

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้ของรัฐและมาตรการบังคับทางปกครอง

การศึกษามาตรการบังคับทางปกครองในบทนี้ เป็นการศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ หลักเอกสิทธิ์ทางปกครอง หลักลำดับชั้นของกฎหมาย หลักของมาตรการบังคับทางปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักเกณฑ์การอุทธรณ์การจัดเก็บรายได้ของรัฐ ตลอดจนแนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองและหลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

2.1 หลักนิติรัฐ

นิติรัฐ หมายถึงรัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิ เสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้นรัฐประเภทนี้เป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเอง เพื่อประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชน เพราะถือว่าสิทธิ เสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิ ขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งมีคุณค่าสูงสุด⁴ โดยหลักนิติรัฐมีประวัติความเป็นมาและหลักการที่สำคัญ ดังนี้

2.1.1 ความเป็นมาของหลักนิติรัฐ

นิติรัฐ (Rechtsstaat) เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมันได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศออสเตรียและบางส่วนของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยในช่วงปี ค.ศ. 1762-1814 นักคิดที่สำคัญของเยอรมันคือ Johann Fichte ได้เสนอความคิดค่อนข้างชัดว่ากฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความยุติธรรมและรัฐต้องปกครองตามกฎหมาย โดยมีองค์กรอิสระที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐ อันถือได้ว่าเป็นการเสนอแนวคิดเรื่อง “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) แต่คำว่า “นิติรัฐ” อันเป็นที่นิยมในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการใช้ครั้งแรกโดย Carl Theodor Welcker ในหนังสือของเขาเมื่อปี ค.ศ. 1813 และต่อมามีการใช้โดย Baron von Aretin ใน ค.ศ. 1824 และโดย Robert von Mohl ใน ค.ศ. 1829 ความหมายในระยะแรกยังไม่ตรงกันนักแต่มีแนวโน้มไปในทางเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายแห่งเหตุผลโดยรัฐ

⁴ จาก นิติรัฐ นิติธรรม (น. 133), โดย สมยศ เชื้อไทย ก, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชนทุกคน อำนาจของรัฐจะมีขอบเขตจำกัดลงเมื่อเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนและจะต้องมีองค์กรที่เป็นกลางกำกับดูแลการที่รัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ในปี ค.ศ. 1856 Friedrich Julius Stahl เห็นว่า “นิติรัฐ” มีความหมายมากกว่าการปกครองโดยกฎหมาย แต่ต้องเป็นระบบการปกครองโดยกฎหมายที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนด้วย ในปี ค.ศ. 1864 Otto Bähr และในปี ค.ศ. 1868 Otto von Gierke เห็นว่ารัฐมีสภาพเหมือนกันสหกรณ์ขนาดใหญ่ที่ทำเพื่อประโยชน์ของสมาชิกมิใช่สถาบันของชนชั้นปกครองของผู้ปกครองรัฐที่จะใช้อำนาจกับผู้อยู่ในอำนาจปกครององค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกับองค์กรในสหกรณ์ที่ต้องทำตามกฎระเบียบของสหกรณ์ และเห็นว่าในนิติรัฐจะต้องให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยศาลนี้จะต้องเป็นศาลยุติธรรมทั่วไปตามปกติ แต่ในปี ค.ศ. 1869 Rudolf von Gneist ซึ่งเคยเข้ามาศึกษาระบบการปกครองของอังกฤษกับเห็นว่ารัฐเป็นองค์กรปกครองตนเอง (Self-government) และเป็นการปกครองที่ต้องเป็นไปตามกฎหมายโดยมีขอบเขตอำนาจจำกัดตามที่กฎหมายกำหนด แต่เห็นว่าควรมีระบบศาลปกครองที่เป็นอิสระคนละระบบกับศาลยุติธรรม โดยเห็นว่าศาลยุติธรรมจะควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ไม่ดีเพียงพอ ในปี ค.ศ. 1895 Otto Mayer สรุปว่า นิติรัฐคือรัฐที่มีระบบกฎหมายปกครองที่ดีพร้อมและในปี ค.ศ. 1919 Gerhard Anschütz สรุปว่าโดยหลักนิติรัฐ การที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจแทรกแซงเสรีภาพของเอกชนจะกระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมายไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งจะต้องมีฐานทางกฎหมายให้ใช้อำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นได้ หลักนิติรัฐในช่วงต้นนี้ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้สรุปไว้ว่ามีหลักสำคัญ 3 ประการ คือ (1) กฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่เหนือสิ่งอื่นใดในการปกครองประเทศ (2) ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐมีจำกัดไว้แน่นอน และ (3) ศาลมีอิสระในการพิจารณาและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการปกครอง⁵

2.1.2 หลักการที่สำคัญของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ มีเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยประกอบไปด้วยหลักการย่อยที่สำคัญ ได้แก่ หลักการแย่งแยกอำนาจ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2.1.2.1 หลักแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกัน

⁵ จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น. 14-15), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

เป็นผู้ใช้เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐ จะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ⁶ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and Balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดหรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดและดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจซึ่งจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอยู่ภายใต้อำนาจอื่น โดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ⁷

2.1.2.2 หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์แต่ละคน ซึ่งไม่มีใครสามารถพรากจากมนุษย์แต่ละคนได้ เป็นสิทธิของมนุษย์เอง มิใช่สิทธิที่รัฐมอบให้ สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานที่อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชนทั่วไปและสิทธิพลเมือง สิทธิมนุษยชนทั่วไปเป็นสิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพ ในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา สิทธิเสรีภาพในอันที่จะแสดงความคิดเห็น ส่วนสิทธิพลเมืองนั้นหมายถึงสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐอัน ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะรวมตัวกันเป็นกลุ่มเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง รวมตลอดถึงสิทธิเสรีภาพในอันที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครเข้ารับเลือกตั้ง เป็นต้น⁸

โดยหลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกัสิทธิในเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค สิทธิทั้งสองประเภทดังกล่าวข้างต้น ถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะ

⁶ จาก นิติรัฐ นิติธรรม (น. 326), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 25-26), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญชน.

⁸ นิติรัฐ นิติธรรม (น. 133). เล่มเดิม.

พัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้นเพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับรองความคุ้มครองนอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วได้มีการบัญญัติหลักการต่าง ๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมิผลบงคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ และหลักประกันที่สำคัญคือหลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคลเพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลาย จะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐเพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล⁹

2.1.2.3 ความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ตามหลักนี้การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หมายความว่าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามหลักการนี้ ทำให้ฝ่ายบริหารผูกต่อกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กฎหมาย¹⁰ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือหลักความมาก่อนของกฎหมาย และหลักเงื่อนไขกฎหมาย

⁹ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 26-27). เล่มเดิม.

¹⁰ นิติรัฐ นิติธรรม (น. 136). เล่มเดิม.

1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูป บทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้นการกระทำของรัฐรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้นหากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย หลักเงื่อนไขของกฎหมายเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว¹¹ หลักเงื่อนไขของกฎหมายหรือหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจในต่างประเทศมีการถือหลักการนี้เคร่งครัดแตกต่างกันไป แต่ระบบกฎหมายในประเทศไทยนั้นเมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจย่อมมีความหมายว่า มาตรการใด ๆ ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระก้ำวล่วงเข้าแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎรจำเป็นที่จะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว แต่มาตรการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎรและไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการได้ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้จะต้องมีรากฐานความชอบธรรมในทางกฎหมายอันเป็นผลมาจากการกำหนดคกฏเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย¹²

2.1.2.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาเป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นไปตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังและหลักความได้สัดส่วน¹³

1) หลักความแน่นอนของกฎหมาย

หลักความแน่นอนของกฎหมายมีที่มาจากแนวคิดที่ว่าลำพังแต่การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำการต่าง ๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครอง

¹¹ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 28-29). เล่มเดิม.

¹² จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 31), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹³ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 29). เล่มเดิม.

สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงได้เรียกร้องว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้นกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้¹⁴ จึงทำให้เกิดหลักความแน่นอนของกฎหมายอันเป็นหลักการที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย ซึ่งหลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักที่เรียกร้องว่าการบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากเขาจะกระทำการอันใดอันหนึ่งและกฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอย่างใดบ้างจากข้อเรียกร้องดังกล่าวนี้เอง บุคคลจึงสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายและทำให้เกิดความแน่ใจว่าการกระทำของตนจะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย

2) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง

หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นหลักการที่เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว การมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย หรือเรียกว่าการมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย กรณีนี้ได้แก่กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้วและกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว เช่น การเพิ่มอัตราเบี้ยบานาญโดยให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ย่อมหมายความว่าผู้รับบานาญย่อมมีสิทธิได้รับเงินบานาญเพิ่มขึ้นในช่วงเวลาที่ผ่านพ้นไปแล้วตามที่กฎหมายนั้นให้มีผลย้อนหลังไปถึง และกรณีที่สอง คือการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ หมายถึงกรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีต แต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมิได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต เช่น ในกรณีของการเพิ่มอัตราเบี้ยบานาญสำหรับผู้มีสิทธิรับบานาญโดยให้มีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ในกรณีนี้จะให้มีผลนับจากวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับไปในอนาคต¹⁵

3) หลักความได้สัดส่วน

หลักนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐนั้นรัฐไม่อาจใช้มาตรการใด ๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ โดยการบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะพอประมาณด้วย ดังนั้นแม้ว่าระบบกฎหมายจะมอบเครื่องมือหรือ

¹⁴ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 327). เล่มเดิม.

¹⁵ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 28-29). เล่มเดิม.

มาตรการทางกฎหมายให้องค์กรของรัฐดำเนินการ แต่หากใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือวัตถุประสงค์นั้นอาจบรรลุได้เพียงแต่ใช้เครื่องมือหรือมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่า หรือแม้ในที่สุดไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่าแต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่าทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรงต้องเสียหายเกินกว่าที่จะคาดหมายจากบุคคลนั้นไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะที่จะได้รับการใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ในนิติรัฐ¹⁶

สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนมีหลักที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 3 หลักคือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้¹⁷

(1) หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หมายถึงมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

(2) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) หมายถึงมาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้นหากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (Zweck) และวิธีการ (Mittel) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าว กับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

¹⁶ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 328-329). เล่มเดิม.

¹⁷ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 28-29). เล่มเดิม.

