่อให้เห็นความเป็นไปได้ในการกระทำความผิด การกระทำบางอย่างเข้าองค์ประกอบของความผิดแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดอาจทำไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ก็ได้ ซึ่งผู้พิจารณาอุทธรณ์ต้องใช้หลักการนี้ควบคู่ไปกับหลักความได้สัดส่วน เช่น ถ้าเป็นความผิดวินัยไม่ร้ายแรง การกำหนดโทษ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดเงินเดือน ก็อยู่ในดุลยพินิจของผู้พิจารณานั้นเอง

(3) หลักความเป็นธรรม หลักการนี้ใช้ประกอบเป็นหลักในการพิจารณาอุทธรณ์เกี่ยวกับการพิจารณาถึงระดับโทษที่ข้าราชการถูกลงโทษเช่นเดียวกับหลักมนุษยธรรม ใช้สำหรับผู้บังคับบัญชาผู้สั่งลงโทษมากกว่าผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเหมือนกัน ผู้กระทำต้องได้รับโทษเท่ากัน โดยไม่มีข้อยกเว้นใด เว้นแต่จะมีพฤติการณ์และเหตุผลในการกระทำความผิดที่แตกต่างกัน ย่อมได้รับโทษแตกต่างกันได้ โดยพิจารณาจากหลักดังนี้

(3.1) ลักษณะของการกระทำความผิด ความผิดอย่างเดียวกัน บางลักษณะพฤติการณ์อาจพิจารณาได้ว่าเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง จะต้องลงโทษปลดออก หรือไล่ออก แต่บางลักษณะเป็นการกระทำความผิดวินัยไม่ร้ายแรงก็ได้

(3.2) ผลแห่งการกระทำผิด ความผิดอย่างเดียวกันอาจต้องกำหนดโทษต่างกัน เพราะผลแห่งการกระทำผิดทำให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการหรือแก่ชื่อเสียงของราชการมากน้อยแตกต่างกัน

(3.3) คุณความดี ความผิดอย่างเดียวกันผู้มีประวัติการทำงานดี ไม่เคยกระทำผิดมาก่อน อาจได้รับโทษน้อยกว่าผู้ที่เคยกระทำผิดมาก่อนแล้ว ผู้กระทำผิดในเรื่องเดียวกันคนที่พยายามแก้ไขบรรเทาผลร้าย อาจได้รับโทษน้อยกว่าผู้ที่ไม่ได้พยายามทำเช่นนั้น

(3.4) การให้โอกาสแก้ไขความประพฤติ ถ้าเป็นความผิดวินัยไม่ร้ายแรง อาจให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดที่จะแก้ไขความประพฤติอีกครั้ง โดยกำหนดโทษสถานเบาเพียงภาคทัณฑ์ หรือถ้าเป็นความผิดเล็กน้อย อาจลดโทษโดยให้ว่ากล่าวตักเตือนก็ได้ แต่สำหรับคนที่เคยกระทำผิดเช่นนั้นมาแล้วจะต้องลงโทษหนักกว่า

(3.5) เหตุเนื่องหลังการกระทำ การกระทำผิดเพราะควา มจำเป็น ถูกบังคับ หรือเพราะถูกขู่โทสะให้กระทำ อาจได้รับโทษน้อยกว่าการกระทำผิดเพราะตั้งใจกระทำก็ได้

(3.6) สภาพของผู้กระทำผิด เช่น การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงเพศ อายุ ตัว อายุราชการ การศึกษา ตำแหน่งหน้าที่ และสภาพทางส่วนตัวด้านอื่น ๆ ของผู้กระทำผิด ในความผิดอย่างเดียวกันอาจกำหนดโทษแตกต่างกันไปได้หากสภาพของผู้กระทำผิดแตกต่างกัน