2.1.2.5 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นส่วนยอดสุดของหลักนิติรัฐหรือเป็นมงกุฎของหลักนิติรัฐ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้นและหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดว่าเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐนั้นเป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นการทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้นเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นความแตกต่างกันในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปกับนิติรัฐของประเทศอังกฤษ ในขณะที่ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หลักนิติรัฐในประเทศอังกฤษจึงมิได้เรียกร้องจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดผลที่ตามมาก็คือการกระทำของบรรดาสถาบันการเมืองต่าง ๆ ที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะมีการกระทำใด ๆ ที่ไปขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งถ้าหากการกระทำของสถาบันเหล่านี้ไปขัดหรือแย้งเข้า ก็ถือว่าเป็นอันใช้บังคับมิได้¹⁸

ดังนั้น จึงพอสรุปได้ว่าหลักนิติรัฐ คือรัฐที่ปกครองภายใต้กฎหมายที่เป็นธรรมและขณะเดียวกันก็มุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ไม่ว่าจะพิจารณาหลักการย่อยของนิติรัฐหลักการใด ก็จะพบว่าทุกหลักการล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เดียวกันคือมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งจะต้องมีองค์กรตุลาการในการทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐและหากมีความผิดพลาดเสียหายเกิดขึ้นรัฐจะต้องดำเนินการเยียวยาแก้ไขโดยรัฐต้องให้ความคุ้มครองไว้ในกฎหมายสูงสุด นั่นคือรัฐธรรมนูญ

2.2 หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการดำเนินการกิจของรัฐ ทั้งที่เป็นบริการสาธารณะทางปกครองและที่มิใช่ทางปกครอง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ รัฐจำเป็นต้องใช้อำนาจพิเศษบางประการที่เหนือกว่า เพื่อการบังคับการหรือการดำเนินงาน อำนาจพิเศษนี้อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “เอกสิทธิ์” (Privilege) ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “เอกสิทธิ์เป็นสิทธิพิเศษเฉพาะบุคคลบางคน หรือบุคคลบางประเภทที่มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่ทำให้ผู้นั้นมีความชอบธรรมที่จะอ้างเพื่อแสวงประโยชน์ หรืออ้างเพื่อยืนยัน

¹⁸ จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 72-73), โดย พรชัย เลื่อนฉวี, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ผลประโยชน์บางประการเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ”¹⁹ ในทางกฎหมายปกครองเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Privilege of the Administration) หมายความว่า “สิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่จะกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครองในฐานะที่ผู้ปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ”²⁰

2.2.1 บ่อเกิดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

หากได้ศึกษาถึงประวัติศาสตร์ความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศทั่วโลก อาจกล่าวได้ว่าทุกประเทศไม่ว่าจะมีการปกครองในระบอบการปกครองใดล้วนแล้วแต่จะให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองในการมีอำนาจบังคับการเหนือเอกชน ส่วนจะมีเอกสิทธิ์มากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้น ๆ มีการปกครองระบอบใด แบบประชาธิปไตยหรือแบบสังคมนิยม ซึ่งจะสอดคล้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเพราะการมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองมากเพียงใดจะหมายถึงการมีอำนาจในการจำกัดสิทธิของเอกชนหรือเข้าแทรกแซงการดำเนินกิจกรรมของเอกชนมากขึ้นอีกนัยหนึ่งด้วย ดังนั้น ในรัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยและมีรูปแบบของรัฐเป็นแบบระบบนิติรัฐ (Legal State) ซึ่งเป็นรัฐประเทศที่ใช้กฎหมายควบคุมทั้งองค์กรรัฐและประชาชน โดยมีหลักอยู่ว่าเอกชนย่อมมีอำนาจกระทำการใด ๆ ได้ หากการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการล่วงละเมิด หรือรุกรานการใช้สิทธิของบุคคลอื่น และ/หรือการกระทำนั้นกฎหมายมิได้บัญญัติห้ามมิให้กระทำ ส่วนฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะโดยทั่วไป เพียงเท่าที่มีกฎหมายเหนือกว่าเอกชนเป็นธรรมดาอยู่แล้ว หากแต่มีข้อจำกัดการกระทำทางปกครองไว้เฉพาะเพียงเท่าที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจกระทำการไว้เท่านั้น ดังนั้นถึงแม้จะมีหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย แต่กฎหมายมีความจำเป็นต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองได้รับเอกสิทธิ์ในบางกรณีเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการบริการสาธารณะ อันถือได้ว่าเป็นจุดประสงค์หลักสำหรับที่มาหรือบ่อเกิดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองพิจารณาได้ดังต่อไปนี้²¹

2.2.1.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายกำหนดถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้เป็นพิเศษต่างจากเอกชน เป็นอำนาจที่โดยทั่วไปเอกชนจะไม่สามารถกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนความสมัครใจของอีกบุคคลหนึ่งได้ การบังคับการในปัญหาข้อโต้แย้งต่าง ๆ จะกระทำได้ก็แต่โดยให้

¹⁹ จาก *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (น. 88), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2525, กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.

²⁰ จาก *เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย* (น. 19), โดย ไพฑูริย์ เอกจริยกร, 2526, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²¹ แหล่งเดิม. (น. 22-23).

องค์กรตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ๆ เอกชนหาอาจบังคับต่อกันได้โดยลำพังไม่เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจเฉพาะเรื่อง เฉพาะกรณีไป ในขณะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเด็ดขาดในการออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน และสามารถใช้อำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการหรือยินยอมให้ฝ่ายปกครองใช้กำลังบังคับได้ทันที โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลก่อนเพื่อที่จะจัดทำบริการสาธารณะนั้น ๆ เป็นไปโดยฉับพลัน ไม่หยุดชะงักและไม่เสียหายต่อส่วนรวม²² ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด เช่น อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการล็อคล้อรถที่จอดกีดขวางการจราจร อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งซึ่งต่อเนื่องกับอาคารทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเพื่อมิให้เป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือให้ถูกต้องด้วยสุขลักษณะ เป็นต้น ซึ่งเป็นสิ่งที่เห็นได้ว่าจำเป็นต้องให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจ หรือฝ่ายปกครองผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติอื่นในการดำเนินการตามสมควร โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากศาลในการใช้กำลังบังคับ ซึ่งอาจทำให้เจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติหน้าที่ได้รับอันตรายหรือเกิดความเสียหายต่อส่วนรวมได้

2.2.1.2 คำพิพากษาของศาล

แม้ว่าในบางกรณีจะไม่มีกฎหมายกำหนดถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ แต่ตามพฤติการณ์ที่ควรจะเป็นแล้วฝ่ายปกครองควรได้รับเอกสิทธิ์ และศาลได้วางหลักให้ฝ่ายปกครองนั้นได้รับเอกสิทธิ์เมื่อมีคดีอื่นฟ้องร้องเกี่ยวเนื่องด้วยการมีเอกสิทธิ์ดังกล่าว ผู้พิพากษาในคดีหลังได้มีคำพิพากษาคัดสินคดีไปตามแนวคำพิพากษาคดีเดิมที่ได้วางหลักไว้ และตัดสินตามแนวทางเดียวกันมาโดยตลอด ทำให้เกิดหลักกฎหมายว่าฝ่ายปกครองได้รับเอกสิทธิ์ในเรื่องนั้น ๆ ดังตัวอย่างของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

2.2.1.3 หลักกฎหมายทั่วไป

เป็นหลักสำคัญซึ่งผู้พิพากษานำมาใช้เมื่อไม่ปรากฏว่ามีกฎหมาย (Positive Law) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้ศาลสามารถที่จะอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยคดีโดยเห็นว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้นมีอยู่ หรือควรจะมี

2.2.2 จุดประสงค์ของการให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์

ด้วยเหตุผลในการดำเนินบริการสาธารณะ จึงจำเป็นต้องให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งการให้ความคุ้มครองที่ไม่ต้องถูกฟ้องร้องใด ๆ ต่อศาลได้ ซึ่งอาจสรุปถึงจุดประสงค์โดยทั่วไปของการให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ได้ดังต่อไปนี้

²² จาก การควบคุมอำนาจในการออกคำสั่งของเจ้าพนักงานตำรวจในขณะที่ยังไม่มีศาลปกครอง (น. 25), โดย เมธา วาติเจริญ, 2537, กรุงเทพฯ: สุตรไฟศาล.

2.2.2.1 เพื่อให้สามารถดำเนินการบริการสาธารณะไปอย่างต่อเนื่อง

2.2.2.2 เพื่อความรวดเร็วในการบริการสาธารณะให้ทันต่อเหตุการณ์ ซึ่งจะส่งผลให้สามารถป้องกัน แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดได้อย่างทันทั่วทั้งที่ ก่อให้เกิดความสงบสุขแก่ชุมชน

2.2.2.3 เพื่อความมั่นคงและความปลอดภัยของสังคม เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน มิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย

2.2.2.4 เพื่อความเหมาะสมกับสภาพของสังคมในขณะนั้น เนื่องจากในปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากทั้งต่อสังคมและเศรษฐกิจ รัฐจึงจำเป็นต้องสร้างกลไกในการควบคุมหรือส่งเสริมกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชนให้มีประสิทธิภาพทัดเทียมกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งจะส่งผลให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคมส่วนรวม

2.2.2.5 เพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินการบริการสาธารณะ ในบางกรณีฝ่ายปกครองจึงต้องมีอำนาจในการออกคำสั่งและบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นได้ หรือการที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมโดยมิได้วางกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดตายตัวในการปฏิบัติ ซึ่งความเคร่งครัดในการออกคำสั่งและบังคับการจนเกินไปอาจถูกต่อต้านนำไปสู่ความไม่สามารถบรรลุผลการดำเนินการบริการสาธารณะได้

2.2.3 ประเภทของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ศ.ดร. อิศระ นิธิพันธุ์ประกาศ ได้อธิบายถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส ดังต่อไปนี้²³

2.2.3.1 ฝ่ายปกครองอาจกระทำการโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลได้ เช่น การออกคำสั่งบังคับฝ่ายเดียว การเรียกเก็บภาษี การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การจับกุมคุมขัง ตรวจค้น เป็นต้น อำนาจพิเศษเหล่านี้กฎหมายต้องบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งเพื่อป้องกันการโต้แย้ง ต่อต้านและยังต้องกำหนดบทลงโทษเพื่อให้การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างสะดวกยิ่งขึ้น บทลงโทษดังกล่าวเป็นผลเนื่องจากเอกชนผู้รับคำสั่งฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามหรือขัดขวางการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองผู้กระทำความผิดหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย

2.2.3.2 กฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่า การกระทำโดยแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องเกี่ยวข้องกับสัมพันธภาพการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอยู่เสมอ จึงจำเป็นต้องสร้างหลักประกันให้กับ

²³ จาก เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส: กฎหมายมหาชน (น. 29-35), โดย อิศระ นิธิพันธุ์ประกาศ, 2531, กรุงเทพฯ: เจริญผล.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ให้เสียเปรียบ หรือถูกกลั่นแกล้งในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสรับรองว่าคำสั่งหรือการกระทำในทางกฎหมายโดยแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่ต้องปฏิบัติตามทันที ซึ่งหากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นต้องฟ้องศาลขอให้พิจารณาว่าคำสั่งนั้น ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุใด โดยที่การฟ้องคดีต่อศาลนั้น หากได้ทำให้มีการพักการปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายปกครองแต่อย่างใดไม่

2.2.3.3 ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่ง หรือการกระทำโดยแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองได้โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของศาล ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองบางกรณีที่เป็นไปเพื่อการป้องกัน แก้ไขเยียวยาปัญหา ซึ่งหากไม่รีบดำเนินการแล้วจะยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือต่อสังคมส่วนรวม ดังนั้นกฎหมายจึงต้องกำหนดมาตรการบังคับให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้เองโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล หรือไม่ต้องการขอให้ศาลวินิจฉัยพิพากษาอันเป็นการเน้นย้ำเกินกว่าจะแก้ไขเยียวยา

2.2.3.4 ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ กล่าวคือมีความแตกต่างจากทรัพย์สินของเอกชน ในแง่ที่ว่าทรัพย์สินของฝ่ายปกครองถือว่าเป็นสาธารณสมบัติของรัฐหรือของแผ่นดิน จึงไม่อาจโอนได้โดยวิธีใด ๆ และไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายเรื่องอายุความ นอกจากนี้ ตามกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส การเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชำระหนี้มีอายุความเพียง 4 ปี

2.2.4 ข้อจำกัดในการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองย่อมมีข้อจำกัดในการใช้เอกสิทธิ์ โดยมีที่มาจากหลายเหตุปัจจัยด้วยกัน กล่าวคือ²⁴

2.2.4.1 การอ้างเอกสิทธิ์นั้น หากพิจารณาอีกนัยหนึ่งจะพบว่าจริง ๆ แล้วก็คือการอ้างเอกสิทธิ์เพื่อปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินไปตามที่กฎหมายมอบหมายให้ ทั้งในแง่แบบพิธีและในแง่เนื้อหา

2.2.4.2 การอ้างเอกสิทธิ์นั้น สามารถถูกตรวจสอบได้โดยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองอันมีศาลปกครองเป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่ดำเนินการกระบวนการพิจารณา ซึ่งจากการนี้กล่าวได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้แก่บุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการอ้างเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองสามารถเข้าดำเนินการฟ้องร้องเพื่อให้ได้รับการเยียวยาทางศาลต่อไปในที่สุด

²⁴ จาก “ฝ่ายปกครองและเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองตามแนวคิดกฎหมายปกครองฝรั่งเศส,” โดย เจตน์ สดวารสีลพร, 2551, จดหมายข่าว สำนักงานศาลปกครอง, 8(1), น. 6. สำนักงานศาลปกครอง.

2.2.4.3 การอ้างเอกสิทธิ์นั้น หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ฝ่ายปกครองจึงต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้เสมือนเป็นการลงโทษ ฝ่ายปกครองจากความผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน และเป็นการเยียวยาความเสียหายแก่เอกชน

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างต่อเนื่อง และไม่ต้องถูกโต้แย้งคัดค้านจากประชาชน รวมถึงการให้ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย สามารถบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายบัญญัติ จึงเป็นเหตุผลที่ต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์บางประการ ที่สำคัญคือสามารถกระทำการโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคืออำนาจทั่วไปของฝ่ายปกครองที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยกฎหมายแต่ละฉบับจะบัญญัติให้ฝ่ายบริหารผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแลหรือกำกับดูแลและเจ้าพนักงานซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ จากนั้นจะได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ทั่วไปของรัฐมนตรีผู้กำกับดูแล หรือควบคุมดูแล และเจ้าพนักงาน ผู้ปฏิบัติการว่าสามารถใช้อำนาจกระทำการอะไรได้บ้างภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อกำหนดในรายละเอียดที่กฎหมายแม่บทได้วางแนวทางด้านนโยบายหลักกว้าง ๆ ไว้ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายในแต่ละท้องถิ่น หรืออำนาจของฝ่ายปกครองในการอนุญาต ไม่อนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งเป็นอำนาจที่มีไว้เพื่อควบคุมมาตรฐานการประกอบกิจการ หรือการกระทำบางประเภทของเอกชนที่อาจส่งผลกระทบต่อความเสียหายแก่ส่วนรวมได้ หรืออำนาจในการจัดการต่าง ๆ อาทิ ฝ่ายปกครองสามารถเข้าไปในเคหสถานของเอกชนเพื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ การเรียกเอกชนมาให้ถ้อยคำหรือชี้แจงข้อเท็จจริง การตรวจค้น ฯลฯ จะสังเกตได้ว่าอำนาจต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้นี้นอกจากเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการบริการสาธารณะได้โดยสะดวกแล้ว ยังเป็นเอกสิทธิ์ที่เอกชนด้วยตนเองไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่จะมีเหตุที่กฎหมายให้อำนาจหรือต้องขออำนาจจากศาลก่อนซึ่งดำเนินไปในลักษณะที่จำกัดอย่างมาก

เอกสิทธิ์ที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองนี้ กรณีหากถูกโต้แย้งขัดขวางไม่ปฏิบัติตามจากประชาชน กฎหมายยังให้ความคุ้มครองการกระทำของฝ่ายปกครองไว้อีกด้วย ดังปรากฏในเรื่องบทกำหนดโทษ ที่กฎหมายแต่ละฉบับได้บัญญัติไว้ในกรณีมีผู้ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือขัดขวางไม่ให้ความร่วมมือในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งความหนักเบาของโทษจะแตกต่างกันไป นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญายังบัญญัติถึงความรับผิดชอบต่อเจ้าพนักงานไว้²⁵ ซึ่งการบังคับหรือ

²⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 136-146.

การลงโทษกับผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือขัดขวางการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองนั้น โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองไม่อาจลงโทษผู้กระทำผิดได้ในทันที หากแต่ต้องนำเรื่องเสนอต่อศาล เพื่อให้พิจารณามีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ผู้ฝ่าฝืนนั้นปฏิบัติตามหรือได้รับการลงโทษอันเป็น ขั้นตอนที่ยุ่งยาก แต่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาได้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินบริการสาธารณะบางประเภทที่หากปล่อยให้ความเสียหายดำเนินอยู่ต่อไประหว่าง ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล จะส่งผลกระทบต่อความเสียหายของประโยชน์มหาชนเป็นอย่างมาก และเป็นการขัดขวางอย่างรุนแรงในการจัดทำบริการสาธารณะ กฎหมายจึงได้บัญญัติถึง อำนาจพิเศษอีกประเภทหนึ่งคือ อำนาจบังคับการฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของศาล ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเล็งเห็นแล้วว่า มีความจำเป็นอย่างมากที่ฝ่ายปกครองต้องสามารถบังคับ การได้ในบางกรณีด้วยเหตุผลและความจำเป็นต่าง ๆ นั้นจะมีความเหมาะสมเพียงใด ขณะเดียวกัน สามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจบังคับการของฝ่ายปกครองได้หรือไม่ เพียงใดนั้นเป็นสิ่งที่ มีความสำคัญอย่างมาก เพราะมิใช่เพียงแต่การกล่าวอ้างความจำเป็นของการมีเอกสิทธิ์ต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อการดำเนินกิจการบริการสาธารณะแต่เพียงอย่างเดียว สิ่งที่ต้องตระหนักอยู่ เสมอคือมาตรการบังคับต่าง ๆ ที่กฎหมายให้อำนาจนั้นย่อมต้องก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของเอกชนทั้ง ทางร่างกายและทรัพย์สิน ตลอดจนการจำกัดสิทธิอันพึงมีพึงได้ของเอกชน การบังคับการหลาย มาตรการมีความใกล้เคียงอย่างมากกับสภาพบังคับทางแพ่งและสภาพบังคับในทางอาญา ซึ่งต้อง ผ่านกระบวนการกลั่นกรองพิสูจน์ความถูกต้องจากองค์กรตุลาการก่อนเสมอ ดังนั้น กระบวนการ ก่อนการบังคับการ การควบคุมการใช้อำนาจบังคับการ ตลอดจนการเยียวยาความเสียหายจึงเป็นสิ่งที่ เพิกเฉยมิได้ที่จะตรวจสอบความชอบของการใช้มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองว่ามีความ เหมาะสมหรือไม่ เพียงใด มาตรการใดควรเพิ่ม มาตรการใดควรปรับแก้ หรือควรยกเลิกการใช้ มาตรการใด มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่าการศึกษาถึงกระบวนการบังคับการโดยทั่วไปของฝ่าย ปกครองซึ่งจะได้มีการศึกษาถึงรายละเอียดต่อไป

2.3 ลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Hierarchy of Law)

จากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักการย่อยที่สำคัญประการ หนึ่งของหลักนิติรัฐ ได้ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของระบบกฎหมาย ซึ่งย่อมแสดง ให้เห็นว่ากฎหมายย่อมมีลำดับศักดิ์ไม่เท่ากัน ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการใช้มาตรการบังคับ ทางปกครองให้สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ผู้เขียนจึงขอก้าวถึงแนวความคิดในการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายของไทยและผลของการ จัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายดังต่อไปนี้

2.3.1 แนวคิดในการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย

หลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายมหาชนที่สำคัญประการหนึ่งก็คือหลักการเคารพลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าในระบบกฎหมายมหาชนนั้นมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับทุกคน โดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเหล่านี้นี้อาจออกโดยประชาชนในฐานะที่เป็นองค์กรปิตุธิ์ ออกโดยรัฐสภา ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง หรือออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ได้ และในระหว่างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเหล่านี้ด้วยตนเอง ก็มีลำดับชั้นของมัน โดยเป็นไปตามหลักการที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะสูงกว่ารัฐบัญญัติ และรัฐบัญญัติย่อมมีฐานะสูงกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง²⁶ ซึ่งแนวคิดในการจัดลำดับศักดิ์ของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย มีความหมายว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดประกอบอยู่ในรูปแบบของพีรามิดตั้งแต่ยอดสูงสุดของพีรามิดลงมาถึงฐานของ พีรามิดและมีการจัดลำดับชั้นแบ่งตามชั้นลงมาโดยลำดับชั้นต่ำกว่าต้องไม่ขัดหรือแย้งลำดับชั้นสูงกว่า แนวคิดดังกล่าวได้สร้างการจัดลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของรัฐขึ้น ซึ่งก็มีความหมายว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่อยู่ต่ำกว่าจะไปขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่สูงกว่าไม่ได้²⁷

2.3.2 ลำดับชั้นของกฎหมายไทย

กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบด้วยกันขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายนั้นใครเป็นผู้ตราขึ้นมา แต่กฎหมายแต่ละรูปแบบนั้นหาได้มีค่าบังคับเท่ากันไม่ ตรงกันข้ามกลับมีค่าบังคับสูงต่ำที่แตกต่างกัน ที่ว่าลำดับชั้นของกฎหมายจึงหมายถึงลำดับชั้นแห่งค่าบังคับของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าไม่ได้²⁸ ซึ่งหากจะจัดประเภทของกฎหมายตามค่าบังคับของกฎหมายแล้วก็อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท โดยประเภทแรก คือกฎหมายลำดับต้นหรือกฎหมายแม่บท อันได้แก่รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด ประเภทที่สองคือ กฎหมายลำดับรอง อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ เป็นต้น

²⁶ จาก กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ (น. 267), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์ ก, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁷ จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย (น. 283), โดย เกรียงศักดิ์ เจริญธนาวัฒน์, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁸ จาก ความรู้กฎหมายทั่วไป (น. 82), โดย สมยศ เชื้อไทย ข, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สำหรับกฎหมายลำดับรองเป็นพื้นฐานของทฤษฎีการปกครองว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจโดยได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างที่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภาและกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจให้บัญญัติกฎหมายจากกฎหมายของรัฐสภา โดยอธิบายว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภามีสถานะเป็นกฎหมายลำดับต้นและกฎหมายที่บัญญัติโดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ดังนั้นกฎหมายลำดับรองจึงเป็นกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายลำดับต้น และไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับต้นได้ โดยหลักในการออกกฎหมายลำดับรองของประเทศไทยเท่าที่ถือปฏิบัติอยู่มี 3 ประการดังนี้²⁹