(4) หลักความรวดเร็ว หรือความฉับพลันในการพิจารณา การที่ข้าราชการถูกลงโทษทางวินัยย่อมทำให้ข้าราชการผู้นั้นต้องเสียสิทธิที่พึงมีพึงได้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็น การได้รับการแต่งตั้งในตำแหน่งที่สูงขึ้น หรือการปรับขึ้นเงินเดือน โอกาสในการโยกย้ายตำแหน่ง เป็นต้น รวมทั้งข้าราชการที่ถูกสั่งลงโทษทางวินัยนั้นเสียขวัญและกำลังใจในการทำงาน หากข้าราชการผู้นั้นใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย ผู้พิจารณาอุทธรณ์ก็ควรจะพิจารณาด้วยความรวดเร็ว เนื่องจากหากปรากฏว่า ข้าราชการผู้นั้นไม่ได้กระทำความผิดทางวินัยจริง ก็จะได้เร่งรีบเยียวยาแก้ไขความเสียหายได้ทัน แต่หากการพิจารณาอุทธรณ์เป็นไปด้วยความชักช้าการเยียวยาแก้ไขก็ไม่สามารถกระทำได้ ประกอบกับหลักการที่ว่า ข้าราชการผู้ใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นเป็นผู้ที่ยังไม่ได้รับการตัดสินว่าเป็นผู้มีความผิดย่อมมีโอกาสด้านการแสดงผลงานหลักฐานที่แสดงได้ว่าตนเองบริสุทธิ์ สามารถตรวจสอบได้ อีกทั้งระยะเวลาในการพิจารณา อุทธรณ์นั้นต้องรวดเร็ว ไม่สร้างขั้นตอนยุ่งยาก จนเกินไป ซึ่งหลักการนี้ถูกกำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 45¹⁰³ ได้บัญญัติถึงเรื่องการพิจารณาอุทธรณ์ว่า การพิจารณาอุทธรณ์ต้องพิจารณาโดยไม่ชักช้าและให้แจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้าด้วย และได้กำหนดเวลาในการพิจารณาไว้ด้วยว่าต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ซึ่งเป็นการที่ผู้บังคับบัญชาที่ ออกคำสั่ง

¹⁰³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 45.

ทางปกครองพิจารณาทบทวนคำสั่งของตนเอง และไม่ให้ผู้บังคับบัญชาประวิงการพิจารณา ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อุทธรณ์ได้

2) หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ประกอบด้วยหลักการดังนี้

(1) หลักบุคคลไม่อาจเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีของตนเอง หรือหลักความไม่มีอคติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือหลักการไม่มีส่วนได้เสียในคดีที่ตนเป็นผู้วินิจฉัย กล่าวได้ว่าเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของความยุติธรรมสำหรับคู่กรณีพิพาท ไม่ว่าจะอยู่ในระบบศาลใดประเทศใด ซึ่งเป็นหลักการอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป เพราะหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิจารณาวินิจฉัยคดีหรือข้อพิพาทหนึ่งๆ มีส่วนรู้ เกี่ยวข้อง หรือมีประโยชน์ได้เสียไม่ว่าในทางใด หรือมีเหตุโกรธเคืองกันมาก่อนกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตามธรรมดาผู้ที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีหรือข้อพิพาทดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับคู่กรณีด้วยเหตุนี้ กล่าว โอกาสที่จะทำให้ผู้นั้นพิจารณาด้วยความเป็นกลางเสียไปย่อมสูงมากขึ้นด้วย เช่น ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือผู้วินิจฉัยคดีกับบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัย อาจทำให้มีความคิดเห็นล่วงหน้าต่อประเด็นที่ต้องมีการวินิจฉัย โดยเคย วินิจฉัยประเด็นที่จะวินิจฉัยมาแล้ว หรือเป็นผู้ร้องเรียนกล่าวหาเอง ย่อมทำให้ไม่สามารถวินิจฉัยคดีอย่างเป็นกลางได้ นอกจากนั้นยังหมายถึง การที่เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาที่สั่งลงโทษข้าราชการก็ไม่อาจเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาอุทธรณ์ได้ เพราะถือว่าเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีของตนเองในเรื่องการอุทธรณ์ กรณีดังกล่าวผู้อุทธรณ์มีสิทธิคัดค้านกรรมการผู้พิจารณาอุทธรณ์ของตนได้ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

หลักความยุติธรรม ตามธรรมชาติ ได้ถูกนำมาใช้อธิบายในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยสั่งการในลักษณะกึ่งตุลาการคือ คณะกรรมการกึ่งตุลาการหรือเจ้าหน้าที่องค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ทางตุลาการเท่านั้น ส่วนในกรณีที่เป็นเรื่องทางปกครองโดยแท้ (คือการกระทำทางปกครองที่เคร่งครัดตามด้วยบทกฎหมาย) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการออกกฎหมายลำดับรอง หรือการกระทำเกี่ยวกับเรื่องสัญญา ย่อมไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมโดยธรรมชาตินี้แต่อย่างใด ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางถือว่าการกระทำที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ ซึ่งศาลอังกฤษอาศัยหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติมาเป็นเครื่องมือในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยอธิบายว่า การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาและมีคำสั่งไปโดยขัดต่อหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติจึงมีผลเป็นโมฆะ ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการพิจารณานั้นจะต้องเสียไปเนื่องจากขัดกับหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ เช่น การอนุมัติแผนการพัฒนาในพื้นที่ที่ดินมีที่ดินอยู่และเห็นได้ว่าจะได้รับประโยชน์ หรือในกรณีที่มีความคลุมเครือในเรื่อง