(1) ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองได้ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บท เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติให้อำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โดยเนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

(2) กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองจะถูกลงโทษตามกฎหมายแม่บท

(3) กฎหมายลำดับรองจะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎหมายต่อไปอีกช่วงไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับเพื่อปฏิบัติการในข้อปลีกย่อย

ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย ตามที่กล่าวข้างต้นนั้น มีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบซึ่งแต่ละรูปแบบมีค่าบังคับสูงต่ำที่แตกต่างกัน ตามลำดับชั้นของกฎหมายซึ่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าไม่ได้ ซึ่งประเภทของกฎหมายต่าง ๆ นั้น อาจบัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และองค์กรอิสระโดยมีลำดับชั้นของกฎหมายที่สำคัญดังนี้

2.3.2.1 รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นแม่บทของกฎหมายทั้งหลาย ดังนั้น กฎหมายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็น กฎ หรือข้อบังคับจะออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ซึ่งผลของบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็จะใช้บังคับมิได้³⁰ โดยรัฐธรรมนูญนั้นอาจออกโดยอานาจนิติบัญญัติหรือออกโดยอำนาจพิเศษ เช่น อำนาจปฏิวัติก็ได้ และรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะร่างในสภานิติบัญญัติ หรือจะตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นโดยเฉพาะก็ได้ รัฐธรรมนูญเป็นบทกฎหมายที่มีอำนาจบังคับสูงสุดและเป็นแม่บทที่ให้อำนาจในการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลาย รัฐธรรมนูญเป็นที่มาส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครอง เพราะรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่

²⁹ จาก “กฎหมายลำดับรอง,” โดย ยุทธพงศ์ ฐิริเสถียร, 2544, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 20(2), น. 50-52. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 6.

สำคัญ ๆ อันเกี่ยวกับฝ่ายบริหารหลายประการ เช่น กำหนดความผูกพันของฝ่ายบริหารที่จะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้นว่า ต้องกำหนดนโยบายให้เป็นไปตามแนวนโยบายแห่งรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ต้องตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ นอกจากนี้ยังกำหนดวิธีการแต่งตั้งและอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ซึ่งเป็นทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองรวมทั้งการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของพลเมือง ซึ่งเป็นผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง³¹

2.3.2.2 พระราชบัญญัติ เป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา มาจากการเสนอโดยคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือประชาชนในการตราพระราชบัญญัตินั้นโดยทั่วไปสามารถกำหนดเรื่องต่าง ๆ ตามหลักการที่ประสงค์จะให้มียุทธบังคับในสังคมได้ทุกเรื่อง แต่มีข้อจำกัดเพียงแต่ต้องไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญและไม่ควรขัดแย้งกับบทกฎหมายอื่น ๆ เว้นแต่ต้องการให้เป็นกฎหมายเฉพาะยกเว้นกฎหมายที่มีอยู่แล้ว³²

ตามหลักกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายที่ต้องตราเป็นพระราชบัญญัตินั้นก็ได้แก่บทกฎหมายที่วางระเบียบบังคับเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เช่นบทกฎหมายที่กำหนดลักษณะแห่งการกระทำที่เป็นความผิดอาญาและมีการกำหนดโทษบทกฎหมายที่เรียกเก็บภาษีอากร บทกฎหมายที่กำหนดระบบการใช้เสรีภาพของประชาชน เป็นต้น การออกกฎหมายในเรื่องเหล่านี้จึงไม่อาจมอบหมายให้แก่ฝ่ายบริหารได้ แต่จะต้องสงวนไว้เป็นอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่แสดงเจตนาของประชาชนซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนที่จะให้ความยินยอมเห็นชอบในการที่จะออกกฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพ หรือกำหนดภาระหน้าที่ของพลเมือง ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนที่จะให้ความยินยอมเห็นชอบในการที่จะออกกฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิ เสรีภาพ หรือกำหนดภาระหน้าที่ของพลเมือง เพราะว่าในระบอบประชาธิปไตยถือว่าประชาชนปกครองตนเอง การที่จะออกกฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพ หรือหน้าที่ของพลเมืองอย่างใดนั้นจึงต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยทางผู้แทนของประชาชนซึ่งเป็นสมาชิกของสภานิติบัญญัติ³³

³¹ จาก คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 82), โดย ประชุม กาญจนกุล, 2533, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์.

³² จาก กระบวนการนิติบัญญัติ, โดย กองร่างกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2544, วารสารกฎหมายปกครอง, 20(1), น. 4. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

³³ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 83-84). เล่มเดิม.

2.3.2.3 พระราชกำหนด เป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการตราให้แก่ฝ่ายบริหาร คือคณะรัฐมนตรีเมื่อเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ โดยใช้เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ³⁴ หรือในระหว่างสมัยประชุมถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้³⁵ เมื่อได้ประกาศใช้พระราชกำหนดแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา โดยไม่ชักช้าหรือในกรณีที่ตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับการภาษีอากรหรือเงินตราในระหว่างสมัยประชุม ก็ต้องนำเสนอสภาผู้แทนราษฎร ภายในสามวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยื่นขึ้นการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดพระราชกำหนดนั้นก็ตกไป แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น³⁶

การให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะออกพระราชกำหนดซึ่งมีผลบังคับเท่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นการมอบหมายให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ในกรณีจำเป็น ทั้งนี้ก็เนื่องจากเหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจทำหน้าที่ออกกฎหมายให้ทันเหตุการณ์ได้เสมอไป เช่นเมื่อสถานการณ์นิติบัญญัติไม่อยู่ในสมัยประชุมหรือถูกยุบ โดยลักษณะสำคัญของพระราชกำหนด มีดังนี้³⁷

1) พระราชกำหนดออกโดยอาศัยอำนาจบริหาร ไม่ใช่โดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติ ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องได้รับอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นที่สุด เพราะการออกพระราชกำหนดนั้นเป็นการมอบหมายอำนาจให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ชั่วคราวในกรณีจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาได้อีกขั้นหนึ่งว่าเป็นการสมควรที่จะออกพระราชกำหนดนั้นหรือไม่ในขั้นการพิจารณาอนุมัติ ถ้าเห็นว่าเป็นการไม่สมควรก็มีอำนาจลงมติไม่อนุมัติอันเป็นผลให้พระราชกำหนดนั้นตกไป

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 184.

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 186.

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 184 วรรคสาม.

³⁷ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 90). เล่มเดิม.

2) พระราชกำหนดมีฐานะเท่ากับพระราชบัญญัติในระหว่างที่ใช้บังคับและเมื่อได้รับอนุมัติจากสภานิติบัญญัติแล้วก็มีฐานะเท่ากับพระราชบัญญัติ ด้วยเหตุนี้พระราชกำหนดจึงอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกพระราชบัญญัติได้ และจะบัญญัติในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติก็ได้

3) พระราชกำหนดนั้นจะออกได้แต่เฉพาะในกรณีพิเศษตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ดังกล่าวข้างต้น ถ้าไม่เข้ากรณีเช่นนั้นจะออกพระราชกำหนดไม่ได้

2.3.2.4 พระราชกฤษฎีกา เป็นกฎหมายได้ 2 กรณี คือ พระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญและพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่น พระราชกฤษฎีกาจึงขัดกับรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดซึ่งเป็นแม่บทไม่ได้ กรณีที่ฝ่ายบริหารออกพระราชกฤษฎีกาโดยมิได้อาศัยกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นแม่บท แต่เป็นกรณีออกพระราชกฤษฎีกากำหนดกิจการของฝ่ายบริหารซึ่งอาศัยรัฐธรรมนูญ กรณีนั้นฝ่ายบริหารจะออกพระราชกฤษฎีกาให้ขัดกับพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดมิได้³⁸

พระราชกฤษฎีกานี้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้เป็นการทั่วไปมีฐานะต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด จึงจะมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งหรือล่งล้ำอำนาจนิติบัญญัติไม่ได้ เช่นจะมีบทกำหนดโทษไม่ได้ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะเป็นกฎหมายชั้นรองจากพระราชบัญญัติซึ่งฝ่ายบริหารออกได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติก่อนและพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง นอกจากจะอ้างอำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังต้องอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติที่เป็นแม่บทอีกด้วยว่าอาศัยอำนาจตามมาตราใดแห่งพระราชบัญญัติใด แต่พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างเดียวไม่ต้องอ้างพระราชบัญญัติใดไว้ในพระราชปรารภ แต่อ้างรัฐธรรมนูญมาตราที่ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาอย่างเดียวเท่านั้น³⁹

2.3.2.5 กฎกระทรวง เป็นกฎหมายที่ออกมาโดยกฎหมายแม่บท คือ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดเพื่อบัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดต่าง ๆ ของกฎหมายแม่บท และเมื่ออาศัยกฎหมายต่าง ๆ เป็นแม่บทแล้ว กฎกระทรวงก็จะขัดต่อกฎหมายที่เป็นแม่บทไม่ได้ เช่น กฎกระทรวงออกโดยพระราชบัญญัติฉบับใดกฎกระทรวงนั้นก็จะไปขัดกับพระราชบัญญัตินั้น

³⁸ ความรู้กฎหมายทั่วไป (น. 82). เล่มเดิม.

³⁹ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 95). เล่มเดิม.

ไม่ได้⁴⁰ ในทางปฏิบัติเป็นธรรมเนียมว่า รัฐมนตรีผู้ออกกฎกระทรวงต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบเสียก่อนจึงจะใช้บังคับได้⁴¹

2.3.2.6 ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ เป็นกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่งที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารซึ่งปกติแล้วจะไม่มีสภาพบังคับในตัวเองแต่จะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองนั้น ในทางปกครองเรียกว่า “กฎหมายปกครอง” เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยองค์กรทางปกครองอันมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่ได้นำมาใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดโดยเฉพาะ⁴² การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองออกบทบัญญัติต่าง ๆ อันมีฐานะเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้นั้นก็เพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติไว้ล่วงหน้าได้ทุกเรื่องในพระราชบัญญัติ ทั้งไม่มีความรอบรู้ในเทคนิคของงานฝ่ายปกครองด้วย จึงได้วางหลักใหญ่ ๆ ไว้ในพระราชบัญญัติแล้วมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียดได้เองภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ทั้งนี้เพื่อให้พระราชบัญญัติบังคับได้ถูกต้องกับความจำเป็นและเหตุการณ์⁴³

นอกจากข้อบังคับที่ใช้บังคับแก่ประชาชนโดยทั่วไปแล้วยังมีข้อบังคับและคำสั่งที่วางระเบียบวิธีดำเนินราชการที่ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ เช่น คำสั่ง ระเบียบ และข้อบังคับเกี่ยวกับการบริหารราชการภายในของแต่ละกรมแต่ละกระทรวง ซึ่งเจ้ากระทรวงหรือผู้บังคับบัญชาที่ได้รับมอบอำนาจเป็นผู้ออกอีกประเภทหนึ่งด้วย ข้อบังคับหรือคำสั่งหรือระเบียบเหล่านี้ไม่มีผลใช้บังคับแก่ประชาชนโดยตรง แต่มีผลใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องซึ่งถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ใดละเมิดหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามย่อมมีผลให้ถูกลงโทษทางวินัยได้ ข้อบังคับ คำสั่งและระเบียบเช่นว่านี้ แม้จะไม่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายก็เป็นที่มาส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองด้วยเพราะวางระเบียบเกี่ยวกับวิธีจัดทำบริการสาธารณะ⁴⁴

2.3.3 ผลของการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เป็นไปตามทฤษฎีลำดับชั้นแห่งกฎหมาย ซึ่งมีผลให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายลำดับที่สูงกว่ากฎหมายลำดับที่ต่ำกว่าหากปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลำดับต่ำนั้นขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ลำดับสูงกว่า ในกรณีนี้บทบัญญัติส่วนที่ขัดหรือแย้งนั้น

⁴⁰ ความรู้กฎหมายทั่วไป (น. 83). เล่มเดิม.

⁴¹ กระบวนการนิติบัญญัติ (น.14). เล่มเดิม.

⁴² แหล่งเดิม. (น. 4).

⁴³ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 109-110). เล่มเดิม.

⁴⁴ แหล่งเดิม. (น. 108-109).

ถือเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้⁴⁵ และในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในรูปของกฎหมายลำดับรองมาบังคับใช้ให้มีผลกระทบสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนทั่วไปนั้น ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ต่อเมื่อมีกฎหมายในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าให้อำนาจไว้และจะออกกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาเกินเลยไปกว่ากฎหมายในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าให้อำนาจไว้ไม่ได้หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหลักการดังกล่าว กฎเกณฑ์นั้นย่อมไม่สามารถบังคับให้มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนทั่วไปได้

2.4 หลักของมาตรการบังคับทางปกครอง

เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแก่ผู้อยู่ใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองแล้ว ในกรณีที่คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่จำเป็นต้องมีการบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งหากผู้รับคำสั่งไม่ยินยอมปฏิบัติตามคำสั่ง องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งได้ ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิหรือให้สิทธิแก่ผู้รับคำสั่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลสัมตังวัตถุประสงค์ของคำสั่งทันทีที่มีการออกคำสั่งและแจ้งคำสั่งให้ผู้รับคำสั่งทราบ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับทางปกครอง โดยทั่วไปหากผู้อยู่ใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองยินยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง การกิจของคำสั่งทางปกครองย่อมสำเร็จลุล่วงสมตังเจตนารมณ์ของกฎหมายอันเป็นฐานในการที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเอกชนนั้น แต่ในหลายกรณีผู้อยู่ใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองเพิกเฉยไม่ยินยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ในกรณีดังกล่าวการบังคับทางปกครองย่อมเป็นมาตรการ ที่จำเป็นที่องค์กรฝ่ายปกครองจะนำมาใช้เพื่อทำให้การกิจของคำสั่งทางปกครองสำเร็จลุล่วงลงไปได้

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการบังคับทางปกครองเป็นเครื่องมือในการทำให้การกิจของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดภาระหน้าที่ของเอกชนเฉพาะกรณีสัมฤทธิ์ผลได้ อย่างไรก็ตาม การที่องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองออกไปนั้นมีผลบังคับในทางกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับต่อเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับต่อเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว นอกจากนั้นองค์กรฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่อาจโต้แย้งได้และไม่ปรากฏว่ามีกรทุเลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรผู้มีอำนาจทุเลการบังคับ ทั้งนี้ การดำเนินการบังคับทางปกครองนั้นองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน กระบวนการและ

⁴⁵ จาก นิติรัฐ นิติธรรม (น. 284), โดย จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เงื่อนไขในการบังคับทางปกครองในเชิงรูปแบบ เช่น คำสั่งทางปกครองนั้นต้องครบกำหนดระยะเวลาที่องค์กรฝ่ายปกครองได้กำหนดให้ผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติแล้วหรือองค์กรฝ่ายปกครองได้มีหนังสือเตือนให้ผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติตามคำสั่งภายในกำหนดระยะเวลาพอสมควรแล้ว ทั้งนี้ ขั้นตอนและกระบวนการดังกล่าวอาจได้รับการยกเว้นได้ หากเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองที่จะบังคับทางปกครองโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันการทำความผิดทางอาญา หรือเพื่อบำบัดหรือปิดป้องภัยอันตรายสาธารณะ

นอกจากหลักการในทางรูปแบบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และกระบวนการในการดำเนินการบังคับทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงในการบังคับทางปกครองกับผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองยังต้องคำนึงถึงหลักการในทางเนื้อหาในการกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองอีกด้วย เมื่อการดำเนินการบังคับทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการบังคับทางปกครองในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ชำระเงินหรือการบังคับทางปกครองในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำ หรือละเว้นการกระทำ ประกอบไปด้วยการกระทำทางปกครองในหลายรูปแบบ การดำเนินการบังคับทางปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักพอสมควรแก่เหตุ หลักความแน่นอน ชัดเจนและคาดหมายได้ของการกระทำทางปกครอง และหลักการในทางเนื้อหาอื่นด้วย เช่น มาตรการบังคับทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้บังคับนั้นต้องเป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่ระบุไว้ในคำเตือนเท่านั้น

การบังคับทางปกครองเป็นกระบวนการที่องค์กรฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อให้ภาระหรือหน้าที่ที่กำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครองเกิดผลในทางปฏิบัติซึ่งเปรียบได้กับการบังคับตามคำพิพากษาอันเป็นขั้นตอนหนึ่งของการปฏิบัติตามคำพิพากษา เนื่องจากการบังคับทางปกครองเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเอกชนผู้รับคำสั่ง ซึ่งในบางกรณีก็มีความรุนแรงเป็นอย่างมาก กฎหมายจึงเปิดให้โอกาสให้ผู้รับคำสั่งได้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการบังคับทางปกครองแยกต่างหากจากการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาหรือความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบและไม่ว่าจะเป็นการโต้แย้งต่อองค์กร ภายในฝ่ายปกครองหรือองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองก็ตาม

2.4.1 ความหมายของมาตรการบังคับทางปกครอง

มาตรการบังคับทางปกครอง หมายถึง มาตรการบังคับหรือวิธีการที่รัฐสภา ให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อเป็นทางนำไปสู่ความสำเร็จในการบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นผลให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับเอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายของ

ฝ่ายปกครองได้ทันทีโดยไม่ต้องให้ศาลมีคำสั่งหรือคำอนุญาตหรือมีคำพิพากษาก่อน แต่ทั้งนี้ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้น นอกจากคำสั่งทางปกครองที่ใช้บังคับกับเอกชนต้องเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุผลหรือเพื่อให้สำเร็จซึ่งความจำเป็นเร่งด่วนในการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองยังจะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้น ๆ แก่เอกชนภายในกรอบหรือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ทุกประการทั้งในรูปแบบ วิธีการและขั้นตอนที่จำเป็นต้องกระทำในการบังคับใช้มาตรการนั้น ๆ ด้วย⁴⁶

2.4.2 ประเภทของมาตรการบังคับทางปกครอง

มาตรการบังคับทางปกครองเป็นการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง มีขั้นตอนที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งและข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะราย มาตรการบังคับทางปกครองของไทยได้รับแนวความคิดจากกฎหมายว่าด้วยการบังคับตามนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน การบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการบังคับ และคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับโดยสรุปได้ดังนี้⁴⁷

2.4.2.1 คำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายโดยทันที คือคำสั่งที่ไม่จำเป็นต้องจัดให้มีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะคำสั่งทางปกครองนั้นเกิดผลสมบูรณ์ในตัวเองโดยทันทีไม่ต้องปฏิบัติการใด ๆ เพิ่มเติมอีก เช่น ใบอนุญาตให้ตั้งโรงงาน หรือคำสั่งทางปกครองที่รับรองสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ เช่น ใบรับรองนิติบุคคล ใบสูติบัตร ใบสำคัญการเปลี่ยนชื่อตัว ใบสำคัญการเปลี่ยนชื่อสกุล เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้มีผลบังคับใช้ได้ทันที

2.4.2.2 คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับ คือคำสั่งที่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น เช่นกรณีผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ต้องมีมาตรการที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเข้าดำเนินการได้เองโดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล แต่เนื่องจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชน ดังนั้นการบังคับทางปกครองจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในกรณีดังกล่าวไว้อย่างชัดแจ้งและในการบังคับทางปกครองในกรณีดังกล่าวนอกจาก

⁴⁶ จาก มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย (น. 25-26) โดย มนตรี ชนกันนำชัย, 2540, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁷ จาก กฎหมายปกครอง (น. 67-77), โดย กมลชัย รัตนสากววงศ์, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จะต้องกำหนดขั้นตอนของการบังคับแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ต้องสอดคล้องกับหลักความสมควรแก่เหตุด้วย มาตรการบังคับทางปกครองประเภทที่ต้องมีการบังคับนี้ แยกได้เป็น 2 กรณีคือ

1) มาตรการบังคับทางปกครองกรณีให้ชำระเงิน มาตรการบังคับทางปกครองกรณีให้ชำระเงินนี้ใช้ในกรณีที่บุคคลนั้น ๆ มีหน้าที่ต้องชำระเงินให้แก่รัฐ เช่น ค่าภาษีอากร ค่าธรรมเนียม ค่าบำรุง เป็นต้น ในการนี้กฎหมายบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถสั่งให้บุคคลนั้นชำระเงินให้แก่รัฐได้โดยตรงและให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับให้บุคคลนั้น ชำระหนี้ได้ด้วยตนเอง

(1) การเรียกเงินเพิ่ม เป็นมาตรการการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งเมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองโดยเร็ว ซึ่งแตกต่างจากค่าปรับทางปกครองที่เป็นการลงโทษในการกระทำผิดกฎหมายปกครองแต่ยังไม่ร้ายแรงถึงขั้นอาชญากรรมหรือมีความผิดอาญา มาตรการเรียกเงินเพิ่มได้นำมาใช้ในกฎหมายปกครองของไทย อยู่พอสมควร ส่วนมากจะนำมาใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่ให้ชำระภาษีอากร ค่าบริการต่าง ๆ หรือเงินสมทบที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) เบี้ยปรับและค่าปรับ เป็นมาตรการบังคับทางปกครองทำนองเดียวกับเงินเพิ่ม แต่กำหนดจำนวนที่สูงกว่าและปรับเพียงครั้งเดียว ตัวอย่างเช่น ในการประเมินภาษีอากรของเจ้าพนักงานประเมินในบางกรณี หากผู้ต้องเสียภาษีไม่ปฏิบัติตามอาจจะต้องเสียเบี้ยปรับหนึ่งเท่าหรือสองเท่าของจำนวนภาษีที่ต้องชำระตามมาตรา 22 แห่งประมวลรัษฎากรและตามมาตรา 26 แห่งประมวลรัษฎากร เบี้ยปรับนี้ศาลฎีกาได้นำหลักกฎหมายแฟ่งมาใช้โดยวินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจลดจำนวนเบี้ยปรับได้

(3) วิธียึดอายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่ต้องชำระเงินดังกล่าวนี้ให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม แต่สำหรับกรณีตามประมวลรัษฎากรนั้นวิธีอายัดให้ปฏิบัติตามระเบียบที่อธิบดีกรมสรรพากรกำหนดโดยอนุวัติรัฐมนตรีตามมาตรา 12 วรรคสี่ แห่งประมวลรัษฎากร

2) มาตรการบังคับทางปกครองกรณีให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยสภาพของ มาตรการบังคับทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้มาตรการบังคับดังต่อไปนี้ได้ ตามความเหมาะสมแก่กรณี คือ

(1) การกระทำการแทน การให้บุคคลภายนอกเป็นผู้กระทำการแทนหรือเจ้าพนักงานกระทำการแทนผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น โดยผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่าง ๆ

(2) การปรับ เป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่ไม่เกี่ยวกับการให้ชำระเงินแต่เป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยตนเองหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือจะต้องส่งมอบทรัพย์สินแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจให้ผู้อื่นกระทำการแทนได้ หรือไม่อยู่ในวิสัยที่จะให้ผู้อื่นกระทำการแทนได้

(3) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้กำลังทางกายภาพเข้าปฏิบัติการด้วยตนเอง มาตรการนี้เป็นกรณีที่เมื่อใช้มาตรการบังคับทางปกครองในสองอย่างแรกไม่บรรลุผลหรือไม่ใช่วิธีที่เหมาะสมเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจที่จะใช้กำลังทางกายภาพเข้าปฏิบัติการด้วยตนเอง โดยมาตรการบังคับดังกล่าวนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้เมื่อมีความจำเป็นจริง ๆ และอย่างสมควรแก่กรณีเท่านั้น

(4) การจับกุมและกักขังผู้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง มาตรการนี้เป็นมาตรการในการบังคับคดีแพ่งที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีจับไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและบริวารออกจากอสังหาริมทรัพย์แล้วลูกหนี้และบริวารไม่ออกไป เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจรายงานต่อศาลขอให้มีการสั่งตามมาตรา 296 จดว่า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้จับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง บางกรณีอาจมีความจำเป็นต้องนำมาบังคับใช้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง

(5) การเพิกถอนใบอนุญาต มาตรการเพิกถอนใบอนุญาตนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้ในกรณีที่ผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองหรือข้อกำหนดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตต่าง ๆ ปฏิบัติ

2.4.3 หลักการที่สำคัญในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองอันได้แก่ คำสั่งทางปกครองให้ชำระเงิน คำสั่งทางปกครองให้กระทำ หรือละเว้นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลอันเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองด้วยเหตุผลมาจากภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมีหลายประการซึ่งในบางกรณีจะต้องมีการแก้ไขหรือป้องกันปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอันจะต้องดำเนินการด้วยความต่อเนื่อง รวดเร็ว หากต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลซึ่งมีกระบวนการที่ยาวนานและซับซ้อน จะส่งผลให้การดำเนินการแก้ไขปัญหของฝ่ายปกครองเป็นไปด้วยความล่าช้า ไม่ต่อเนื่อง และส่งผลกระทบต่อส่วนรวมได้ โดยมีหลักการที่สำคัญในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังนี้⁴⁸

⁴⁸ จาก “ปัญหาการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน,” โดย ปกรณ์ ยิ่งวรกร, 2551, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 25(1), น. 43. สำนักงานศาลปกครอง.

2.4.3.1 หลักการบังคับทางปกครองเท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุคือการใช้มาตรการบังคับทางปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักการใช้อำนาจโดยมีเหตุอันควรโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่สมควรแก่กรณีแล้วทำให้การใช้มาตรการบังคับทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้และมาตรการบังคับทางปกครองโดยสภาพเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งจึงอยู่ในบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

2.4.3.2 หลักความแน่นอนและชัดเจน คือหลักการที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองในคำเตือนให้ชัดเจน โดยจะกำหนดมากกว่าหนึ่งมาตรการในคราวเดียวกันไม่ได้ เพื่อให้ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้องและหากจะมีการเปลี่ยนแปลงมาตรการบังคับทางปกครองก็ต้องปรากฏว่ามาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดไว้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์เท่านั้น

2.4.3.3 หลักการบังคับทางปกครองไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ด้วยกัน คือหลักการที่ไม่ให้นำการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับเจ้าหน้าที่ด้วยกัน เนื่องจากหน้าที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองบังคับกับเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่งนั้น เป็นเรื่องของอำนาจตามกฎหมายในการบังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชาจะสั่งต่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้อยู่แล้ว ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามก็อาจถูกลงโทษทางวินัยได้ อีกทั้งหน่วยงานทางปกครองหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ไม่อาจดำเนินงานทางปกครองเองได้ แต่ต้องกระทำผ่านเจ้าหน้าที่ในฐานะผู้แทนของหน่วยงานฝ่ายปกครองหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน กฎหมายจึงไม่ต้องการให้มีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ที่กระทำการแทนหน่วยงานฝ่ายปกครองหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

2.4.3.4 หลักการบังคับทางปกครองให้เกิดประโยชน์สูงสุด คือกรณีที่บทกฎหมายใดกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะแล้วการใช้มาตรการบังคับทางปกครองก็ให้เป็นไปตามนั้น แต่หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่ามาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายฉบับนั้นไม่เพียงพอหรือเกิดผลน้อยกว่าก็สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายกลางคือพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

กล่าวโดยสรุป มาตรการบังคับทางปกครองเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้โดยลำพังและสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เองเพื่อสั่งการให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำหรืองดเว้นการกระทำหรือสามารถออกคำสั่งยึดอายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สิน โดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งบังคับก่อน โดยต้องปฏิบัติตามรูปแบบ เงื่อนไขและวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ในขณะเดียวกันหากผู้ที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น เห็นว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกำหนดที่จะทำได้ก็สามารถฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เห็นว่ามิชอบนั้นหรือหากได้รับความเสียหายจากการใช้มาตรการบังคับทางปกครองที่เกินกว่าเหตุ ก็สามารถร้องขอต่อองค์กรตุลาการให้แก้ไขเยียวยาได้ด้วยเช่นกัน⁴⁹

2.5 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง⁵⁰

“การกระทำทางปกครอง” เป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในอันที่ส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้

“การกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” นั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมอยู่ได้หลักบังคับที่ว่าในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ในทางปกครองจะต้องให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือถ้าจะกล่าวให้แน่ชัดลงไปก็คือว่าการกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักอันนี้เป็นหลักรากฐานของกฎหมายปกครอง แต่ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีศาลปกครอง ศาลปกครองได้ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รักษาและบังคับให้เป็นไปตามหลักนี้อย่างเต็มที่ โดยเปิดโอกาสให้เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองมีทางควบคุมฝ่ายปกครองต่อศาลปกครอง เมื่อเห็นว่ากระทำอันใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและศาลปกครองมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนการกระทำนั้นได้

ในทางการเมืองหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่างประโยชน์สองฝ่าย ประโยชน์ฝ่ายหนึ่ง คือการให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต่อการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะมีการขยายการใช้หลักนี้บังคับให้กว้างออกไป ประโยชน์อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งขัดแย้งต่อประโยชน์ที่กล่าวข้างต้นก็คือ การให้ความอิสระแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงานปกครองให้เหมาะสมกับสถานการณ์ เช่น การให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้ตามควรแก่กรณีเป็นต้น เพราะฉะนั้น การใช้หลักนี้บังคับจำต้องมีข้อผ่อนคลายและข้อยกเว้นบางประการเพื่อรักษาประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย คือ ทั้งฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองและทั้งฝ่ายปกครองดังจะได้

⁴⁹ จาก มาตรการบังคับทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: ศึกษากรณีการยึด อาศัยทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดิน (น. 42) โดย ชนกร คฤโฆษ, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁵⁰ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (164-168). เล่มเดิม.

อธิบายต่อไป ในขั้นแรกนี้จะได้อธิบายรายละเอียดของหลักที่ว่า การกระทำในทางปกครองต้องเป็น การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อนว่ามีสาระสำคัญอย่างไร

หลักนี้เป็นเรื่องเกี่ยวพันถึงบทกฎหมายที่วางระเบียบจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง และกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

ตามหลักทั่วไปการกระทำในทางปกครองทุกอย่างต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วย กฎหมาย แต่ความจริงหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายนี้มีได้ใช้บังคับแต่เฉพาะฝ่ายปกครอง ฝ่ายเดียวเท่านั้น เพราะหลักว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วย กฎหมายนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักทั่วไปของระบบนิติรัฐที่ยอมรับนับถือกันในประเทศต่าง ๆ สมัยนี้ว่า กิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ฉะนั้นองค์กรอื่น ๆ ของรัฐ ไม่เฉพาะแต่ฝ่ายปกครองก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งหลักนี้เช่นเดียวกัน แต่การใช้หลักนี้บังคับ แก่องค์กรอื่น ๆ ของรัฐมีข้อแตกต่างกับลักษณะที่ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองกล่าวคือสำหรับ ฝ่ายตุลาการ แม้จะถือว่าผู้พิพากษาต้องปฏิบัติตามหลักนี้อย่างเคร่งครัดก็ตาม แต่ผู้พิพากษา ก็มีหน้าที่เพียงแต่ใช้กฎหมายปรับแก้คดี และจะต้องพิจารณาตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย เท่านั้น นอกจากนี้ยังมีการควบคุมกันเป็นชั้น ๆ โดยให้มีการอุทธรณ์และฎีกาต่อศาลสูงได้ด้วย

สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้หลักนี้บังคับเป็นไปในลักษณะอีกอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องบัญญัติบทกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย สูงสุดเหนือบทกฎหมายใด ๆ ฉะนั้นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ดี ในที่นี้จะพิจารณาแต่เฉพาะเรื่องการกระทำในทางปกครองเพราะ เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองโดยตรง การกระทำของฝ่ายตุลาการหรือการกระทำ ของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการกระทำในทางปกครอง

ส่วน “การกระทำในทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ต้องมีลักษณะดังนี้

การกระทำในทางปกครองต้องมีลักษณะบางประการที่บังคับไว้โดยบทกฎหมาย ถ้าขาดลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งไปก็อาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำในทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(ก) เกิดจากผู้กระทำการ การกระทำในทางปกครองที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วย กฎหมายนั้นต้องเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จะกระทำ นั้นได้ ถ้าผู้อื่นมาใช้อำนาจหน้าที่แทนเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่นั้นโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การกระทำนั้นก็ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกระทำโดยผู้ที่ไม่อำนาจ

(ข) เกิดจากความมุ่งหมาย การกระทำในทางปกครองนั้นแม้ว่าจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายก็ตาม ถ้าได้กระทำไปด้วยความมุ่งหมายอย่างอื่นนอกเหนือไปจากอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การกระทำเช่นนี้เรียกว่าการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ

(ค) เกิดจากแบบ การกระทำในทางปกครองอาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าทำผิดแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

(ง) เกิดจากการขาดมูลเหตุที่จะอ้างได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยอ้างมูลเหตุที่ไม่มีอยู่จริง หรือไม่ตรงกับลักษณะของมูลเหตุที่อ้าง เช่น สร้างสถานการณ์ขึ้นเอง การกระทำในทางปกครองนั้นก็อาจจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

(จ) เกิดจากวัตถุประสงค์ ถ้าการกระทำในทางปกครองมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการขัดต่อกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดกฎหมาย” ประการหนึ่ง และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อีกประการหนึ่ง⁵¹

2.5.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้วกฎหมาย ที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

⁵¹ จาก หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง, โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ม.ป.ป., กรุงเทพฯ.

คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้จะต้องมีความหมายกว้างหรือแคบเพียงใดอาจตั้งเป็นประเด็นอภิปรายได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงผลผูกพันทั่วไปของกฎเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไปไปประกอบกับลำดับชั้นของกฎหมายแล้ว เราอาจสรุปได้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไป (กฎหมายลำดับรองหรือที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรียกว่า “กฎ”) ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติรวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้ หากมาตรการทางกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่เป็นรูปธรรมมีผลเฉพาะราย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองทั้งหลายทั้งปวงที่ตนเองตราขึ้นบังคับตลอดจนกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรจะออกคำสั่งเก็บภาษีเกินกว่าอัตราที่ปรากฏในประมวลรัษฎากรไม่ได้ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงมีความเห็นว่าในกรณีที่ว่าตลิ่งแห่งคดีเป็นเรื่องการฟ้องโต้แย้งกฎ คำว่า “กฎหมาย” ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ย่อมหมายถึงกฎเกณฑ์ทั้งปวงทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่ากฎและเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบว่าองค์กรฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกกฎโดยถูกต้องหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายประเพณี (กรณีที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎ) และหลักกฎหมายทั่วไป แต่ถ้าตลิ่งแห่งคดีเป็นเรื่องการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่ง (ทางปกครอง) คำว่า “กฎหมาย” ในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนอกจากจะหมายถึงกฎเกณฑ์ทั้งปวงที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎดังที่ได้กล่าวมาแล้วยังหมายถึง “กฎ” (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์การปกครองตนเองและองค์การมหาชน ฯลฯ) อีกด้วยเพราะเราจะใช้กฎเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเช่นกัน

ถึงแม้ว่าหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” จะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวไม่ได้มีเนื้อหาเลยไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมหาองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย การกำหนดผลในทางกฎหมายดังกล่าวถือเป็นเรื่องนิติบัญญัติที่ต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นประจักษ์ชัดอยู่ในตัวว่าหากระบบกฎหมายต้องการให้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีผลบังคับแล้ว ระบบกฎหมายนั้น ๆ จะต้องกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวไว้ด้วย

ในทางวิชาการและในระบบกฎหมายไทย การกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายอาจเกิดผลในทางกฎหมายได้แตกต่างกันหลายกรณี เช่น การกระทำทางปกครองนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการดังกล่าวต้องการหรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง เป็นต้น

2.5.2 หลักไม่มีกฎหมาย ไม่อำนาจ

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์การฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์การฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้้องค์การฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้อง้องค์การฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือการกระทำของ้องค์การฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดย้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐและหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ตามหลักประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยถือว่ารัฐสภา ซึ่งสมาชิกได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็น้องค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจเรื่องราวต่าง ๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของราษฎร ทั้งนี้ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎกติกาพื้นฐานแห่งรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ราษฎร ด้วยเหตุผลเช่นนี้หากจะยอมให้้องค์การฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภาจะยอมให้้องค์การฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองหาได้ไม่

แม้คำว่า “นิติรัฐ” จะไม่ปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่หากพิจารณาให้ดีแล้วจะพบว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างชัดเจน หลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้เพื่อที่ประชาชนจะได้คาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใด ๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ ที่มีผลทั่วไปดังกล่าวจะกำหนดโดย้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่้องค์การฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดซึ่งอยู่ในกรอบที่้องค์กร นิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าแล้วในรูปกฎหมายหรือได้รับมอบอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้ประชาชนรู้ล่วงหน้าแล้วนั้น

ในที่สุดแล้วเราอาจให้เหตุผลสำหรับการยอมรับหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ได้จากหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ เช่นกัน หากพิจารณา รัฐธรรมนูญฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมวดซึ่งว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยแล้วจะพบว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนเป็นหลัก ทั้งนี้โดยเปิดโอกาสให้ รัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดหรือลบล้างสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฯ รับรองไว้นั้นภายใต้เงื่อนไขที่ รัฐธรรมนูญฯ บัญญัติไว้ ดังนั้นองค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกระทำการลบล้างตำแหน่ง สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจดังกล่าวไว้ให้

มีข้อพึงสังเกตว่า โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็น ฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริงย่อมเป็นหน้าที่ ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้นหรือยกเลิก กฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

2.6 หลักเกณฑ์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครอง หลักการนี้เป็น หลักกฎหมายปกครองที่สร้างสภาพบังคับและกำหนดความสัมพันธ์ในการจัดระบบการควบคุม ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง) ในกระบวนการยุติธรรมในชั้นฝ่ายปกครอง โดยคำนึงถึงหลักความรับผิดชอบตามลำดับสายงานบังคับบัญชา (Hierarchy) และหลักความ เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (Specialization) ภายในฝ่ายปกครองโดยหลักการนี้เรียกร้องให้ผู้กระทำความผิด หรือผู้เสียหายจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองให้ครบขั้นตอนภายในฝ่ายปกครองตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ก่อนที่จะยื่นฟ้องคดีต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลและคัดอำนาจของ องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล ในการพิจารณาเรื่องที่ยังไม่ได้ดำเนินการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองก่อน ทั้งนี้ภายใต้ข้อยกเว้นที่มีลักษณะข้อยกเว้นของการบังคับใช้หลักการนี้ในแต่ละประเทศ

2.6.1 ความหมายของการอุทธรณ์

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นมาตรการเยียวยาทางปกครองอย่างหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสทบทวนหรือแก้ไข คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดหรือบกพร่องของตนเอง รวมทั้งเป็นการลดจำนวนคดีที่จะเข้าสู่ศาล⁵²

⁵² จาก ทบทวนคำสั่งทางปกครอง: รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 (น. 109), โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2541, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2.6.2 วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์

การอุทธรณ์เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้ตรวจสอบควบคุมการดำเนินการของฝ่ายปกครองและให้การเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนแก่ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง วัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น มีความมุ่งหมาย 3 ประการ ดังนี้⁵³

2.6.2.1 การอุทธรณ์เป็นมาตรการเยียวยาทางปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.6.2.2 การอุทธรณ์เป็นมาตรการในการควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง

2.6.2.3 การอุทธรณ์เป็นมาตรการเพื่อลดภาระคดีในชั้นศาล

2.6.3 ระบบของการอุทธรณ์

การกำหนดหน้าที่ให้คู่กรณีหรือผู้เสียหายอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองต่อผู้บังคับบัญชาตามสายงานของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรืออุทธรณ์ต่อผู้กำกับดูแลหรืออุทธรณ์ต่อคณะกรรมการในฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นการสร้างระบบอุทธรณ์ได้แก่การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ เพื่อพยายามระงับข้อพิพาทในเบื้องต้น หากข้อพิพาทไม่สามารถระงับไปได้ ระบบอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจะเป็นเครื่องมือที่ใช้รวบรวมข้อเท็จจริงและผู้เสียหาย รวมทั้งช่วยกลั่นกรองข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในเบื้องต้นให้แก่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.6.3.1 พิจารณาในแง่ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอาจแบ่งได้ ดังนี้

1) การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ เป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดเรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งการกำหนดดังกล่าวอาจเป็นกรณีอุทธรณ์บังคับหรือไม่บังคับก็ได้

2) การอุทธรณ์ตามหลักกฎหมายทั่วไป เป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดเรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ แต่เป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะทบทวนตรวจสอบและเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองของตนให้ถูกต้องตามกฎหมายได้เสมอ การอุทธรณ์ประเภทนี้จึงไม่มีรูปแบบ กระบวนพิจารณาไม่ต้องมีส่วนได้เสียก็อุทธรณ์ได้

⁵³ จาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 94), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ข, 2548, กรุงเทพฯ: วิทยูชน.

และไม่มีอายุความโดยจะอุทธรณ์เมื่อใดก็ได้ ส่วนการจะรับพิจารณาหรือไม่ ก็อยู่ในดุลพินิจของเจ้าหน้าที่โดยหลักจะเป็นการอุทธรณ์แบบไม่บังคับ

2.6.3.2 พิจารณาในแง่ขององค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง อาจแบ่งได้ ดังนี้

- 1) การอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง
- 2) การอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง
- 3) การอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง
- 4) การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการในฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายกำหนด
- 5) การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่กฎหมายกำหนด

2.6.3.3 พิจารณาในแง่ของผลบังคับต่อผู้ใช้สิทธิอุทธรณ์ในการนำคดีไปสู่การวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง อาจแบ่งได้ ดังนี้

1) ระบบอุทธรณ์บังคับ เป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ และหากผู้เสียหายหรือคู่กรณีไม่อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ก็จะไม่สามารถนำคดีไปสู่การวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลได้

2) ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ ซึ่งเป็นกรณีที่อาจมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้แต่เป็นการกำหนดแบบไม่บังคับ หรือเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ ในระบบนี้ผู้เสียหายหรือคู่กรณีสามารถนำคดีไปสู่การวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลได้โดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน

จากระบบอุทธรณ์บังคับและระบบอุทธรณ์ไม่บังคับดังกล่าวข้างต้น ในทางปฏิบัติแล้วในกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการดำเนินการได้สองทาง กล่าวคือทั้งการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีต่อศาล ก็จะนำไปสู่คำถามที่ว่าประชาชนจะเลือกใช้หนทางใด จึงจะเป็นประโยชน์ในแง่มนี่ มีข้อสังเกตว่า⁵⁴ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีข้อดี คือแม้จะครบกำหนดอายุความในการฟ้องคดีปกครองต่อศาลแล้วก็ยังสามารถร้องขอให้มีการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองได้อยู่ และผู้ร้องสามารถยกสาเหตุแห่งการโต้แย้งได้มากกว่าการฟ้องคดีปกครองต่อศาล ซึ่งมีข้อจำกัดในเรื่องมูลเหตุฟ้องร้องอยู่ นอกจากนี้ผู้ร้องขอให้มีการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองอาจได้รับผลของการเยียวยาที่น่าพอใจมากกว่า แต่การฟ้องคดีต่อศาลนั้นมิข้อดีคือ เอกชนแน่ใจได้ว่าศาลจะต้องพิจารณาและพิพากษาคำฟ้องของตนซึ่งหลักประกันนี้เองที่อาจไม่มีการร้องขอให้

⁵⁴ จาก *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, โดย ชอง ริเวโร และชอง วาลีน แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ (น. 198), 2545, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การเยียวยาโดยฝ่ายปกครอง ข้อดีอีกประการหนึ่ง คือ เอกชนแน่ใจได้ว่าศาลจะต้องพิจารณาคำฟ้องของตนโดยปราศจากความลำเอียง ซึ่งในทางตรงกันข้ามฝ่ายปกครองย่อมมีแนวโน้มที่จะยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองที่ตนเองไปแต่แรกนั้นถูกต้องแล้วและ โอกาสที่เอกชนจะได้รับความสำเร็จในการร้องขอให้ฝ่ายปกครองเยียวยาให้ก็ย่อมลดน้อยลง

2.6.4 สถานะทางกฎหมายของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

จากการศึกษาถึงหน้าที่หรือภารกิจของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจะเห็นได้ว่า การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีสถานะทางกฎหมาย ดังนี้

2.6.4.1 เป็นกลไกในการตรวจสอบและระงับข้อพิพาทในเบื้องต้น กล่าวคือเป็นการนำข้อพิพาทเข้าสู่ระบบการตรวจสอบของฝ่ายปกครองโดยมีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาที่เหมาะสมในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในระดับหนึ่งซึ่งหากมีการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดหรือได้อธิบายแสดงเหตุผลถึงความชอบด้วยกฎหมายและการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมจนเป็นที่พอใจแก่ผู้อุทธรณ์แล้วก็จะอาจจะระงับข้อพิพาทนั้นไปได้ในเบื้องต้น

2.6.4.2 เป็นเงื่อนไขการรับฟ้องคดีปกครองขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล ซึ่งหากคู่กรณีหรือผู้เสียหายไม่ได้อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลจะไม่รับฟ้องไว้พิจารณาซึ่งเป็นไปตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่เรียกร้องให้องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลต้องให้ความสำคัญหรือคำนึงถึงความรับผิดชอบตามลำดับสายงานบังคับบัญชาและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครองและระมัดระวังที่จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจสั่งการแทนฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่และความรับผิดชอบโดยตรงในเรื่องนั้นจนกว่าเจ้าหน้าที่ระดับสูงของฝ่ายปกครองจะได้มีการวินิจฉัยยืนยันคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว

2.6.4.3 สถานะในทางกฎหมายของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในส่วนของขอบเขตของการควบคุม โดยที่การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง จึงมีขอบเขตของการควบคุมไปถึงเรื่องความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองด้วยซึ่งแตกต่างไปจากองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลที่มีขอบเขตการควบคุมจำกัดอยู่แต่เฉพาะเรื่องความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีสถานะทางกฎหมายที่สำคัญคือเป็นขั้นตอนตามกฎหมายที่เชื่อมต่อระหว่างการดำเนินการของฝ่ายปกครอง และการดำเนินการขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล ในการทบทวนและตรวจสอบเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีหรือผู้เสียหายจากผลของคำสั่งทางปกครอง

2.7 แนวคิดเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้ของรัฐ⁵⁵

รายได้ของรัฐ หมายถึงเงินหรือทรัพยากรที่รัฐบาลได้มาและสามารถนำไปใช้ในกิจการต่าง ๆ ที่รัฐบาลต้องการ โดยที่รัฐบาลไม่มีข้อผูกพันจะต้องชำระคืนจำนวนเงินหรือทรัพยากรดังกล่าว รายได้ของรัฐบาลโดยทั่วไปจะได้แก่ รายได้ที่มาจากการจัดเก็บภาษีอากรและรายได้ที่ไม่ใช่ภาษีอากร

2.7.1 รูปแบบและการจัดเก็บรายได้ของรัฐ

2.7.1.1 รายได้ที่เป็นภาษีอากร

โดยทั่วไปแล้วเงินหรือทรัพยากรที่รัฐบาลนำมาใช้จ่ายในกิจการต่าง ๆ จะเป็นรายได้ที่มาจากภาษีอากรเป็นสำคัญที่รัฐบาลบังคับเก็บจากประชาชนอาจจะเป็นในรูปของ เงิน สิ่งของหรือบริการหรือผลประโยชน์จากประชาชนผู้มีหน้าที่เสียภาษี โดยผู้จ่ายภาษีจะไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนในทางตรงจากรัฐบาลในการเสียภาษีนั่นแต่ได้จะได้รับประโยชน์ในทางอ้อมจากบริการของรัฐ เช่น การที่รัฐนำเงินภาษีอากรที่จัดเก็บได้นั้นไปจัดทำบริการสาธารณะประโยชน์ เพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวม

1) ปัจจัยที่กำหนดรายได้ภาษีอากรของรัฐโดยทั่วไปสิ่งที่เป็นตัวกำหนดรายได้ภาษีอากรที่สำคัญของรัฐบาล ได้แก่

(1) ความสามารถในการเสียภาษีของประชาชน โดยทั่วไปแล้วความสามารถในการเสียภาษีของประชาชน (Tax Capacity) จะเป็นตัวกำหนดที่สำคัญ กล่าวคือเมื่อประชาชนโดยทั่วไปมีความสามารถในการเสียภาษีสูงขึ้น รัฐบาลก็จะมีรายได้สูงขึ้น ความสามารถในการเสียภาษีของประชาชนโดยทั่วไปมักจะวัดจากรายได้ของประชาชนที่เพิ่มขึ้นหรืออาจจะพิจารณาจากการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจที่เจริญเติบโตขึ้น

(2) ความพยายามในการจัดเก็บภาษีของรัฐบาล รายได้ภาษีอากรของรัฐบาลนอกจากจะขึ้นอยู่กับความสามารถในการเสียภาษีของประชาชนแล้วยังขึ้นอยู่กับความพยายามในการจัดเก็บภาษี (Tax Effort) ของรัฐบาลอีกด้วย กล่าวคือรัฐบาลจะต้องปรับปรุงระบบการจัดเก็บภาษีอากรให้มีประสิทธิภาพ สามารถจัดเก็บภาษีอากรได้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วยนอกจากจะปรับปรุงระบบการบริหารการจัดเก็บภาษีอากรต่าง ๆ ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นแล้ว รัฐบาลจะต้องกระตุ้นให้ประชาชนมีจิตสำนึกในการเสียภาษีมากขึ้น ทั้งนี้เพราะระบบการจัดเก็บภาษีที่ดีนั้นจะต้องได้รับความร่วมมือในการเสียจากประชาชนด้วย

⁵⁵ มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา. (ม.ป.ป.). รายได้ของรัฐบาล. สืบค้นเมื่อ 5 ตุลาคม 2556, จาก <http://www.cs.ssru.ac.th/cs01/comart/macroecoMac/6.html>.

(3) ความต้องการทางด้านรายได้ของรัฐบาล ปัจจัยที่เป็นตัวกำหนดรายได้ภาษีอากรที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ได้แก่ ความต้องการรายได้ของรัฐบาลว่า รัฐบาลต้องการรายได้ไปใช้จ่ายในแต่ละปีมากน้อยแค่ไหน อย่างไรก็ตาม นอกจากจะพิจารณาถึงความจำเป็นในการใช้จ่ายแล้ว รัฐบาลจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อประชาชนและระบบเศรษฐกิจโดยรวมด้วย

2) ประเภทของภาษีอากร

(1) ภาษีที่เก็บจากรายได้โดยทั่วไปแล้วถือว่า รายได้ที่แต่ละบุคคลได้รับในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเป็นสิ่งที่วัดถึงความสามารถในการเสียภาษีของแต่ละบุคคลในช่วงระยะเวลาดังกล่าวได้ดีที่สุด สำหรับภาษีที่จัดเก็บจากรายได้โดยทั่วไป เช่น ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล

(2) ภาษีที่เก็บจากการบริโภคหรือการซื้อขาย ภาษีอากรโดยทั่วไปจะเก็บจากการใช้จ่ายหรือการซื้อขายสินค้าของประชาชน ซึ่งเป็นการเก็บภาษีทางอ้อมของรัฐบาล ภาษีที่เก็บจากการบริโภคหรือการซื้อขายโดยทั่วไป เช่น ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีสรรพสามิต ภาษีศุลกากร

(3) ภาษีที่เก็บจากทรัพย์สิน ภาษีที่เก็บจากทรัพย์สินอาจเก็บในรูปแบบต่าง ๆ กัน โดยอาจทำการประเมินเก็บจากมูลค่าของทรัพย์สิน หรือเก็บจากรายได้ที่เกิดจากทรัพย์สินหรือเก็บจากการโอนเปลี่ยนมือในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สำหรับภาษีทรัพย์สินที่จัดเก็บโดยทั่วไป เช่น ภาษีที่ดิน ภาษีโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้าง ภาษีมรดก

2.7.1.2 รายได้ที่ไม่ใช่ภาษีอากร

สำหรับรายได้ที่ไม่ใช่ภาษีอากรของรัฐบาลนั้น ได้แก่ รายได้อื่น ๆ นอกจากภาษีอากรที่รัฐบาลจัดเก็บ อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของรายได้ที่ไม่ใช่ภาษีอากรจะมีมากน้อยแค่ไหนขึ้นอยู่กับค่านิยมของภาษีอากรที่กล่าวถึงนั้นจะมีขอบเขตครอบคลุมกว้างขวางมากน้อยเพียงใดตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อน โดยทั่วไปรายได้ที่มีใช่ภาษีอากรของรัฐบาลจะได้แก่ รายได้ดังต่อไปนี้

1) รายได้จากการประกอบธุรกิจของรัฐ ในกรณีที่รัฐประกอบธุรกิจในรูปของรัฐวิสาหกิจหรือรัฐพาณิชย์ รัฐจะมีรายได้จากการประกอบธุรกิจดังกล่าว

2) รายได้จากค่าธรรมเนียมและค่าปรับ ในการบริหารงานของรัฐ รัฐอาจจะกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในการประกอบอาชีพและกิจกรรมบางอย่างต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ โดยรัฐอาจจะเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใบอนุญาต ในกรณีที่ประชาชนทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายหรือกฎระเบียบต่าง ๆ ก็อาจถูกลงโทษด้วยการปรับ

3) รายได้จากการบริจาคหรือจากความช่วยเหลือ โดยอาจจะได้จากประชาชนหรือจากรัฐต่างประเทศหรือจากองค์กรระหว่างประเทศ รายได้กรณีนี้มักจะเป็นรายได้เพียงส่วนน้อยไม่ค่อยมีความสำคัญมากนัก

2.7.2 วัตถุประสงค์ของการจัดเก็บรายได้ของรัฐ

วัตถุประสงค์ของการจัดเก็บรายได้ของรัฐนั้นสามารถพิจารณาได้หลายกรณีอาจจะเป็นโดยตรงคือการนำรายได้มาบริหารและพัฒนาประเทศ แต่ก็มีหลายกรณีที่เป็นเรื่องนโยบายของรัฐที่ไม่ได้มุ่งเฉพาะเพียงแต่ต้องการนำรายได้มาใช้เท่านั้นแต่อาจมีเหตุผลที่สำคัญกว่า เช่น เพื่อควบคุมการบริโภคสินค้าฟุ่มเฟือย เพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศ เพื่อให้เกิดการกระจายรายได้ หรือเพื่อใช้รักษาเสถียรภาพในทางเศรษฐกิจ เป็นต้น