ผลประโยชน์เนื่องจากไม่ได้ยื่นรายงานเอาไว้ หรือกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องด้วย ศาลพิพากษาว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นเรื่องที่ผู้พิจารณามีส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง

หลักความเป็นกลางหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสียจึงหมายความว่า การที่ผู้พิจารณาวินิจฉัยยอมไม่มีส่วนได้เสียใดๆ ในข้อพิพาทนั้นหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่กรณีทั้งสอง หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ บุคคลนั้นจะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้นๆ ได้ ดังนั้นหลักความเป็นกลางหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสียจึงไม่มีลักษณะการรวมอำนาจ แต่ได้บ่งบอกถึงการแบ่งแยกอำนาจในการพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครอง หลักการดังกล่าวจึงนำมาใช้กับองค์กรของรัฐที่มีอำนาจในการวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่างๆ เช่น ผู้พิพากษา ตุลาการ หรือองค์กรของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการ หรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใดๆ ที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่

ผลของคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยหลักความเป็นกลาง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ ถือว่าคำสั่งดังกล่าวมีผลเป็น

สำหรับประเทศไทยได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้น ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการ โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องทางปกครองและผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นเพื่อเป็นการประกันความเป็นธรรม และการพิจารณาต้องกระทำโดยเปิดเผย เหมาะสม โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องรับผิดชอบต้องไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะหากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์ ส่วนตนและพิจารณาวินิจฉัยสั่งการเรื่องในทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้ว ก็จะส่งผลในทางลบต่อการวินิจฉัยอย่างแน่นอน¹⁰⁴

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดเหตุหรือพฤติการณ์ที่ถือว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการผู้มีความชำนาญในการพิจารณาทางปกครองมีส่วนได้เสีย แบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ

(1.1) กรณีที่เจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี ตามมาตรา 13 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹⁰⁵

¹⁰⁴ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.139), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2544, กรุงเทพฯ : ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13.

(1.1.1) เป็นคู่กรณีเอง

ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ยื่นเป็นผู้พิจารณาออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตนเอง เช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตตั้งโรงงาน เป็นผู้ขออนุญาตตั้งโรงงานเอง หรือกรณีที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาคัดเลือกผู้รับทุนการศึกษา ลงมติเห็นชอบให้ตนเองเป็นผู้รับทุนการศึกษา ดังกล่าว¹⁰⁶ เป็นต้น

(1.1.2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี

คู่สมรส หมายความว่า ผู้ที่จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย แต่ในกรณีที่สามีหรือภรรยาออกสมรส อาจถือว่าการพิจารณานั้นขัดต่อหลักความเป็นกลางโดยสภาพอยู่แล้วก็ได้

(1.1.3) เป็นญาติของคู่กรณี

คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้นหรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

(1.1.4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี

(1.1.5) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี เป็นต้น

(1.2) กรณีที่มีพฤติการณ์อื่น ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(1.2.1) เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากเหตุภายใน

เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากเหตุภายใน เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดี ในขั้นตอนต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน พิจารณาความผิดและพิจารณาสั่งลงโทษ เคยมีปัญหาความขัดแย้งกับผู้ฟ้องคดีอย่างรุนแรง ทั้งในเรื่องส่วนตัวและหน้าที่ราชการ จนถึงขั้นร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนซึ่งกันและกันมาก่อน ถือได้ว่ามีสภาวะร้ายแรงที่อาจทำให้การดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีอันเป็นการพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในของผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าวได้ กรณีจึงย่อมไม่อาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นได้ ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹⁰⁷ เป็นต้น

(1.2.2) เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.57/2555.

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.146/2554.

เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง เช่น กรณีที่ประธานคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเข้าร่วมประชุมในฐานะ อ.ก.พ.กรม พิจารณาผลการสอบสวน ทางวินัยที่ตนได้เคยให้ความเห็นไว้ การที่บุคคลซึ่งเคยเป็นประธานคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย อย่างร้ายแรงได้เข้าร่วมประชุมเพื่อพิจารณาผลการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง ในฐานะ อ.ก.พ.กรม บุคคลดังกล่าวย่อมขึ้นกับความเห็นเดิม อันเป็นความเห็นที่เป็น ูปปฏิภนต่อผู้ถูกกล่าวหา ถึงแม้เหตุดังกล่าวจะมีสาเหตุความมีส่วนได้เสียตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวย่อมเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันมีผลให้มติ อ.ก.พ.กรมและคำสั่งลงโทษทางวินัยที่เห็นชอบตามมติ อ.ก.พ.กรมดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁸

กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองเป็นกรรมการพิจารณาดำเนินการทางวินัยและเป็นกรรมการในการพิจารณาอุทธรณ์ การที่เจ้าหน้าที่ที่เคยพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องการดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดีมาก่อนได้ทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ในเรื่องเดิมนั้นอีก การพิจารณาอุทธรณ์โดยใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น จึงอาจมีความโน้มเอียงไปตามความเห็นเดิมที่ตนได้เคยพิจารณาวินิจฉัยไปแล้วได้ กรณีนี้จึงถือว่าการกระทำความดังกล่าวย่อมมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางได้¹⁰⁹

กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองมีส่วนร่วมทั้งในการเสนอความเห็น การพิจารณาเห็นชอบให้ สั่งลงโทษและการพิจารณาอุทธรณ์ เช่น บุคคลที่ ทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมถือว่าได้เป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมและกำหนดทิศทางของการประชุม จึงอาจส่งผลให้ความเห็นของประธานในที่ประชุมมีอิทธิพลเหนือกรรมการคนอื่นได้ ดังนั้น การที่นาย ศ.ซึ่งเคยทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาดำเนินการทางวินัยและให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เข้าไปมีส่วนร่วมในการเป็นประธานการประชุมเพื่อพิจารณาเรื่องของผู้ฟ้องคดีในที่ประชุมของ ก .จ.จ. เชียงรายในทุกขั้นตอน ทั้งในการพิจารณาเสนอความเห็น การพิจารณาเห็นชอบสั่งลงโทษ และการวินิจฉัยยกอุทธรณ์ รวมทั้ง การให้ข้อมูล ความเห็น หรือการดำเนินการใดๆในลักษณะที่เป็นการปกป้องความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ ที่ตนเองได้เคยทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมมาก่อน กรณีจึงถือว่าการพิจารณาทางปกครองของคณะกรรมการดังกล่าวมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง หรือมีเหตุ แห่งความไม่เป็นกลางในเนื้อหาหรือโดยสภาพภายในของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่มีส่วนร่วมในการพิจารณา

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.795/2555.

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2553.

ทางปกครอง อันเป็นการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ชอบตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹¹⁰

(1.2.3) เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจาก การขัดกันของประโยชน์ได้เสียทางปกครอง เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองต้องเสนอความเห็นและวินิจฉัยสั่งการกรณีที่มีการตรวจสอบการกระทำที่ผ่านมาของตน¹¹¹ เป็นต้น

หลักความเป็นกลาง จึงเป็นหลักทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญในการป้องกันและคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระงับ เพื่อบังคับเจ้าหน้าที่ของรัฐนำเรื่องผลประโยชน์หรือความคิดเห็นหรืออคติส่วนตัวเข้าแทรกในการปฏิบัติหน้าที่ อันจะทำให้เสียความเป็นกลางและทำให้ข้อเท็จจริงที่ได้นั้นเปลี่ยนไป อันถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจอันจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ศาลปกครองสูงสุดยกเลิกเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบนั้นได้

(2) หลักการฟังคู่ความ¹¹²

หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ การวินิจฉัยหรือการพิพากษาคดีจะต้องเกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อให้ผู้ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาได้ค้นหาความจริงได้ในที่สุด สิ่งเหล่านี้จะเกิดขึ้นนั้นจะต้องมีกระบวนการที่เปิดโอกาสให้ทั้งสองฝ่ายเสนอข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ พยานหลักฐาน ความเห็นของคนที่เกี่ยวกับคดี ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ซึ่งถือว่าเป็นประธานของกระบวนการพิจารณา มิใช่เป็นเพียงกรรมหรือวัตถุที่ถูกกระทำในกระบวนการพิจารณา

หลักการฟังคู่ความนี้ เป็นการเปิดโอกาสให้กับให้ฝ่ายผู้ร้องและฝ่ายที่ถูกร้อง ในการแสวงหาข้อเท็จจริงอันเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายตนให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาในแต่ละขั้นตอน และเพื่อเป็นหลักประกันในความโปร่งใส หรือสร้างความเชื่อมั่น หรือเป็นหลักการเพื่อให้ทุกฝ่ายยอมรับในกระบวนการได้สวนและผลของการได้สวนอันอาจมีผลเป็นการกระทบสิทธิของตนได้ หลักดังกล่าวถือว่าเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานจากทุกฝ่าย อันเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานกระบวนการหนึ่ง และกระทำโดยเปิดเผย การให้ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาสามารถใช้สิทธิโต้แย้งเพื่อป้องกันตนเองจากข้อกล่าวหาต่างๆ โดยมีสิทธิเสนอข้อเท็จจริง เข้าถึงทุกพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์และจำเป็นต่อการป้องกันตนเอง ทั้งนี้รวมถึงการได้รับระยะเวลาที่เหมาะสมและเพียงพอ ต่อการเตรียมตัวเพื่อชี้แจงแสดงพยานหลักฐานด้วยเช่นกัน

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.245-246/2552.

¹¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.147/2552.

¹¹² คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป). เล่มเดิม (น 94).

(3) หลักการให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้อธิบายไว้ว่าหมายความว่าหมายถึง การรู้เหตุผลของคำสั่งทางปกครองทำให้ผู้กรณีใช้สิทธิอุทธรณ์ หรือนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เพราะทราบถึงเหตุแท้จริงว่าเจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองขึ้นเพราะเหตุใดและเหตุนั้นถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ และขัดกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอย่างไรหรือไม่ ซึ่งมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บังคับให้แสดงเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือด้วย¹¹³ อันเป็นการบังคับโดยผลของกฎหมายให้หน่วยงานทางปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติ หากไม่ปฏิบัติศาลปกครองย่อมบังคับให้ปฏิบัติตามได้

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยื่นขึ้นคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

- (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ
- (2) ข้อกฎหมายที่อ้างถึง
- (3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลยพินิจ

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่ง ทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น
- (2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก
- (3) เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32

(4) เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา หรือเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควร หากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

การที่ผู้บังคับบัญชาจะออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาในข้อหาคุณหมิ่นเหยียดหยามหรือกดขี่ข่มเหงราษฎรได้นั้นต้องทำคำสั่งเป็นหนังสือและให้เหตุผลประกอบด้วย เช่น ข้าราชการผู้นั้นได้กล่าวถ้อยคำใดต่อราษฎรคนใด ในวันใด เวลาใด ณ สถานที่ใด เหตุใดจึงถือว่าคำกล่าวนั้นเป็นคำกล่าวที่ดูหมิ่นเหยียดหยามราษฎร การที่กฎหมายบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเช่นนี้ ก็เพื่อที่ผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งจะได้ตรวจสอบได้

¹¹³ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. เล่มเดิม (น.269).

ว่าเหตุผลที่อ้างมานั้นทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายถูกต้องหรือไม่ ถ้าผู้นั้นเห็นว่าเหตุผลที่อ้างมานั้นไม่ถูกต้อง ก็จะได้ใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฟ้องศาลต่อไปได้ และการให้เหตุผลประกอบดังกล่าวทำให้ผู้อุทธรณ์ไม่หลงประเด็น เพราะในการพิจารณาวินัยหรือคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นมีรายละเอียดที่มากพอสมควรอันอาจทำให้ผู้ที่อุทธรณ์หลงประเด็นได้ และเป็นหลักประกันว่าการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นไม่ได้ออกคำสั่งโดยไม่มีเหตุผล ผู้ออกคำสั่งต้องมีเหตุผลแสดงให้ผู้รับคำสั่งลงโทษทราบเสมอ

กล่าวโดยสรุปคือ คำสั่งลงโทษทางวินัย ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ต้องยึดหลักการปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเคร่งครัด การพิจารณา ลงโทษทางวินัยต้องเกิดจากการกระทำทางปกครองที่โดยด้วยกฎหมาย รวมทั้งการอุทธรณ์คำสั่ง การลงโทษทางวินัยก็ต้องยึดหลักการดังกล่าว เพื่อเป็นหลักประกันให้กับผู้ที่ถูกกระทบสิทธิ จากคำสั่งทางปกครองนั้นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง