

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับโครงสร้างคณะกรรมการคดีพิเศษ การใช้และการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของคณะกรรมการคดีพิเศษ

เรื่องโครงสร้างคณะกรรมการคดีพิเศษ การใช้และการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของคณะกรรมการคดีพิเศษเป็นส่วนสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการคดีพิเศษตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เป็นไปโดยอิสระและมีความเป็นกลาง ส่งผลให้การดำเนินคดีพิเศษเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้กับบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในเบื้องต้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว เพื่อให้ทราบถึงปัญหา และหาแนวทางแก้ไขต่อไป

2.1 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับโครงสร้างคณะกรรมการคดีพิเศษ

ก่อนที่จะทำการศึกษาเกี่ยวกับโครงสร้างคณะกรรมการคดีพิเศษตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ผู้ศึกษาจะขอกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ หลักความไม่มีส่วนได้เสีย ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติรัฐและหลักความไม่มีส่วนได้เสีย และแนวคิดหลักขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 หลักนิติรัฐ

ตามแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้นถือว่า แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมาย ทฤษฎีเสรีนิยมกำหนดให้รัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย ทั้งนี้ เพราะทฤษฎีนี้เน้นเรื่องเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งถือว่า รัฐจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลตามอำเภอใจไม่ได้ ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีอยู่ ทฤษฎีนี้ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากแนวความคิดของมองเตสกีเออ (Montesquieu) อันทำให้เกิดแนวความคิดให้รัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย ทฤษฎีเสรีนิยมได้ก่อให้เกิดแนวความคิดในเรื่องนิติรัฐ กล่าวคือ รัฐในความสัมพันธ์กับประชาชน และเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย

กฎหมายคือเครื่องมือในการปกครอง ขณะเดียวกันก็เป็นสิ่งที่ำประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจแบบอำเภอใจของรัฐ¹

แนวความคิดของรัฐในระบบนิติรัฐดังกล่าว ผู้ที่อธิบายและชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนที่สุดอีกท่านหนึ่งคือ การ์เร เดอ มาลแบร์ นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ซึ่งชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่าง “รัฐตำรวจ” กับ “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้²

“รัฐตำรวจ” เป็นรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถนำเอาวิธีการต่าง ๆ ที่ตนเห็นว่าเป็นประโยชน์ในการดำเนินการทางปกครองมาใช้กับประชาชนได้ในลักษณะที่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ ทั้งนี้ เพื่อเผชิญกับสถานการณ์ และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ตนมุ่งประสงค์ได้ตลอดเวลา ระบอบรัฐตำรวจนี้ตั้งอยู่บนความคิดที่ว่า “เพื่อจุดมุ่งหมายที่ตนประสงค์ก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้วิธีการต่าง ๆ ที่ตนนำมาใช้ถูกต้องชอบธรรม”

ตรงกันข้ามกับนิติรัฐ ซึ่งการ์เร เดอ มาลแบร์³ ได้สรุปแนวความคิดไว้ว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลที่ตามมาก็คือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่ คำพิพากษาและคำสั่งศาลให้ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย

ทฤษฎีหรือแนวคิดเกี่ยวกับนิติรัฐ เกิดขึ้นจากการยอมรับแนวความคิดอันเกี่ยวกับรัฐในความหมายสมัยใหม่ โดยเกิดจากความเบื่อหน่ายในสภาพไร้กฎหมายและความไม่สงบในช่วงยุคกลางจนเป็นเหตุให้ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ประสบความล้มเหลวลงอย่างสิ้นเชิง ซึ่งต่อมาได้มีการเสนอแนวความคิดเสรีนิยมที่ให้ความสำคัญกับคุณค่าของมนุษย์แต่ละคนในฐานะปัจเจกชนที่

¹ จาก *หลักกฎหมายมหาชน* (น. 389-390), โดย ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

² แหล่งเดิม.

³ จาก *หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 2*, โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก, 2537, อ้างถึงใน *หลักกฎหมายมหาชน* (น. 391). เล่มเดิม.

มุ่งจำกัดอำนาจผู้ปกครอง⁴ ภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส ปี 1789 ได้มีการเผยแพร่แนวความคิดเสรีนิยมเข้ามาในประเทศเยอรมัน โดยเน้นถึงการคุ้มครองสิทธิของประชาชน จากแนวความคิดเสรีนิยมและการทำความเข้าใจเรื่องรัฐในการออกกฎหมายที่จะต้องมีเหตุมีผล (Vernunftrecht) ทำให้เกิดความคิดเกี่ยวกับนิติรัฐ คำว่า “นิติรัฐ” ได้มีการศึกษาทางวิชากฎหมายในปลายศตวรรษที่ 18 และตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 19 ก็ได้มีการใช้คำนี้อย่างแพร่หลาย นิติรัฐในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 หมายถึงรัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุมีผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรมในศตวรรษที่ 19 นี้ นิติรัฐมิได้หมายถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐ แต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม เป็นรูปแบบที่จะทำให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐหรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวบทกฎหมาย⁵

ในประเทศต่าง ๆ ที่เจริญแล้ว กิจกรรมของฝ่ายปกครองย่อมอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมาย และการควบคุมของศาล ทั้งนี้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการในขอบเขตแห่งกฎหมาย ฝ่ายปกครองห้ามมีอำนาจที่จะทำการใด ๆ ได้ตามอำเภอใจไม่ ฝ่ายปกครองก็เหมือนกับเอกชนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ถ้าหากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนกฎหมาย เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองก็มีสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อศาลได้ เพื่อบังคับมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย ระบบการปกครองเช่นนี้เรียกกันว่าระบบ “นิติรัฐ” หรือ Legal State อันเป็นระบบที่มีหลักการตรงกันข้ามกับระบบ “รัฐตำรวจ” หรือ Police State ซึ่งเป็นระบบการปกครองที่รัฐบาลใช้ตำรวจเป็นเครื่องมือบีบบังคับทางการเมือง โดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล อันเป็นแบบฉบับของการปกครองระบอบเผด็จการ⁶

ระบบนิติรัฐนี้เป็นระบบที่ถือเสรีภาพเป็นหลักสำคัญ และมีความมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต่อการกระทำของรัฐ โดยบังคับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ กฎหมายย่อมกำหนดหลักการและจำกัดขอบเขตอำนาจในการดำเนินการของฝ่ายปกครองไว้ เช่น กฎหมายวางหลักไว้ว่าฝ่ายปกครอง

⁴ จาก กฎหมายมหาชน 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ (น. 21), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข, 2536, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁵ จาก “หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน: ศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวความคิดทางทฤษฎี,” โดย กมลชัย รัตนสากวาศ์ ก, 2535, ตุลาคม, 39(5), 101.

⁶ จาก คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 44-45), โดย ประยูร กาญจนดุล, 2538, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

จะต้องเคารพต่อเสรีภาพของบุคคลต่อสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิของพลเมือง แต่ก็ได้ให้ความอิสระแก่ฝ่ายปกครองที่จะเลือกใช้วิธีดำเนินการได้ภายในขอบเขตแห่งหลักการที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้นว่า ถ้าจะสั่งปิดหนังสือพิมพ์จะทำได้ในกรณีใด การเวนคืนกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะดำเนินการได้ก็แต่โดยวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะว่าสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง การจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ฉะนั้น ฝ่ายปกครองจะไปจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินตามชอบใจไม่ได้ แม้ในกรณีที่ทำเป็นจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินของบุคคลมาเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวม กฎหมายก็ยังกำหนดขอบเขตการกระทำของฝ่ายปกครองไว้ เช่น การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค หรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อการผังเมือง หรือเพื่อพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม หรือเพื่อการปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น กล่าวคือเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งดังที่กล่าวแล้วเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นของรัฐนอกเหนือไปจากนี้ไม่ได้⁷

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองนั้นจะทำอะไรได้ก็ต่อเมื่อมีบทกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่ทั้งนี้ไม่หมายความว่าฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิริเริ่มกระทำการใด ๆ ได้เลย ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจที่จะเลือกใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ โดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนเป็นสำคัญ⁸

นิติรัฐ เป็นระบบการปกครองของรัฐประเภทหนึ่งซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยอาจจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ 1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว 2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา 3) สิทธิเสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐที่สำคัญ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในอันที่จะรวมตัวกันเป็นกลุ่มเป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมือง⁹

⁷ แหล่งเดิม.

⁸ แหล่งเดิม.

⁹ จาก *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน* (น. 1-2), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก, 2540, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

การที่รัฐยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้หมายความว่า รัฐจะยอมให้ราษฎรใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่าง ๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ จากองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ รัฐมีผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะที่จะต้องธำรงรักษาไว้ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้บ้างเหมือนกัน แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรเจ้าหน้าที่รัฐกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร อนึ่ง กฎหมายจะให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็แต่เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ¹⁰

ด้วยเหตุนี้ ในนิติรัฐนั้น ไม่เฉพาะแต่ความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับราษฎรเท่านั้นที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ซึ่งกฎหมายกำหนด ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายด้วย ถึงกับมีผู้กล่าวว่า ผู้ปกครองที่แท้จริงในนิติรัฐคือกฎหมายที่รัฐตราขึ้นและประกาศใช้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นสูงต่ำอย่างไรก็ตาม หากอาจที่จะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ตามอำเภอใจไม่ ตรงกันข้ามอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอยู่อย่างจำกัด คือ ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรใดจะเข้าไปกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรคนหนึ่งคนใด องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรนั้นจะต้องแสดงได้ว่ามีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจตนกระทำการเช่นนั้น เพียงแต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีนโยบาย และแม้ว่านโยบายที่กำหนดขึ้นจะเป็นนโยบายที่กำหนดขึ้นเพื่อการธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ ถ้าหากยังไม่ได้มีการนำเอานโยบายนั้นไปบัญญัติเป็นกฎหมายให้อำนาจตนดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายนั้นแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรนั้นก็หาอาจดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายนั้นได้ไม่¹¹

เพื่อให้การปกครองโดยกฎหมายดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ราษฎรผู้ซึ่งเห็นว่าตนเองถูกองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ตนเห็นว่าขัดต่อกฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ในบ้านเมือง หรืออีกนัยหนึ่งจะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหากผลการตรวจสอบพบว่าการกระทำอันใดอันหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ของ

¹⁰ แหล่งเดิม.

¹¹ แหล่งเดิม.

รัฐขัดต่อกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง รัฐก็ต้องเพิกถอนการกระทำนั้นเสีย และทำให้ราษฎรผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้

ย่อมเป็นที่เห็นกันได้อย่างชัดแจ้งว่า หลักการสำคัญ ๆ ของนิติรัฐดังกล่าวข้างต้น จะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลย ถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย (อำนาจนิติบัญญัติ) อำนาจหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (อำนาจบริหาร) และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ (อำนาจตุลาการ) รวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้ว่าบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากราษฎรตามวิถีทางประชาธิปไตยก็ตาม ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติให้บทเรียนแก่เราว่า “บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ มีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ ๆ” การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะสมควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์การของรัฐในลักษณะที่ให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง การแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ในความหมายของการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้ต่างองค์กรกัน เป็นอิสระจากกัน จึงเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนานิติรัฐ¹²

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น พอจะสรุปได้ว่า สาระสำคัญของนิติรัฐ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ มีดังนี้¹³

(1) ในรัฐนั้นกฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งใดทั้งหมด การกระทำต่าง ๆ ในทางปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย เนื่องจากหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรอยู่ที่กฎหมายโดยความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐกับราษฎรนั้น การที่จะสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด จะกระทำได้อต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด

(2) ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐที่กำหนดไว้ตามกฎหมายจะต้องกำหนดไว้แน่นอน โดยบรรดากฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐในอันที่จะล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุให้อำนาจนั้นไว้อย่างชัดเจนพอสมควรให้องค์กรของรัฐองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่ง

¹² แหล่งเดิม.

¹³ จาก *หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป* (น. 95-97), โดย หยุด แสงอุทัย, 2513, พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

(3) การควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรของรัฐขัดต่อกฎหมาย ตุลาการผู้ทำหน้าที่ควบคุมจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองนั้น องค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่งคำบัญชาจากองค์กรอื่นใดอีก ทั้งนี้ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริง

2.1.2 หลักความไม่มีส่วนได้เสีย

ตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) จะประกอบไปด้วยหลักการที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ หลักความไม่มีส่วนได้เสีย หรือหลักไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาสำหรับคดีของตนเอง เป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมในระบบคอมมอนลอว์โดยเคร่งครัด ซึ่งหมายความว่า ผู้พิพากษาที่เป็นคู่กรณีหรือมีส่วนได้เสียกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาในคดีนั้น ๆ ไม่ได้ เพราะอาจจะเกิดความอยุติธรรม (Bias) ได้ง่าย หลักความไม่มีส่วนได้เสียจึงถูกนำมาใช้ในลักษณะอย่างเดียวกันแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือมีกรณีพิพาทกับเอกชนผู้เสียหายในผลกระทบในทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทหรือคำร้องต่าง ๆ

หลักการไม่มีส่วนได้เสีย มีรากฐานมาจากความต้องการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความเป็นกลาง (Impartiality) ในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยเรื่องราวต่าง ๆ อย่างยุติธรรม และปราศจากความลำเอียง ทั้งนี้ หากผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการนั้นมีผลประโยชน์และมีส่วนได้เสียเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม การวินิจฉัยสั่งการนั้นอาจเกิดความเอนเอียงและก่อให้เกิดความเสียหาย ไม่เป็นธรรม หรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนได้

การมีส่วนได้เสียที่จะเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้พิจารณา ประกอบด้วยการมีส่วนได้เสียในทางการเงิน (Financial Interest) ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม แม้ในกรณีที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเป็นบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป หรือเป็นคณะบุคคล การที่ผู้มีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคนใดคนหนึ่งมีส่วนได้เสียเพียงคนเดียว ก็ถือว่าผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยทั้งคณะนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วย ไม่ว่าการมีส่วนได้เสียนั้นจะกระทบกระเทือนต่อเสียงข้างมากขององค์กรคณะที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เพราะสาธารณชนไม่สามารถทราบได้ว่าการที่มิได้มีส่วนได้เสียนั้นจะมีอิทธิพลต่อเจ้าหน้าที่คนนั้นอย่างไรบ้าง จึงอาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยในความไม่เป็นกลางขององค์กรเจ้าหน้าที่ได้ นอกจากการมีส่วนได้เสียในทางการเงินแล้ว การมีส่วนได้เสียในสถานการณ์ที่อาจทำให้เกิดความไม่เป็นกลาง (Likelihood of Bias) เป็นเหตุอีก

ประการหนึ่งที่ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถเข้าร่วมเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยได้ เช่น การมีความสัมพันธ์ส่วนตัวหรือความเกี่ยวข้องอันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลาง อาทิเช่น ความเป็นญาติพี่น้องหรือการมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติหรือทางสมรส ความเป็นเพื่อนหรือศัตรู ความเป็นลูกจ้างนายจ้าง รวมถึงการเป็นหุ้นส่วนในการประกอบธุรกิจ ซึ่งสิ่งเหล่านี้อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางขึ้นได้ แม้ในทางความเป็นจริงผู้วินิจฉัยอาจมิได้นำสิ่งต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางเข้ามาเป็นมูลเหตุในการวินิจฉัย แต่ก็ก่อให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยต่อสาธารณชนที่เกี่ยวข้องได้¹⁴

ตัวอย่างกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนได้เสียกับการพิจารณา แม้จะไม่ได้ร่วมแสดงความคิดเห็นหรือออกเสียงชี้ขาดข้อที่ต้องพิจารณา หากแต่เข้าร่วมประชุมในเรื่องนั้น ๆ ด้วยแล้ว ศาลสูงเคยตัดสินว่า คำชี้ขาดของคณะกรรมการไม่มีผลใช้บังคับ เช่น คดีระหว่าง R. V.Hendon R.D.C., Parte Chorley, 1933 ซึ่งกรรมการของคณะกรรมการวางแผนและพัฒนาเมืองผู้หนึ่งเป็นผู้ร่วมพิจารณาคำขออนุญาตการขอดำเนินการพัฒนาที่ดินของบริษัทที่ดินเป็นผู้แทนขออื่น แม้ว่ากรรมการผู้นั้นจะไม่ได้ร่วมแสดงความคิดเห็นต่อคำขอนั้นเลย ศาลสูงวินิจฉัยว่า การพิจารณาคำขอดังกล่าวใช้ไม่ได้ เพราะในขณะที่พิจารณาอนุมัติคำขอ กรรมการผู้นั้นได้อยู่ในที่ประชุมด้วย ซึ่งอาจมีผลต่อการพิจารณาของกรรมการอื่น ๆ อีกคดีหนึ่งที่ศาลสูงวินิจฉัยไว้คล้ายคลึงกันคือ คดีระหว่าง R.V. Sussex Justicer , Ex Parte McCarthy, 1924 ซึ่งเป็นคดีที่ประธานคณะกรรมการควบคุมการเข้าเคหะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการเช่าระหว่างผู้เช่าซึ่งมีบิดาของประธานเป็นคู่กรณีอยู่ด้วย และประธานเป็นผู้ร้องแทนผู้เช่าทั้งหลายต่อเจ้าของเคหะผู้ให้เช่า ศาลสูงวินิจฉัยว่า การพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวไม่มีผลบังคับ เพราะประธานคณะกรรมการอาจมีความลำเอียงเข้าด้วยกับฝ่ายผู้เช่าได้ง่าย แม้ว่าประธานจะวางตัวเป็นกลางก็ตาม¹⁵

นอกจากหลักความไม่มีส่วนได้เสียซึ่งเป็นหลักการตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติแล้ว ในหลัก Due Process of Law ก็มีหลักความไม่มีส่วนได้เสีย ซึ่งมีหลักการเช่นเดียวกัน โดยกล่าวถึง การวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องใด เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะพิจารณาวินิจฉัยเพื่อความเป็นกลาง และเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่ประชาชนผู้เกี่ยวข้องว่าเรื่องดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาด้วยความถูกต้องเป็นธรรม ไม่มีอคติ และปราศจากความลำเอียง ความเป็นกลาง เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย

¹⁴ จาก การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย (น. 12), โดย ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย, 2531, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 312), โดย ถาวร เกียรติทับทิว, 2532, สงขลา: มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์.

อุทธรณ์ ผู้ที่จะเป็นกลางคือผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียเข้าข้างใคร มีความเป็นอิสระทุกอย่างโดยปราศจากข้อสงสัยในความเป็นกลางอย่างแท้จริง ความเป็นอิสระจากทุกอย่าง คือ การไม่มีอิทธิพลใด ๆ มาครอบงำกดดันที่จะทำให้การพิจารณาวินิจฉัยขาดความเที่ยงธรรมหรือบิดเบือนไม่ถูกต้อง ซึ่งเหมือนกันกับหลักความไม่มีส่วนได้เสียในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลักความไม่มีส่วนได้เสียนี้ ศาลสูงสหรัฐอเมริกาใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครองอย่างเคร่งครัด¹⁶

2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติรัฐและหลักความไม่มีส่วนได้เสีย

ความคิดในเรื่องนิติรัฐและหลักกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ความคิดในเรื่องนิติรัฐอยู่เบื้องหลังที่ผลักดันให้เกิดกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เป็นรูปร่าง โดยมีแก่นสารของตัวปัญหาที่อยู่ศูนย์กลาง คือ การใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ หลักกฎหมายปกครองในเรื่องการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ความคิดในเรื่องการประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชน และการที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการต่าง ๆ ต่อประชาชนอย่างเสมอหน้า ล้วนแต่เป็นมาตรการที่จะควบคุมมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ในระยะหลังได้มีการนำความคิดเรื่องประชาธิปไตยและเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนมาโยงพิจารณาประกอบกับกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย¹⁷

อำนาจรัฐทุกประเภท รวมทั้งอำนาจของฝ่ายปกครอง ตัวอำนาจนั้นมีแนวโน้มที่จะพยายามให้หลุดพ้นไปจากเงื่อนไขข้อผูกมัดใด ๆ ของการใช้อำนาจเท่าที่จะเป็นไปได้ อำนาจคือพฤติกรรมอย่างหนึ่งที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและขัดแย้งกับหลักกฎหมายต่าง ๆ โดยสิ้นเชิง หน้าที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของนิติรัฐก็คือ การจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจและการใช้อำนาจอย่างบิดเบือนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ปัญหาในเรื่องการใช้อำนาจตามอำเภอใจและบิดเบือนดังกล่าวมีมาตั้งแต่อดีต ปัจจุบัน และคงจะต้องเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต ในจิตใจสำนึกของประชาชนจะเข้าใจว่า การใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจนั้นคือการใช้อำนาจรัฐอย่างเบ็ดเสร็จ ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์และในสมัยที่รัฐใช้อำนาจเบ็ดเสร็จนั้น ฝ่ายปกครองมีอิสระในการกระทำต่าง ๆ กล่าวคือ ไม่มีกฎหมายมากำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจและไม่มีข้อห้ามใด ๆ ว่าผู้วินิจฉัยสั่งการทางปกครองใด ๆ จะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น จะเป็นเพียงคำสั่งให้ปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาแต่ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย การปฏิบัติฝรั่งเศสทำให้อิทธิพลความคิดเรื่องเสรีภาพและความเสมอภาค

¹⁶ แหล่งเดิม.

¹⁷ หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน: ศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวความคิดทางทฤษฎี (น. 107). เล่มเดิม.

มาเรียกร้องให้มีการจำกัดขอบเขตของอำเภोज ที่ใดไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องใด การกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องนั้นมักจะถูกมองว่าเป็นการกระทำตามอำเภोज จึงได้มีความพยายามหามาตรการต่าง ๆ มาควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามอำเภोज ขจัดอำเภोजของรัฐ รวมทั้งป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจรัฐตามอำเภोज เพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการวินิจฉัยสั่งการตามภาวะวิสัยและชอบด้วยกฎหมาย การวินิจฉัยสั่งการตามอำเภोजจะต้องทดแทนด้วยกฎหมายที่แน่นอนตามตัวบทกฎหมาย จะต้องตรากฎหมายให้ครอบคลุมทุกอย่างเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจรัฐตามอำเภोजได้เลย การใช้อำนาจก้าวล้ำไปกระทบกระเทือนกรรมสิทธิ์ของประชาชน ในช่วงระยะเวลาสมัยนั้นถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม มาในสมัยของรัฐที่พวกขุนนางเป็นใหญ่ เจ้าผู้ครองนครจะใช้อำนาจก้าวล้ำไปกระทบกระเทือนกรรมสิทธิ์ของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อเป็นเรื่องความจำเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน การปกครองด้วยอำนาจรัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัย หลักการแบ่งแยกอำนาจเริ่มจะแทรกซึมไปในจิตใต้สำนึกของประชาชนอย่างกว้างขวาง และความคิดในเรื่องนิติรัฐก็เริ่มแผ่ขยายขอบเขตมากขึ้นโดยพยายามสร้างมาตรการต่าง ๆ มาควบคุมฝ่ายปกครอง¹⁸

ในนิติรัฐ ความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย การประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชน และการที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการต่าง ๆ ต่อประชาชนอย่างเสมอหน้า คือมาตรการในการจัดการใช้อำนาจรัฐตามอำเภोज กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเป็นระเบียบทางกฎหมายในนิติรัฐจะบังเกิดขึ้นเมื่อปราศจากอันตรายอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภोज โดยมีหลักประกันว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย มีการประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชน และยึดหลักความเสมอภาค¹⁹

หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น ข้อบทที่สำคัญสองประการของหลักการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายได้แก่ ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ ข้อบททั้งสองประการนี้เป็นที่ทราบกันทั่วไปว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของตัวบทกฎหมาย แต่ตัวบทกฎหมายมิใช่เป็นเพียงขอบเขตดังกล่าว แต่ยังเป็นการมอบอำนาจและหน้าที่ให้แก่ฝ่ายปกครองด้วย ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง การใช้อำนาจดุลพินิจ

¹⁸ แหล่งเดิม.

¹⁹ แหล่งเดิม.

ดังกล่าวนี้จะใช้ตามอำเภอใจไม่ได้ การที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง ภายใต้หลักกฎหมายที่ว่า การกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น ในนิติรัฐไม่มีความหมายเป็นอย่างอื่น นอกจากการให้หลักประกันว่าฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามตัวบทกฎหมายในนิติรัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งปวงจะต้องชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติ หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ยอมรับกันในศตวรรษที่ 19 และได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 1 วรรคสาม และมาตรา 20 วรรคสาม ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจหน้าที่เฉพาะที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น การวินิจฉัยสั่งการจะชอบด้วยกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมาย ก็ต่อเมื่อมีการพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องอย่างสมบูรณ์และรอบด้าน กฎหมายจะนำมาใช้อย่างถูกต้องกับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นต้องขึ้นอยู่กับที่ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง²⁰

หลักการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย เรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้น ๆ มีหน้าที่ดูแลขั้นตอนของการพิจารณาให้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยตามวัตถุประสงค์และรวดเร็ว มิใช่ปล่อยให้เป็นเรื่องของกลุ่มความเช้นที่ปฏิบัติกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หลักกฎหมายดังกล่าวจึงเรียกร้องให้มีการรับฟังผู้มีส่วนได้เสียที่ถูกกระทบสิทธิ และการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำวินิจฉัยสั่งการที่ใช้ดุลพินิจ ไม่ว่าจะเป็นดุลพินิจวินิจฉัยหรือดุลพินิจปรับบทกฎหมาย และการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนรับผิดชอบนั้น F.O. Kopp ได้เรียบเรียงในหนังสือวิจัยของเขาว่าความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นไม่อาจจะละเลยเสีย การบังคับเรื่องการต้องให้เหตุผลในคำวินิจฉัยสั่งการอยู่ในส่วนผลของการพิจารณาที่จำเป็นอย่างยิ่ง ส่วนการรับฟังผู้มีส่วนได้เสียนั้นเป็นเรื่องที่แน่นอนว่า จะต้องดำเนินการ G. Langrod มีความเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ไว้ก็เพื่อที่จะเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารไม่เพียงแต่การปฏิบัติต่าง ๆ ตามกฎหมาย แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องวินิจฉัยสั่งการในกรณีเฉพาะรายให้ถูกต้องด้วย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการปฏิบัติตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณา เพื่อจัดโอกาสที่จะวินิจฉัยสั่งการผิดพลาดตั้งแต่ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มิใช่เพียงเพราะว่าหากผิดพลาดประการใดในชั้นนี้แล้ว ประชาชนก็สามารถไปใช้สิทธิทางศาลได้²¹

²⁰ แหล่งเดิม.

²¹ แหล่งเดิม.

ฝ่ายปกครองภายใต้นิติรัฐที่เป็นประชาธิปไตยจะต้องมีวิธีพิจารณาที่เหมาะสมเพื่อเป็นหลักประกันว่า เจตจำนงของสังคมในรูปของตัวบทกฎหมายที่ผ่านสภานิติบัญญัตินั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติในกรณีเฉพาะราย วิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในรัฐประชาธิปไตยมีหน้าที่ทำเจตจำนงดังกล่าวถูกใช้ไปในทางที่ผิดหรือถูกบิดเบือนโดยฝ่ายปกครองในกรณีเฉพาะราย ด้วยการละเลยไม่สนใจโยคี หรือการเข้าใจไม่ถูกต้องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบ ดังนั้นจึงต้องบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักวิธีพิจารณาทั้งหลายซึ่งเป็นมาตรการในการส่งเสริมให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย²²

หลักความไม่มีส่วนได้เสีย เป็นการควบคุมโดยสาธารณชนและการพิจารณาโดยเปิดเผย ซึ่งจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบเรื่องนั้น ๆ ไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตนและพิจารณาวินิจฉัยสั่งการเรื่องในทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้ว ความปรากฏต่อสาธารณชนโดยผ่านทางสื่อมวลชนแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะคาดหมายได้ว่าสาธารณชนต้องมีปฏิกิริยาในทางลบต่อการวินิจฉัยสั่งการของตนอย่างแน่นอน²³

2.1.4 แนวคิดหลักขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม

(1) ความหมายการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม

ความหมายของคำว่า “การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม” หรือ Conflict of Interests มีผู้ที่อธิบายให้ความหมายไว้อย่างหลากหลาย เช่น²⁴

แซนดร้า วิลเลียม (Sandra William) ให้ความหมายว่า การที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือข้าราชการได้เปิดโอกาสให้เงินหรือผลประโยชน์ส่วนบุคคลเข้ามามีอิทธิพลต่อหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องมีต่อสาธารณะ

แพทริก บอยเออร์ (Patrick Boyer) ผู้เชี่ยวชาญจากแคนาดา ให้ความหมายว่า ผลประโยชน์ขัดกันของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ หมายถึง สถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่รัฐมีผลประโยชน์ส่วนบุคคล และได้ใช้อิทธิพลหรือจะใช้อิทธิพลของตำแหน่งหน้าที่ไปเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว

เคนเนท เคอนาแกน (Kenneth Kernaghan) อธิบายว่า หมายถึง สถานการณ์ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลประโยชน์ส่วนบุคคลอยู่และได้ใช้อิทธิพลตามหน้าที่ และความรับผิดชอบทางสาธารณะไปขัดกับผลประโยชน์ส่วนบุคคล

²² แหล่งเดิม.

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ จาก นักการเมืองไทย:จริยธรรม ผลประโยชน์ทับซ้อน การคอร์รัปชันสภาพปัญหา สาเหตุ ผลกระทบ แนวทางแก้ไข (น. 108-110), โดย ชีรภัทร์ เสรีรังสรรค์, 2549, กรุงเทพฯ: สายธาร.

เมื่อพิจารณาตามความหมายต่าง ๆ แล้ว จะเห็นว่า การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น เกิดจากองค์ประกอบหลัก 3 ประการ คือ²⁵

(1.1) มีผลประโยชน์ส่วนตัว (Private of Personal Interest) ซึ่งอาจเป็นผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินหรือมิใช่ตัวเงินก็ได้ เป็นของตนเองหรือของคนอื่นหรือกลุ่มบุคคลอื่น ๆ ที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกัน เช่น บุคคลในครอบครัว เพื่อนร่วมอาชีพหรือร่วมรุ่นสถาบันทางการศึกษา เป็นต้น

(1.2) มีหน้าที่และความรับผิดชอบทางการตามตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือสาธารณะ (Public of Official Duty and Responsibility) ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีหน้าที่และบทบาทที่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางวิชาชีพหรือมาตรฐานการปฏิบัติงาน ซึ่งต้องมีความเป็นกลาง โดยยึดถือผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญเหนือกว่าผลประโยชน์ส่วนบุคคล

(1.3) มีการเข้ามาแทรกแซงในการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นกลาง (Interfering with Objective Judgment) หมายถึงสภาพของความขัดแย้งดังกล่าวได้เข้ามามีบทบาทหรือแทรกแซงการใช้ดุลพินิจที่เป็นกลางของผู้ดำรงตำแหน่ง จนทำให้การตัดสินใจดังกล่าวเบี่ยงเบนออกจากมาตรฐานทางวิชาชีพหรือมาตรฐานการปฏิบัติงาน

ปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม จะเกิดขึ้นเมื่อองค์ประกอบทั้ง 3 ประการข้างต้นมีอยู่ครบถ้วน เพราะการคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนบุคคลนั้นเป็นธรรมชาติของมนุษย์ แต่เมื่อเขามีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ (Accountability) ต่อส่วนรวมแล้ว ความต้องการส่วนบุคคลกลับมีอิทธิพลบิดเบือนทำให้การตัดสินใจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการสิ่งใด หากเป็นไปในทางที่เห็นแก่ความต้องการส่วนบุคคลและมีผลกระทบไปในทางเสียหายต่อประเทศชาติหรือส่วนรวมแล้ว เมื่อนั้นปัญหาดังกล่าวก็จะเกิดขึ้น

(2) ลักษณะและรูปแบบการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ²⁶

(2.1) การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดขึ้นจริง (Real Conflict of Interests) หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ดำรงตำแหน่ง ไม่ว่าจะเป็นข้าราชการการเมืองหรือข้าราชการหรือพนักงานเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ มีผลประโยชน์ส่วนบุคคลเข้ามามีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งและความรับผิดชอบ

²⁵ จาก ความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม (น. 2-3), โดย นิพนธ์ พัวพงศกร และคณะ, 2546, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.

²⁶ แหล่งเดิม.

(2.2) การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เป็นโอกาส หรือโอกาสความน่าจะเป็น (Potential of Interests) หมายถึง สถานการณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อผู้มีอำนาจตัดสินใจพบว่า ตนเองอยู่ในสถานการณ์ที่ผลประโยชน์ส่วนบุคคลมีโอกาสหรือสามารถเข้ามามีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่ ในลักษณะนี้ยังไม่ได้ตัดสินใจหรือดำเนินการตามหน้าที่รับผิดชอบ ซึ่งจาก Potential Conflict ไปสู่ Real Conflict ก็ต่อเมื่อผู้นั้นตระหนักถึงความขัดแย้ง แต่มิได้ละทิ้งผลประโยชน์ส่วนบุคคลหรือถอนตัวออกจากสถานการณ์ดังกล่าว

ส่วนรูปแบบของการขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น John Langford และ Kenneth Kernaghan ได้แบ่งประเภทต่าง ๆ ของลักษณะการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม เป็น 7 ประเภท²⁷ ดังนี้

1) การรับประโยชน์ต่าง ๆ (Accepting Benefits) เช่น การรับของขวัญจากบริษัทธุรกิจ บริษัทขายยาหรืออุปกรณ์การแพทย์ สนับสนุนค่าเดินทางให้ผู้บริหารและเจ้าหน้าที่ไปประชุมเรื่องอาหารและยาที่ต่างประเทศ หรือหน่วยงานราชการรับเงินบริจาคสร้างสำนักงานจากนักธุรกิจ หรือบริษัทธุรกิจที่เป็นลูกค้าของหน่วยงานหรือแม้กระทั่งในการใช้งบประมาณของรัฐเพื่อจัดซื้อจัดจ้างแล้วเจ้าหน้าที่ได้รับของแถม หรือผลประโยชน์อื่นตอบแทน เป็นต้น

2) การทำธุรกิจกับตัวเอง (Self-Dealing) หรือเป็นคู่สัญญา (Contracts) หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานที่ตนสังกัด เช่น การใช้ตำแหน่งหน้าที่ที่ทำให้หน่วยงานทำสัญญาซื้อสินค้าจากบริษัทของตนเอง หรือจ้างบริษัทของตนเป็นที่ปรึกษาหรือซื้อที่ดินของตนเองในการจัดสร้างสำนักงาน สถานการณ์เช่นนี้เกิดบทบาทที่ขัดแย้ง เช่น เป็นทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในเวลาเดียวกัน

3) การทำงานหลังจากออกจากตำแหน่งสาธารณะหรือหลังเกษียณ (Post Employment) หมายถึง การที่บุคลากรออกจากหน่วยงานของรัฐ และไปทำงานในบริษัทเอกชนที่ดำเนินธุรกิจประเภทเดียวกัน เช่น เป็นผู้บริหาร หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การอาหารและยาออกจากงานราชการและไปทำงานในบริษัทผลิตหรือขายยา หรือผู้บริหารกระทรวงคมนาคมหลังเกษียณออกไปทำงานเป็นผู้บริหารของบริษัทธุรกิจสื่อสาร เป็นต้น

²⁷ From *The Responsible Public Servant* (pp. 114-118), by Langford John and Kenneth Kernaghan, 1990, อ้างถึงใน บทบาทและอำนาจหน้าที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติต่อการแก้ไขปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม (น. 9-10), โดย สนธยา ยาพิณ, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

4) การทำงานพิเศษ (Outside Employment or Moonlighting) ในรูปแบบนี้มีได้หลายลักษณะ เช่น ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะตั้งบริษัทดำเนินธุรกิจที่เป็นการแข่งขันกับหน่วยงานหรือองค์การสาธารณะที่ตนสังกัด หรือการรับจ้างเป็นที่ปรึกษาโครงการ โดยอาศัยตำแหน่งในราชการสร้างความน่าเชื่อถือว่าโครงการของผู้ว่าจ้างจะไม่มีปัญหาขัดข้องในการพิจารณาจากหน่วยงานที่ปรึกษาสังกัดอยู่ หรือในกรณีที่เป็นผู้ตรวจสอบบัญชีของกรมสรรพากร รับงานพิเศษเป็นที่ปรึกษาหรือเป็นผู้ทำบัญชีให้กับบริษัทที่ต้องถูกตรวจสอบ

5) การรับรู้ข้อมูลภายใน (Inside Information) หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะใช้ประโยชน์จากการรู้ข้อมูลภายในเพื่อประโยชน์ตนเอง เช่น ทราบว่าจะมีการตัดถนนตรงไหนก็รีบไปซื้อที่ดินโดยใส่ชื่อภรรยา หรือทราบว่าจะมีการจัดซื้อที่ดินเพื่อทำโครงการของรัฐก็รีบไปซื้อที่ดินเพื่อเก็งกำไรและขายให้กับรัฐในราคาที่สูงขึ้น

6) การใช้สมบัติราชการเพื่อประโยชน์ของธุรกิจส่วนตัว (Using Your Employer's Property for Private Advantage) เช่น การนำเครื่องใช้สำนักงานต่าง ๆ กลับไปใช้ที่บ้าน การนำรถยนต์ในราชการไปใช้ในงานส่วนตัว

7) การนำโครงการสาธารณะลงในเขตเลือกตั้งเพื่อประโยชน์ในทางการเมือง (Pork Barrelling) เช่น การที่รัฐมนตรีอนุมัติโครงการของกระทรวงไปลงในพื้นที่หรือบ้านเกิดของตนเอง หรือการใช้งบประมาณสาธารณะเพื่อหาเสียงเลือกตั้ง

จากรูปแบบดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น มีได้หลายรูปแบบ ไม่จำกัดอยู่ในรูปตัวเงินหรือทรัพย์สินเท่านั้น แต่รวมถึงผลประโยชน์อื่น ๆ ที่ไม่ใช่ในรูปตัวเงินหรือทรัพย์สินก็ได้ เช่น การที่ นาย ก. ดำรงตำแหน่งเป็นที่ปรึกษาของรัฐมนตรี และมีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีเกี่ยวกับการออกกฎระเบียบสำหรับบริษัทเอกชน ซึ่งในขณะเดียวกัน นาย ก. ก็มีธุรกิจส่วนตัว โดยเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชนที่จะได้รับผลกระทบจากกฎระเบียบนั้นด้วยเช่นกัน หรือกรณีที่ นาย ข. ซึ่งเป็นข้าราชการในหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่ง รับข้อเสนอว่าจะได้รับการว่าจ้างงานหลังจากที่ นาย ข. ออกจากราชการแล้วจากบริษัทที่กำลังยื่นขอสัมปทานจากหน่วยงานที่ นาย ข. สังกัดอยู่ หรือกรณีที่ นาย ค. เป็นหนึ่งในคณะกรรมการที่ต้องพิจารณาตัดสินใจเลือกเส้นทางที่จะตัดถนนสายใหม่ ซึ่งมีเส้นทางหนึ่งอาจจะส่งผลให้มูลค่าที่ดินในครอบครองของ นาย ค. สูงขึ้น เป็นต้น

(3) วัตถุประสงค์ของหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม

การดำเนินการของรัฐที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายนั้นจะต้องเป็นไปอย่างอิสระและไม่ลำเอียง นโยบายและการตัดสินใจต่าง ๆ ต้องเป็นไปอย่างเหมาะสม การใช้อำนาจของ

เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องไม่ถูกใช้เพื่อกำไรหรือผลประโยชน์ส่วนบุคคล และสาธารณชนต้องมีความมั่นใจในความซื่อสัตย์ของรัฐบาลของตน แต่จุดมุ่งหมายดังที่กล่าวมานี้ ย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากมีการขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดขึ้น ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องป้องกันมิให้เกิดการขัดกันของผลประโยชน์เช่นนั้น และก่อตั้งมาตรฐานทางจริยธรรมที่เหมาะสมเพื่อใช้สำหรับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยวัตถุประสงค์ที่สำคัญของหลักว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม มีดังนี้²⁸

(3.1) เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะย่อมต้องได้รับความเชื่อถือสาธารณะ (Public Officer is a Public Trust) กล่าวคือ ประชาชนทั่วไปต้องมีความเชื่อถือและให้ความไว้วางใจว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง หากปรากฏภายหลังว่า ในระหว่างที่มีการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้เกิดสถานการณ์การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมเกิดขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อความเชื่อถือและไว้วางใจที่ประชาชนมีให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะเมื่อเกิดสถานการณ์การขัดกันของผลประโยชน์แล้ว ย่อมมีแนวโน้มว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นจะคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนบุคคลก่อนผลประโยชน์ส่วนรวม แม้ว่าในกรณีดังกล่าวนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำโดยเห็นแก่ประโยชน์ส่วนรวมก็ตาม แต่ก็ย่อมก่อให้เกิดความคลางแคลงใจต่อบุคคลทั่วไป การให้เจ้าหน้าที่ของรัฐแสดงความบริสุทธิ์ใจในเรื่องความซื่อสัตย์ต่อตำแหน่งหน้าที่ของตน เช่น การให้ยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินและหนี้สินก่อนเข้ารับตำแหน่งหรือการแจ้งให้ทราบว่าตนมีส่วนได้เสียในเรื่องใดที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น เป็นความพยายามที่จะทำให้ประชาชนทั่วไปเกิดความมั่นใจและเชื่อถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องต่าง ๆ นั้น จะได้กระทำโดยมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง ปราศจากอิทธิพลของผลประโยชน์ส่วนบุคคลซึ่งจะมีผลกระทบต่อการวินิจฉัยสั่งการที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องกระทำตามอำนาจหน้าที่

(3.2) ป้องกันผลเสียหายที่เกิดจากสถานการณ์การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลกับผลประโยชน์ส่วนรวม การมีเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม เป็นข้อเรียกร้องที่สำคัญในทุกประเทศ เพราะเมื่อการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐได้ดำเนินการโดยบุคคลซึ่งมีความเป็นธรรม ไม่มีอคติหรือส่วนได้เสียเกี่ยวข้องด้วยแล้ว ความเชื่อมั่นและการยอมรับในการตัดสินใจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่

²⁸ จาก การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ: ศึกษาเฉพาะกรณีตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรี (น. 20), โดย เฉลิมพล นาคสุวรรณ, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ของรัฐนั้นก็จะเพิ่มมากขึ้น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้เคยกล่าวไว้ในคดี United States V. Mississippi Valley Generating Co. ว่า ประชาธิปไตยจะมีประสิทธิภาพต่อเมื่อประชาชนมีความศรัทธาในตัวผู้ปกครอง และความศรัทธานั้นจะถูกทำลายลงอย่างสิ้นเชิงเมื่อเจ้าหน้าที่ระดับสูงและผู้ได้รับการแต่งตั้งจากพวกเขาทำงานในกิจกรรมซึ่งปลุกความสงสัยในความประพฤติที่ไม่สมควร และการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การที่รัฐใดมีภาพลักษณ์ที่ดีโดยแสดงให้เห็นถึงการดำเนินการโดยซื่อสัตย์และปราศจากการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม นับว่าเป็นสิ่งที่สำคัญในสังคมปัจจุบัน เนื่องจากการสร้างความเชื่อมั่นทั้งต่อประชาชนภายในประเทศและในต่างประเทศในการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐนั้น ทำให้เห็นว่ารัฐนั้นมีประสิทธิภาพในการบริหารงานและมีการจัดการบุคลากรที่ดี อีกทั้งหากเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นดำเนินการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงแล้ว ย่อมมีผลให้การดำเนินการในกิจการต่าง ๆ ของรัฐนั้นสำเร็จลุล่วงด้วยดี มีคุณภาพ และตอบสนองความต้องการของประชาชนได้เป็นอย่างดี แต่ในทางตรงกันข้าม หากรัฐใดมีภาพลักษณ์ที่ไม่เหมาะสม กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ของตนในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนบุคคล ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายตามมาทั้งในทางตรงและทางอ้อม โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสูง ซึ่งการกระทำของพวกเขามักอยู่ในสายตาของประชาชน การปฏิเสธว่าตนไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ของตนแสวงหาประโยชน์ใด ๆ ในกรณีที่มีสถานการณ์การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น ย่อมเป็นไปได้ยาก และอาจไม่เพียงพอที่จะขัดข้อสงสัยของประชาชนในเรื่องดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐตามสมควร เพื่อที่จะป้องกันมิให้เกิดภาพลักษณ์ที่ไม่เหมาะสมอันจะส่งผลให้เกิดความเสียหายทั้งแก่รัฐและประชาชน

(3.3) ลดแรงจูงใจที่ก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์อันไม่ถูกต้อง การป้องกันมิให้เกิดสถานการณ์การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมนี้นี้เป็นมาตรการที่นำมาใช้เพื่อลดขนาดของอิทธิพลหรือแรงจูงใจ หรือสิ่งล่อใจอันเกิดจากผลประโยชน์ส่วนบุคคลซึ่งเป็นผลประโยชน์รอง (Secondary Interests) มิให้เข้ามามีส่วนสัมพันธ์หรือส่งผลต่อคุณธรรมการใช้ดุลพินิจพิจารณาอันมุ่งต่อผลประโยชน์หลัก (Primary Interests) หรือประโยชน์สาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์นี้ เป็นการควบคุมการกระทำของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพราะเจ้าหน้าที่เหล่านี้มีอำนาจมาก ต้องเผชิญกับสิ่งล่อใจมากมายและหลากหลาย สิ่งล่อใจต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่มีอิทธิพลจูงใจเหนือกว่าแรงจูงใจในการทำงานในหน้าที่ให้กับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์จึงเป็นมาตรการในการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐจากการที่

เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจหน้าที่ของตนเป็นเครื่องมือแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว เพราะหากป้องกันมิให้มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์เกิดขึ้นแล้ว โอกาสที่เจ้าหน้าที่จะกระทำการใด ๆ เพื่อประโยชน์ของตนเอง ย่อมเกิดขึ้นน้อยลงตามลำดับ ซึ่งนอกจากรัฐจะไม่ได้ได้รับความเสียหายแล้ว ประชาชนยังได้รับประโยชน์จากการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเต็มที่

ดังนั้น หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์จึงมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเพื่อควบคุมและลดความเสี่ยงของอิทธิพล หรือแรงจูงใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางเศรษฐกิจเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในกระบวนการตัดสินใจของผู้พิจารณา ซึ่งก็คือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้การตัดสินใจหรือการใช้ดุลพินิจของเรื่องต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่นั้นมีความเป็นอิสระและเป็นธรรมมากที่สุด แม้ว่าในศตวรรษนี้จะเป็นการยากยิ่งที่จะแบ่งแยกผลประโยชน์ส่วนบุคคลออกจากผลประโยชน์ส่วนรวมอย่างเด็ดขาดได้ เพราะว่าผลประโยชน์เหล่านี้มีความเหลื่อมล้ำกันและไม่อาจแยกจากกันได้

(3.4) ทำให้ประชาชนได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเสมอภาค จุดมุ่งหมายของการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญประการหนึ่ง คือ เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นอย่างทั่วถึงและเท่าเทียมกัน ดังนั้น หากปล่อยให้มิได้มีการจัดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมเกิดขึ้น ย่อมส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐกลายเป็นตลาดซึ่งมีวิถีทางเศรษฐกิจ ความคิดในเรื่องความเสมอภาคภายใต้กฎหมายก็จะไม่สามารถเกิดขึ้นภายใต้สภาพการณ์ดังกล่าว หลักการเข้าถึงบริการสาธารณะที่เสมอภาคนี้ได้พยายามที่จะรักษาหรือให้รัฐคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะมากกว่าการยินยอมให้ประโยชน์สาธารณะถูกเข้ายึดได้โดยเอกชนบางคนบางกลุ่มซึ่งมีเงิน ภายใต้ความคิดนี้จึงมีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ปกป้องประชาชนจากการที่จะต้องจ่ายเงินเป็นพิเศษเพื่อซื้อบริการจากรัฐ ซึ่งโดยปกติแล้วรัฐต้องจัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนอยู่แล้ว ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการเข้าถึงบริการสาธารณะโดยเสมอภาค และการปฏิบัติอย่างเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย

นอกจากนี้ หากยินยอมให้มีการใช้เงินหรือประโยชน์ตอบแทนเพื่อแลกกับการได้รับบริการจากรัฐเป็นพิเศษ ย่อมทำให้มีการเลือกปฏิบัติและสร้างความขัดแย้งขึ้นในสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทำให้ผู้ที่ได้รับประโยชน์ตอบแทนกำหนดนโยบายสาธารณะในลักษณะที่เอื้อประโยชน์ให้แก่กลุ่มบุคคลตามที่ใช้อำนาจรัฐต้องการ โดยผลประโยชน์ที่ถูกเบียดบังไปอาจจะจัดสรรกลับมาสู่ผู้ใช้อำนาจรัฐตามกระบวนการที่ได้กำหนดไว้ ทำให้ประโยชน์ที่ควรจะเป็นของประชาชนทั่วไปตกไปอยู่กับบุคคลบางกลุ่มเท่านั้น มิได้มีการกระจายไปสู่ประชาชนตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งลักษณะเช่นนี้จะสร้างความเสียหายแก่รัฐ

ในประเด็นที่ผลประโยชน์สาธารณะมีอาจจะจัดสรรไปสู่กลุ่มบุคคลเป้าหมายที่ชอบด้วยเหตุผลและความเป็นธรรมในการรับประโยชน์ดังกล่าว

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้และการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democratic State) หรือรัฐที่จัดองค์กรทางการเมืองการปกครองโดยยึดมั่นในหลักนิติรัฐ (Legal State Principle) นั้น มีหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญคือ หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย²⁹ (Principle of Legality of Administrative Action) หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ อันมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของพลเมืองได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องใช้อำนาจกระทำการ โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจึงเป็นสาระสำคัญสำหรับการใช้อำนาจต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง

ดังนั้นในระบบนิติรัฐจึงเป็นที่ยึดถือกันว่า กฎหมายเป็นทั้งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐ กฎหมายจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองและการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น กฎหมายจึงควรต้องมีความชัดเจนแน่นอนตามสมควร โดยกำหนดกรณีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจและเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจนโดยไม่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ³⁰

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง

ในการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครองนี้ ได้แบ่งแยกหัวข้อที่จะศึกษาออกเป็น 2 หัวข้อ คือ แนวคิดและความหมายของฝ่ายปกครอง และความหมายและประเภทการกระทำทางปกครอง โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) แนวคิดและความหมายของฝ่ายปกครอง

ในการปกครองจำเป็นต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ ซึ่งเรียกว่า “รัฐบาล” รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนงานในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติ

²⁹ จาก “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” โดย วรพจน์ วิสริตพิชญ์ ข, 2531, รวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, 195.

³⁰ จาก ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 65-66), โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551, กรุงเทพฯ: ดอกหญ้า.

1) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา หมายถึง องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทำภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ โดยถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง

การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาที่ได้รับการยอมรับคือ การให้ความหมายโดย Wolff ซึ่งให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ โดยทั่วไปแล้วเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และเป็นองค์กรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ³⁶

2) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ หมายถึง ฝ่ายปกครองที่ทำภาระหน้าที่ในทางปกครองโดยรวม ภาระหน้าที่ที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าว นั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า ภาระหน้าที่นั้นเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้หรือไม่

จากการศึกษาความหมายของฝ่ายปกครอง อาจให้สาระสำคัญขององค์กรฝ่ายปกครองได้ว่า มีสาระสำคัญอย่าง 4 ประการ ดังนี้³⁷

ประการที่หนึ่ง พิจารณาในแง่ของภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องของส่วนรวมและเรื่องของมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม

ประการที่สอง พิจารณาในแง่ของผลประโยชน์ การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์สาธารณะในบางกรณีย่อมสอดคล้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และในบางกรณีอาจขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย

ประการที่สาม พิจารณาจากการดำเนินการ ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการโดยมีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติการตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในลักษณะที่เป็นนามธรรมทั่วไปฝ่ายปกครองจะต้องทำให้สิ่งที่ป็นนามธรรมทั่วไปเหล่านั้นเป็นรูปธรรมที่เป็นจริงขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การทำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกับการปฏิบัติการตามกฎหมายเท่านั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะอื่น ๆ อีกได้ แต่ก็จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย และต้องผูกพันต่อแนวนโยบายของรัฐบาล

³⁶ แหล่งเดิม.

³⁷ แหล่งเดิม.

ประการที่สี่ พิจารณาจากลักษณะการกระทำ โดยลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการที่เป็นรูปธรรมในกรณีใดกรณีหนึ่ง และเป็นการทำให้เกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้ การกระทำของฝ่ายปกครองจึงแตกต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไปและเกี่ยวข้องกับกรณีที่ไม่อาจจะกำหนดจำนวนได้

(2) ความหมายและประเภทของการกระทำทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้ให้คำอธิบายการกระทำทางปกครองไว้ว่า กฎหมายปกครองภาคทฤษฎีทั่วไป ศูนย์รวมความคิดอยู่ที่อะไรคือการกระทำของฝ่ายปกครอง ถ้ามิใช่การกระทำที่มีผลในทางปกครองก็อาจแยกออกมาเป็นการกระทำทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางการเมือง การกระทำทางปกครองมีลักษณะหลากหลายมาก เพราะการกระทำในทางกฎหมายทั้งหมดอาจเป็นการกระทำในทางแพ่งหรือทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเกินหรือปราศจากอำนาจ การกระทำนั้นก็ต้องถูกยกเลิกเพิกถอน และถ้ามีผู้เสียหายเขาก็อาจฟ้องร้องขอให้ลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาหรือให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งด้วยก็ได้³⁸

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ให้ความหมายของการกระทำทางปกครองไว้ว่า คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง แต่ถ้ามองการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมิใช่ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวก็มีมิใช่เป็นการกระทำทางปกครอง แต่เป็นเพียงการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง แต่หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นว่า การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาลและผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญก็มีใช้การกระทำทางปกครอง แต่เป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งแยกได้ว่าเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา และการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การส่งทูตานุทูตไทยไปประจำในต่างประเทศ³⁹

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้อธิบายการกระทำทางปกครอง คือ การกระทำหรือการละเว้นการกระทำทุกประเภทของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งผลในทีนี้ อาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนก็ได้หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองก็ได้

³⁸ จาก กฎหมายปกครอง (น. 25), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์ ข, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 274-275), โดย ชัยวัฒน์ แสงศักดิ์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

องค์กรทางปกครองเป็นผู้ดำเนินการงานของรัฐ ในหลายกรณีองค์กรทางปกครองจึงได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ดำเนินการต่าง ๆ ทำให้องค์กรทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ ซึ่งอาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับผู้อื่นได้ โดยอาจเปลี่ยนแปลงสภาพทางกฎหมายของสิทธิหน้าที่ของเอกชน การกระทำทางปกครองที่องค์กรทางปกครองกระทำโดยการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของเอกชนนั้นในทางทฤษฎีเรียกกันว่าเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินงานบางกรณี องค์กรทางปกครองอาจกระทำการต่อเอกชนโดยไม่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน แต่อาจใช้ความยินยอมพร้อมใจตามหลักกฎหมายเอกชนก็ได้ เช่น ทำสัญญา หรืออาจเป็นการใช้อำนาจแต่มีไข่มุกก่อให้เกิดผลในกฎหมายอย่างนิติกรรม หากแต่เป็นการใช้กำลังทางกายภาพเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในหน้าที่ของตน เช่น เข้าไปรื้อถอนขนย้ายสิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ การกระทำทางปกครองจึงมีได้หลายลักษณะ บางลักษณะจะไม่มีผลทางกฎหมายต่อภายนอก เช่น การเตรียม การทบทวน การสอบถาม หรือการยืนยันสภาพของสิทธิหน้าที่ เป็นต้น ส่วนการกระทำทางปกครองที่มีผลในกฎหมายนั้น ในทางทฤษฎีอาจจำแนกได้หลายประเภท คือ คำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางตุลาการ กฎทางปกครอง สัญญาทางปกครอง และการกระทำทางกายภาพ⁴⁰ ซึ่งในที่นี้ จะขอกล่าวถึงเฉพาะ “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้นิยามคำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ ซึ่งในทางทฤษฎี คำสั่งทางปกครองจะมีสาระสำคัญดังนี้⁴¹

1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐ ในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เจ้าหน้าที่นี้อาจเป็นบุคคลธรรมดา ได้แก่ บรรดาข้าราชการต่าง ๆ หรือพนักงานของราชการส่วนท้องถิ่น หรือเป็นคณะบุคคลก็ได้ เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เป็นต้น หรือเป็นนิติบุคคลก็ได้ เช่น กระทรวง ทบวง กรม เทศบาล รัฐวิสาหกิจ เป็นต้น

2) เป็นการใช้อำนาจรัฐ โดยคำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย เพราะโดยหลักการแล้วคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับแก่เอกชน โดยเอกชนมิได้ยินยอมด้วย กรณีใดหากไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายก็จะเป็นเรื่องอื่น เช่น สัญญาอันเป็นการตกลงกับเอกชน เป็นต้น สำหรับอำนาจตามกฎหมายนี้ ย่อมต้องเข้าใจว่าเป็นเรื่องอำนาจทางปกครองเท่านั้น

⁴⁰ จาก กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 99), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก, 2540, กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.

⁴¹ แหล่งเดิม.

3) กำหนดสภาพทางกฎหมาย โดยคำสั่งทางปกครองนั้นต้องมุ่งประสงค์กำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น เช่น การออกคำสั่งอนุญาตให้ตั้งโรงงาน หรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น องค์ประกอบในการมุ่งต่อผลในกฎหมายนี้เอง ทำให้เจตนาในการมุ่งต่อผลมีความสำคัญต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งคำสั่งทางปกครองต้องมีวัตถุประสงค์เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว โดยสรุปไม่ว่าจะมุ่งประสงค์ในทางใด หากกระทบถึงสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยบุคคลจะได้รับการถือปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ตามเนื้อหาที่ปรากฏในคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว ก็ถือว่าเข้าข่ายเป็นคำสั่งทางปกครองได้

4) เกิดผลเฉพาะกรณี กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร หรือออกคำสั่งให้บุคคลออกจากพื้นที่ที่รูกล้ำทางสาธารณะ เป็นต้น คุณสมบัติข้อนี้ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจาก “กฎ” เพราะกฎจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป อันเป็นเพียงการวางหลักไว้ แต่ยังไม่ใช้กับข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดโดยเฉพาะ คำสั่งทางปกครองโดยสภาพจะต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง แต่ในคำสั่งจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ก็ได้

5) มีผลภายนอกโดยตรง คุณสมบัติข้อนี้มีความสำคัญในการชี้ให้เห็นว่า คำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อใด ซึ่งโดยปกติจะเกิดผลนับแต่มีการแจ้งเป็นต้นไป โดยถ้าตราบไดยังมีผลปรากฏอยู่ภายในก็ยังเป็นเพียงการเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้ และเมื่อยังไม่มีผลออกมาภายนอก ผู้จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังไม่มีความจำเป็นต้องปฏิบัติ คำสั่งจะมีผลภายในหรือภายนอกนั้นต้องพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งเป็นสำคัญ

2.2.2 ความหมายของดุลพินิจ

พจนานุกรมได้ให้ความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” หมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร⁴² หรือหมายความว่า การวินิจฉัย การรู้ผิดรู้ถูก การพิจารณาใคร่ครวญ⁴³ ซึ่งมีลักษณะเป็นคำนามตรงกับคำศัพท์ในภาษาอังกฤษว่า “Discretion” มาจากรากศัพท์ภาษาละตินว่า “Discretio” และมีความหมายในทางกฎหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (Privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตาม

⁴² จาก พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2542 (น. 412), โดย ราชบัณฑิตยสถาน, 2542, กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊ค.

⁴³ พจนานุกรมไทย (ฉบับอธิบาย 2 ภาษา), (น. 311).

หลักความยุติธรรมหรือขององค์กรอื่นผู้มีอำนาจในการพิจารณาใช้ตามหลักยุติธรรมเช่นว่านั้น ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้จะมีการพิจารณานำไปใช้ตามภาวะแวดล้อมแห่งเหตุการณ์ (Circumstances) และรวมถึงการใช้วิจารณ์ในการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจใช้นั้นเองโดยไม่ขึ้นกับวิจารณ์หรือการตัดสินใจของบุคคลอื่นใด

อย่างไรก็ตาม ในประเทศอังกฤษ S.A. De Smith และ J.M. Evans อธิบายว่า คุณพินิจหมายถึง อำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมไม่ใช่การใช้คุณพินิจ แต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่⁴⁴

นักกฎหมายสหรัฐอเมริกา โดย Kenneth C. Davis กล่าวว่า เจ้าพนักงานของรัฐมีคุณพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระในระหว่างทางเลือกกระทำการเป็นไปตามหลายทางหรือทางที่จะไม่กระทำ⁴⁵

นักกฎหมายเยอรมันอธิบายว่า คุณพินิจฝ่ายปกครองย่อมหมายถึงการที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย คุณพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้คุณพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁴⁶

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ ได้สรุปความหมายของอำนาจคุณพินิจว่า หมายถึงความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายหรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจคุณพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁴⁷

⁴⁴ From *Judicial Review of Administrative Action* (p. 278), by S.A. de Smith and J.M.Evans, 1980, อ้างถึงใน “คุณพินิจของฝ่ายปกครอง,” (น. 337), โดย จิรนิติ หะวานนท์, 2548, *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.

⁴⁵ From *Administrative Law Text* (p. 91), by Kenneth C. Davis, 1972, อ้างถึงใน *คุณพินิจของฝ่ายปกครอง* (น. 338), เล่มเดิม.

⁴⁶ จาก “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคุณพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสกวาส์ ค, 2529, *บทบัญญัติ*, 42(1), 53.

⁴⁷ *การควบคุมการใช้คุณพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ* (น. 199). เล่มเดิม.

นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการของไทย ได้ให้ความหมายของดุลพินิจทางปกครอง หรือ ดุลพินิจบริหาร หมายถึง ความเป็นอิสระที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดภายในขอบเขตและตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งดุลพินิจทางปกครองนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันก็อนุญาตให้เลือกมาตรการอันใดอันหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้หลายประการให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป⁴⁸ แต่เมื่อพิจารณาถึงความผูกพันที่ฝ่ายปกครองมีอยู่กับกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองมิใช่ว่าจะมีดุลพินิจอิสระทั้งหมด แต่เป็นดุลพินิจที่ผูกพันตามหน้าที่ หมายความว่า จะต้องใช้ดุลพินิจโดยการนำเอาความหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาปฏิบัติให้เป็นจริง และในเรื่องความชอบด้วยวัตถุประสงค์ทางกฎหมายในการกระทำทางปกครอง จะถูกควบคุมตรวจสอบอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดในชั้นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง⁴⁹

2.2.3 ประเภทของดุลพินิจ

ในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองแล้ว อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการที่จะออกคำสั่งต่าง ๆ นั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ อำนาจผูกพัน และ อำนาจดุลพินิจ⁵⁰

(1) อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้นั้น

ดังนั้น ลักษณะของการใช้อำนาจผูกพันนั้น จึงหมายความว่า การจะตัดสินใจในทางกฎหมายต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นมาก่อน ถ้าข้อเท็จจริงอย่างนี้เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ที่ผูกพันที่จะต้องตัดสินใจไปในทางนี้เท่านั้น คือตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไปไม่ได้ เช่น ในเรื่องการสมรส ถ้าชายอายุ 20 ปี และหญิงอายุ 20 ปี เงื่อนไขครบถ้วนตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สมควรใจสมรสกัน ต้องการจะจดทะเบียนสมรสกัน เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับจดทะเบียนให้ (ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว) จะปฏิเสธไม่จดทะเบียนให้ไม่ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีชายหญิงอายุ 14 กับ 13 ปี จะมาจดทะเบียนสมรส กรณีข้อเท็จจริงในเรื่องอายุไม่เป็นไปตามกฎหมาย กรณีนี้เจ้าหน้าที่สามารถปฏิเสธการจดทะเบียนสมรส เจ้าหน้าที่ไม่สามารถเลือกใช้ดุลพินิจเพื่อที่จะ

⁴⁸ จาก *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (น. 240-241), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴⁹ จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น. 204), โดย กมลชัย รัตนสากววงศ์, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁵⁰ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 315), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

รับจดทะเบียนโดยพิจารณาเห็นว่าชายหญิงทั้งสองนี้มีความปรารถนาต้องการจะอยู่ร่วมกันใช้ชีวิตร่วมกันเป็นสามีภริยา เช่นนี้ทำไม่ได้⁵¹ จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือน้ำที่นั่นเอง แต่ที่เราเรียกกันว่าอำนาจผูกพันก็ด้วยเหตุผลแต่เพียงว่า คำวินิจฉัยสั่งการที่เป็นผลมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ของคณบดี เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้นเอง⁵²

(2) อำนาจดุลพินิจ (Pouvoir Discretionnaire) อำนาจดุลพินิจเป็นเรื่องตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน กล่าวคือ อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหรือองค์กรฝ่ายปกครองของรัฐสามารถเลือกตัดสินใจออกคำสั่งหรือเลือกสั่งการอย่างใด ๆ ได้ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เพื่อให้บรรลุผลตามความมุ่งหมายหรือตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจก็คือ อำนาจที่กฎหมายเปิดช่องให้องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐมีอิสระในการตัดสินใจเมื่อมีเหตุการณ์หรือมีข้อเท็จจริงใด ๆ ที่กำหนดไว้เกิดขึ้น

อำนาจดุลพินิจไม่ใช่เสรีภาพในอันที่จะตัดสินใจ ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองอาจละเลยได้ตามอำเภอใจของตน เมื่อกฎหมายที่ให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งออกคำสั่ง บัญญัติเปิดช่องให้ตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะใช้อำนาจออกคำสั่งหรือไม่ หรือสมควรจะออกคำสั่งใดในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ศาลถือว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นมีหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจ การที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง ก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นใช้วิจารณญาณของตนตัดสินใจว่า ในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่ง สมควรจะออกคำสั่งอย่างไรจึงจะเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องกรณีนั้น คำสั่งทางปกครองที่เหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง ได้แก่คำสั่งที่สามารถตอบสนองข้อเรียกร้องของประโยชน์มหาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด และขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งลักษณะนี้ได้ ก็ต่อเมื่อได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องอย่างรอบด้าน⁵³

ทั้งอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจนี้ ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายจะกำหนดให้ใช้อำนาจทั้งสองนี้ไปด้วยกัน กล่าวคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดเกิดขึ้นแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐจะต้องออกคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ (อำนาจผูกพัน) แต่จะออกคำสั่งอย่างไรนั้น สามารถตัดสินใจได้อย่างมีอิสระตามที่กฎหมายเปิดช่องไว้ (อำนาจดุลพินิจ) เช่น กรณีข้าราชการกระทำผิดวินัยร้ายแรง

⁵¹ หลักกฎหมายมหาชน (น. 451). เล่มเดิม.

⁵² ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 87). เล่มเดิม.

⁵³ แหล่งเดิม.

กฎหมายบังคับไว้ชัดเจนว่า ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งต้องสั่งตั้งกรรมการสอบสวนทางวินัยกับข้าราชการผู้นั้น แต่ผู้บังคับบัญชาก็มีอิสระในการตัดสินใจว่าจะสั่งลงโทษข้าราชการผู้นั้นสถานใด กล่าวคือ จะสั่งปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ เป็นต้น

บางกรณีกฎหมายอาจกำหนดว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ ที่กำหนดไว้แล้วนั้นเกิดขึ้น องค์การฝ่ายปกครองของรัฐก็มีอิสระในการตัดสินใจว่าจะออกคำสั่งในเรื่องนั้นหรือไม่ (อำนาจดุลพินิจ) แต่ถ้าตัดสินใจไปทางออกคำสั่งแล้วก็ต้องมีเนื้อความของคำสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะเจาะจง เช่น กรณีบุคคลผู้ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ กระทำการใด ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ขัดต่อประโยชน์ของรัฐหรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐหรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถจะตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งในเรื่องนี้อย่างไร หรือไม่ แต่ถ้าตัดสินใจไปในทางถอนสัญชาติก็ต้องออกคำสั่งให้ถอนสัญชาติบุคคลนั้น

บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์การฝ่ายปกครองของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครอง ประกอบด้วย 2 ส่วนด้วยกัน คือ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (Faits juridiques-Tatbestand) และผลทางกฎหมายเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น (Dispositif-Rechtsfolge)

1) ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ คือ ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจซึ่งอาจจะเกิดขึ้นมาจากธรรมชาติ หรือเกิดจากการกระทำของบุคคล หรือเกิดจากคุณสมบัติของสิ่งของ หรือคุณสมบัติของบุคคล หรือเกิดจากสถานะทางสังคมก็ได้ และอาจเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

2) ผลทางกฎหมายเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น เป็นกรณีที่ทำให้องค์การฝ่ายปกครองของรัฐเกิดมีหน้าที่ หรือเกิดมีความสามารถในการออกคำสั่งหรือออกคำสั่งอย่างใด ๆ ตามที่เห็นสมควร

การที่จะทราบว่าองค์การฝ่ายปกครองของรัฐจะมีอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจจะต้องพิจารณาเห็นว่า กฎหมายใช้ถ้อยคำกำหนดผลทางกฎหมายไว้อย่างไร เมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ เช่น คำว่า “จะต้อง” หรือ “มีอำนาจ” หรือ “สามารถ” ถ้อยคำเหล่านี้เป็นเครื่องบ่งชี้เบื้องต้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ ประกอบด้วย เพื่อให้ทราบว่า กฎหมายได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์การฝ่ายปกครองของรัฐหรือไม่ หรือให้ภายในขอบเขตเพียงใด

ประเด็นที่สำคัญในเรื่องอำนาจดุลพินิจอีกอย่างหนึ่งคือ การจะวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งตามปกติแล้วจะต้องถือว่าเป็นการนำกฎหมายไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้น จึงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ไม่ใช่ปัญหาดุลพินิจที่องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐจะสามารถวินิจฉัยได้โดยอิสระ เพราะว่าคงจะเป็นความขัดแย้งกันในตัวเองถ้ากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐในการที่จะออกคำสั่งต่าง ๆ อย่างมีขอบเขตจำกัด แต่กลับปล่อยให้ตัดสินใจกำหนดขอบเขตอำนาจนั้นได้ตามเจตจำนงหรือตามความพอใจ

ในบางกรณีกฎหมายก็ใช้ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว อันทำให้เกิดเป็นปัญหาว่า กรณีนั้นเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุซึ่งเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือไม่ เช่น บรรดาถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้จำกัดคำนิยามไว้ และเป็นถ้อยคำที่วิญญูชนก็อาจตีความหมายเข้าใจแตกต่างกันออกไปได้ เช่น การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น กรณีเช่นนี้ยังเป็นข้อถกเถียงในเรื่องการวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าว เป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งจะเป็นอำนาจดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองของรัฐหรือเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่อยู่ในการอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาล

ปัญหาข้างต้นนี้ นักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า เป็นหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองของรัฐที่จะต้องแสวงหาคำตอบที่ถูกต้องให้ได้ว่า ข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นนั้น เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจของตนหรือไม่ ทั้งนี้ ภายใต้อำนาจการควบคุมของศาล เพราะเหตุผลว่า ถ้อยคำที่กฎหมายใช้บรรยายถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ นั้น ล้วนแล้วแต่เป็นถ้อยคำทางกฎหมายทั้งสิ้น

แต่นักวิชาการบางท่านมีความเห็นในปัญหานี้ว่า กรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำที่ไม่อาจให้ความหมายได้แน่นอนตายตัวในการบรรยายถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมแสดงโดยปริยายว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์ปล่อยให้การวินิจฉัยปัญหาว่า ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือไม่ อยู่ในดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองของรัฐ หรืออาจกล่าวได้อีกทางหนึ่งว่า ถ้ากฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ตายตัวแล้ว ก็เป็นเรื่องที่องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐจะต้องพิจารณาเองว่า ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจของตนหรือไม่นั่นเอง และเรียกดุลพินิจประเภทนี้ว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” (Margin of Judgement) ซึ่งหมายถึงมีความเห็นที่สอดคล้องเหตุผลอยู่หลายความเห็นด้วยกัน และดุลพินิจวินิจฉัยก็คือ เสรีภาพในอันที่จะเลือกเอาความเห็นใดความเห็นหนึ่งในบรรดาความเห็นที่สอดคล้องเหตุผลหลาย ๆ ความเห็นที่มีอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม “ความเห็นที่ชอบด้วยเหตุผล” นี้ ก็ยังคงเป็นความเห็นอยู่นั่นเอง ในความเป็นจริงแล้วจึงไม่อาจตัดสินเป็นอันยุติได้ว่า ความเห็นใดถูกต้องอย่างสมบูรณ์ หรือความเห็นใดผิดพลาดอย่างสมบูรณ์ เพราะแต่ละฝ่ายต่างก็มีเหตุผลสนับสนุนความเห็นของตนเอง ดังนั้น หากคำวินิจฉัยขององค์กรฝ่ายปกครองของรัฐนั้นชอบด้วยเหตุผลแล้ว ก็ควรเป็นที่ยอมรับ ส่วนคำวินิจฉัยที่ผิดพลาดนั้นก็เชื่อว่าจะไม่ชอบด้วยเหตุผลเสมอไป การตรวจสอบคำวินิจฉัยที่ผิดพลาดขององค์กรฝ่ายปกครองของรัฐควรจะจำกัดอยู่แต่ความผิดพลาดที่ถึงขนาดเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ไม่มีวิญญูชนคนใดจะวินิจฉัยเช่นนั้นเท่านั้น ซึ่งเป็นผลให้คำสั่งขององค์กรฝ่ายปกครองของรัฐที่ออกมานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ถ้าคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองของรัฐเกิดจากความเห็นที่ชอบด้วยเหตุผลแล้ว ก็ถือว่าเป็นคำสั่งที่ฟังได้ และเมื่อเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยเหตุผลแล้ว ก็อาจเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายได้เมื่อคำสั่งนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย⁵⁴

2.2.4 ขอบเขตการใช้ดุลพินิจ

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ยอมรับให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจนั้น อำนาจดุลพินิจที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้กับฝ่ายปกครองนี้จะมีขอบเขตกว้างหรือแคบแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจของฝ่ายปกครองว่าจะให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการวินิจฉัยสั่งการในกรณีนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนอยู่ในอันตรายหรือไม่อย่างไร

ในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดยยอมรับให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องบัญญัติกฎหมายโดยมีความรู้สึกและมีวิชาการเกี่ยวกับเรื่องอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองอยู่เบื้องหลัง เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ใช้กฎหมายโดยทราบขอบเขตอำนาจดุลพินิจของตน ดังนั้น การศึกษาถึงขอบเขตของอำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองจึงสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเองว่าได้บัญญัติโดยให้ฝ่ายปกครองมีขอบเขตอำนาจดุลพินิจกว้างหรือแคบเพียงใด นอกจากนี้ หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลแล้วยังพบว่าบางกรณีศาลก็มีส่วนในการกำหนดขอบเขตของอำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองจึงสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจนั้นๆ และจากแนวคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ⁵⁵

การใช้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองไม่สามารถกระทำการตามอำเภอใจหรือความพอใจ แต่ต้องอยู่ภายใต้ความผูกพันตามหลักกฎหมายปกครองและหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ก่อให้เกิดเสรีภาพอย่างไร้ขอบเขต มีแต่การใช้อำนาจดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่

⁵⁴ หลักกฎหมายมหาชน (น. 454). เล่มเดิม.

⁵⁵ จาก การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 58-59), โดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2534, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่จำกัดดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นฐานอำนาจดุลพินิจ⁵⁶

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายปกครอง ได้แก่ หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Ueberschussverbot) หรือเรียกว่า หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhältnismässigkeit) ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย⁵⁷

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน มีหลักที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 3 หลัก กล่าวคือ หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhältnismässigkeit im Engeren Sinne)

(1) หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หมายถึง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

(2) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhältnismässigkeit im Engeren Sinne) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หาก

⁵⁶ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 174). เล่มเดิม.

⁵⁷ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 300), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ข, 2547,

กระตบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระตบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ⁵⁸

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ และถือว่าการกระทำนั้น ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ในประเทศสหพันธรัฐเยอรมันถือว่าการใช้ดุลพินิจลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ เป็นการใช้อดุลพินิจผิดพลาด

1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขต ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกมาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น ตามกฎหมายกำหนดให้เรียกค่าธรรมเนียมได้ตั้งแต่ 100 บาท ถึง 500 บาท แต่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียม 600 บาท เป็นต้น

2) การใช้ดุลพินิจบกพร่อง เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้ใช้อโอกาสเลือกตัดสินใจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือสำคัญผิดคิดว่าตนมีอำนาจผูกพันที่จะวินิจฉัยสั่งการโดยไม่มีอำนาจดุลพินิจ

3) การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือในทางที่ผิด กรณีนี้เป็นกรณีการใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ เช่น ปฏิเสธคำร้องขออนุญาตเพราะผู้ร้องมีเรื่องขัดแย้งส่วนตัวกับเจ้าหน้าที่ เป็นต้น⁵⁹

2.2.5 การควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครอง หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อน อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเองและการควบคุมจากภายนอก เช่น โดยศาล โดยรัฐสภา หรือโดยองค์กรพิเศษ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การควบคุมฝ่ายปกครอง ก็คือ การคุ้มครองประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว การควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชน แบ่งได้เป็น 2 ระยะ คือ การควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชนก่อนการกระทำทางปกครอง และการควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชนภายหลังการกระทำทางปกครอง⁶⁰

สาเหตุที่จะต้องมีการจำแนกการควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชน ทั้งก่อนและหลังการกระทำทางปกครอง เพราะว่าโดยสภาพของการควบคุมและการคุ้มครองนั้น

⁵⁸ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 30-35), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵⁹ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น. 246-247). เล่มเดิม.

⁶⁰ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 295). เล่มเดิม.

ได้ยืระยะเวลาเป็นหลักในการจัดแบ่ง เช่น ในกรณีก่อนการกระทำทางปกครองนั้นจะมีวิธีการใดในการควบคุมและคุ้มครองให้ได้ผลดีที่สุด ซึ่งอาจต่างจากการควบคุมภายหลังการกระทำ วิธีการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชนทั้งก่อนและภายหลังการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องควบคู่กันไป จะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งหาได้ไม่ กล่าวคือ การควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชนก่อนการกระทำทางปกครอง เป็นด้านแรกที่จะช่วยระงับก่อนที่จะเกิดกรณีพิพาท ซึ่งมีผลคือ เป็นการสกัดกั้นมิให้มีการละเมิดกฎหมายโดยฝ่ายปกครองและเกิดคดีความกันมากยิ่งขึ้นถึงกระนั้นก็ตามก็ไม่เป็นการเพียงพอเพราะว่า ในบางครั้งวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชนก่อนการกระทำทางปกครองไม่สามารถสกัดกั้นมิให้ฝ่ายปกครองละเมิดกฎหมายได้ ดังนั้น จึงต้องมีวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชนภายหลังการกระทำทางปกครองมาช่วยในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยไม่ถึงกับเป็นอุปสรรคต่อการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะของฝ่ายปกครอง⁶¹

การควบคุมฝ่ายปกครองที่ดีควรมีลักษณะ ดังนี้⁶²

ประการแรก ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปได้โดยทั่วถึงอย่างแท้จริง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กรเพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐซึ่งมีหลากหลายมากขึ้นทุกวันมีประสิทธิภาพผลจริงจัง เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือมีน้อยองค์กรอาจไม่พอเพียงกับการดูแลตรวจสอบกิจกรรมของรัฐทุกด้านอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้นต้องไม่ซ้ำซ้อนทับซ้อน ดังนั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไม่ให้ซ้อนกันแต่เสริมซึ่งกันและกันจึงเป็นเรื่องสำคัญ

ไม่มีประเทศใดที่มีระบบควบคุมการใช้อำนาจของรัฐเพียงระบบเดียวหรือองค์กรเดียว แต่จะใช้หลายรูปแบบผสมกันให้เหมาะสมเสมอ

⁶¹ จาก องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ) (น. 2), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶² จาก “ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ,” โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ค. 2530, วารสารกฎหมายปกครอง, 13(2), 14-16.

ประการที่สอง ระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบการควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างคุณภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้

การควบคุมการใช้อำนาจที่เห็นแก่สิทธิของเอกชนจนเจ้าหน้าที่ทำอะไรเพื่อสาธารณะไม่ได้เลย เป็นระบบที่ล้มเหลวพอ ๆ กับการปล่อยให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำเภอใจจนสิทธิเสรีภาพประชาชนสูญสิ้นไป

ความสำคัญจึงอยู่ที่การออกแบบระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเอกชน อันเป็นทางสายกลางที่ประเทศที่พัฒนาแล้วนิยมใช้

ประการที่สาม องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้น ต้องมีลักษณะเป็นอิสระที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั้นเองจะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย

เพื่อการนี้ การได้มาซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมก็ดี การกำหนดวิธีดำเนินงานหรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบให้มีลักษณะอิสระ เป็นกลาง และถูกตรวจสอบได้ก็ดี จึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งที่จะทำให้การควบคุมโดยองค์กรนั้นเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรหรือคนอื่นนั้น ถ้าไม่อาจถูกตรวจสอบควบคุมได้ ก็อาจกลายเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมไม่ชอบเสียเองก็ได้

ประการสุดท้าย เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบขององค์กรตรวจสอบวิธีการข้างต้นแล้ว ก็ต้องปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้โดยกว้างขวางขึ้น อันจะทำให้ระบบการควบคุมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

แต่การให้สิทธิประชาชนตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่วุ่นวายนี้ ต้องไม่กว้างขวางเกินไปจนถึงขนาดที่ใคร ๆ ก็นำเรื่องอะไรก็ได้มาฟ้ององค์กรตรวจสอบไปควบคุมการใช้อำนาจ ถ้าเป็นเช่นนี้ระบบบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวของคนเพียงบางคน

ดังนั้น จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาฟ้ององค์กรตรวจสอบพิจารณาได้

การควบคุมฝ่ายปกครองอาจจำแนกประเภทได้หลายวิธี คือ การจำแนกประเภทตามระยะเวลา แบ่งเป็น การควบคุมก่อนการดำเนินการ และการควบคุมภายหลังการดำเนินการ

นอกจากนี้ ยังมีการจำแนกประเภทตามองค์กร แบ่งเป็น การควบคุมโดยองค์กรภายใน และการควบคุมโดยองค์กรภายนอก

มาตรการสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐภายในฝ่ายบริหารก็คือ การมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาขององค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”⁶³

(1) แนวความคิดของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้สรุปสาระสำคัญและแนวความคิดของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไว้ว่า⁶⁴ เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ ว่า จะต้องเตรียมการและดำเนินการอย่างไร เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการของตน ขณะเดียวกันก็วางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย อันเป็นการยอมรับสถานะของประชาชนว่าเป็นผู้ทรงสิทธิ (Subject) ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน สถานะของประชาชนมิใช่เป็นผู้อยู่ภายใต้การปกครองที่ไร้สิทธิ (Object) อีกต่อไปแล้ว ซึ่งเป็นการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การกระทำทุกอย่างของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย มีความถูกต้องเหมาะสมกับเรื่องในกรณีเฉพาะราย จะไม่ใช้อำนาจอย่างไร้เหตุผลหรือเกินสมควรแก่เหตุ หลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นมาตรการสำคัญในการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองต่าง ๆ มีความเป็นภาวะวิสัยมากที่สุด

(2) หลักการที่สำคัญ⁶⁵

(2.1) ก่อนที่เจ้าหน้าที่จะมีคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดที่จะมีผลกระทบสิทธิของบุคคลใด เช่น จะมีคำสั่งไม่อนุญาติ ไม่อนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งระงับการดำเนินการต่าง ๆ ของบุคคลใด เจ้าหน้าที่จะต้องเปิดโอกาสให้บุคคลนั้นได้ทราบข้อเท็จจริง และมีโอกาสชี้แจงหรือโต้แย้งคัดค้านได้เสียก่อน เช่น ก่อนที่เจ้าหน้าที่จะสั่งเพิกถอนใบอนุญาตดำเนินการกิจการของโรงงาน จะต้องแจ้งให้เจ้าของโรงงานทราบเสียก่อนเพื่อเปิดโอกาสให้มาชี้แจงเหตุผลหรือแสดงหลักฐานโต้แย้งในเรื่องนั้น

⁶³ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 305). เล่มเดิม.

⁶⁴ จาก สาระสำคัญและหลักกฎหมาย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (น. 7-8), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์ จ, 2539, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁶⁵ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 308-312). เล่มเดิม.

(2.2) เมื่อได้รับฟังคำชี้แจงหรือคำโต้แย้งคัดค้านของเอกชนที่จะถูกระทบสิทธิจากคำสั่งดังกล่าวข้างต้นแล้ว ถ้าเจ้าหน้าที่ยังเห็นว่าการมีคำสั่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจที่จะมีคำสั่งดังกล่าวได้ จะต้องให้เหตุผลไว้ด้วยว่าที่ต้องมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของผู้นั้นอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญอะไร มีข้อกฎหมายที่อ้างอิง มีข้อพิจารณาและสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจอย่างไร เพื่อให้ผู้รับคำสั่งจะได้เข้าใจและสามารถใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านต่อไปได้

(2.3) ในการมีคำสั่งดังกล่าวข้างต้น นอกจากจะต้องให้เหตุผลแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐยังจะต้องแจ้งให้เอกชนผู้นั้นทราบด้วยว่าเขามีสิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งดังกล่าวต่อไปได้หรือไม่ และจะต้องดำเนินการต่อไปอย่างไร

(2.4) ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายบริหารไว้เป็นการเฉพาะ ถ้าผู้รับคำสั่งประสงค์จะใช้สิทธิอุทธรณ์ จะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

(2.5) ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองพิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ถ้าเจ้าหน้าที่ไม่เห็นด้วย ก็ให้รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน

2.2.6 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครอง

จากหลักการพื้นฐานรัฐย่อมปกครองโดยกฎหมาย (The Rule of Law) หรือบางครั้งอาจเรียกว่ากฎหมายเป็นใหญ่ (The Supremacy of Law) หรือ นิติรัฐ (The Legal State) ทุกองค์กรของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมาย ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาฝ่ายปกครองว่ากระทำการถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ดีคำว่า “ชอบด้วยกฎหมาย” มิได้หมายความว่าเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น แต่หมายความว่ารวมถึงปัญหาข้อเท็จจริงด้วย ท่านประธานศาลสูงสุดเบอร์เกอร์กล่าวว่า “ดุลพินิจย่อมต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ไม่เป็นดุลพินิจโดยทุจริต ดังนั้น ดุลพินิจทั้งสิ้นของฝ่ายปกครองย่อมถูกตรวจสอบได้ เว้นแต่มีบทบัญญัติขัดแย้งไม่ให้ตรวจสอบ”⁶⁶

⁶⁶ From *Administrative Arbitrariness and Judicial Review*, Berger, 1965. อ้างถึงใน *ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง* (น. 349). เล่มเดิม.

(1) ความจำเป็นในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครอง การดำเนินการของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การดำเนินการภารกิจของฝ่ายปกครองที่จะทำให้บรรลุตามความมุ่งหมายได้ จึงจำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนได้ ลักษณะการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองจึงเป็นการใช้อำนาจที่อาจไปกระทบต่อปัจเจกบุคคลได้ และโดยที่ภาระหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ได้ขยายขอบเขตกว้างขวางมาก ซึ่งจากเดิมที่รัฐมีภาระหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการ คือ ดูแลความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ และดูแลความมั่นคงของประเทศจากการรุกรานของศัตรูนอกประเทศ แต่ภารกิจของรัฐสมัยใหม่ได้ขยายภารกิจในการเข้าไปดำเนินการบริการสาธารณะต่าง ๆ มากขึ้น การขยายภารกิจดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลต่อการเพิ่มภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมากขึ้นเช่นกัน ยิ่งฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากเพียงใด การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองที่จะไปกระทบต่อสิทธิของประชาชนก็ยิ่งมากขึ้นเพียงนั้น⁶⁷

นอกจากนี้ การดำเนินการต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐและฝ่ายปกครอง แม้กฎหมายจะกำหนดให้การใช้อำนาจหน้าที่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ปัญหาการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงมีอยู่มากมาย การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้โดยง่าย การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นไปโดยมิชอบก่อให้เกิดการทุจริตประพฤตมิชอบในวงราชการ การใช้อำนาจแสวงหาผลประโยชน์ของตนเองและพวกพ้อง และปัญหาอื่น ๆ อีกหลายประการ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การกระทำต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐและฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีอยู่จะต้องชอบด้วยกฎหมาย หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลาย ทั้งนี้ เพราะว่าการใช้อำนาจไปนั้น ยิ่งให้อำนาจมากเท่าไร ย่อมหมายถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมถูกกระทบกระเทือนได้มากเช่นกัน⁶⁸ และด้วยเหตุนี้เองจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมฝ่ายปกครอง

(2) ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ หลักการของระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่ดีควรจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(2.1) ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ ควรจะมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วถึงอย่างแท้จริง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กรเพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐซึ่งมีหลากหลายมากขึ้นทุกวันมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม

⁶⁷ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 21). เล่มเดิม.

⁶⁸ หลักกฎหมายมหาชน (น. 460). เล่มเดิม.

ก็ตาม การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้น จะต้องมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไม่ให้ซ้ำซ้อนกัน

(2.2) ระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้น ต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบการควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างสมดุลของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้

(2.3) องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้น ต้องมีลักษณะเป็นอิสระที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั้นเองจะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย

(2.4) ปรับปรุงกลไกที่ทำให้ประชาชนสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้โดยกว้างขวางขึ้น อันจะทำให้ระบบการควบคุมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่การให้สิทธิประชาชนตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ว่านี้ ต้องไม่กว้างขวางเกินไป จนถึงขนาดที่ใครก็นำเรื่องอะไรก็ได้มาให้องค์กรตรวจสอบ ดังนั้น จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาให้องค์กรควบคุมพิจารณาได้⁶⁹

การพิจารณาเกี่ยวกับระบบของการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองอาจจำแนกออกเป็นระบบใหญ่ ๆ ได้ 2 ระบบ คือ การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน และการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข⁷⁰

(1) การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน หมายถึง การควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะได้วินิจฉัยสั่งการหรือก่อนจะมีการกระทำในทางปกครอง หรือการกระทำในทางกฎหมาย หรือการวินิจฉัยสั่งการทั้งหลายทั้งปวงที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนก็ตาม ก่อนที่จะมีคำสั่งนั้น ๆ ออกไป ควรจะมีระบบป้องกันเสียก่อน ซึ่งในต่างประเทศกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา หรือกลุ่มประเทศยุโรป ได้แก่ ออสเตรเลีย เยอรมัน จะมีวิธีพิจารณาคดีสำหรับคดีประเภทต่าง ๆ เช่น ในคดีอาญาจะมีประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติในเรื่องความผิดและโทษ ศาลก็จะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสำหรับดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา

ดังนั้น การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน จึงเป็นกระบวนการก่อนจะมีคำสั่ง คำวินิจฉัย ข้อสำคัญก็คือ ทำอย่างไรจึงจะให้มีการโต้แย้งคัดค้านได้ก่อนที่จะมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัย

⁶⁹ แหล่งเดิม.

⁷⁰ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 66). เล่มเดิม.

แต่ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่า จะต้องไปทำตามที่มีผู้โต้แย้งคัดค้าน โดยเฉพาะเรื่องที่กำลังหรือคำวินิจฉัยนั้นไปกระทบสิทธิของบุคคล เช่นนี้ก็ต้องแสดงเหตุผลในคำสั่ง เช่น การมีคำสั่งไม่อนุญาตในแบบที่มีผู้ยื่นขออนุญาตปลูกสร้างอาคาร ก็ต้องอธิบายว่า เหตุที่ไม่อนุญาตนั้นเพราะผิดแบบตรงไหนหรือผิดจากกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดตรงไหน เช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครกำหนดไว้ว่า แบบที่ยื่นมานั้นไม่อนุญาตเพราะว่า เว้นระยะห่างไม่พอ หรือที่บริเวณส่วนนี้ห้ามทำเป็นหน้าต่าง ดังนั้น จึงไม่อนุญาต เป็นต้น⁷¹

(2) การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข ในขณะที่การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน เป็นการควบคุมก่อนที่จะมีการกระทำทางปกครองหรือเป็นการควบคุมที่อยู่ในระหว่างกระบวนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองเองหรือเป็นการควบคุมในขั้นตอนการเตรียมการที่จะมีการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขเป็นการควบคุมภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อบุคคลแล้ว เช่น ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ดังนั้น การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขจึงเป็นการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายต่อบุคคลแล้ว ด้วยเหตุนี้ จึงเรียกการควบคุมฝ่ายปกครองภายหลังจากที่มีการกระทำทางปกครองแล้วว่า การควบคุมแบบแก้ไข ซึ่งย่อมาหมายความว่า หากการกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่มีข้อบกพร่องหรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลก็ต้องใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองนั้น ๆ การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขอาจจำแนกได้ 2 ลักษณะ คือ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง⁷²

(2.1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองนี้ เป็นการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายปกครองภายหลังจากที่มีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยอาจมีการกำหนดให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งอาจจำแนกลักษณะการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองได้ ดังนี้

1. การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ ซึ่งอาจแยกผู้มีอำนาจเหนือออกเป็นผู้บังคับบัญชา และผู้กำกับดูแล ซึ่งถือว่าเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่ง

1) อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ปกครองผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง

⁷¹ หลักกฎหมายมหาชน (น. 463-464). เล่มเดิม.

⁷² หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 77-78). เล่มเดิม.

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมสามารถกลับ แก่ ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นการอื่น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่ว่าจะใช้ในทางที่เหมาะสมแต่ขัดต่อกฎหมายได้⁷³

2) อำนาจควบคุมกำกับ คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป⁷⁴

2. การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เป็นกระบวนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญประการหนึ่งที่น่าจะก่อให้เกิดบรรดาข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนให้หมดสิ้นไป โดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนเพื่อการควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง และเพื่อลดภาระคดีในชั้นศาล⁷⁵ ซึ่งอาจแบ่งระบบของการอุทธรณ์ได้ดังนี้

1) อุทธรณ์ระบบปกติ อันเป็นหลักทั่วไปในการปกครอง โดยการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง หรืออุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง ทั้งนี้ เพื่อฝ่ายปกครองจะได้พิจารณาทบทวนสิ่งที่ทำไปเป็นครั้งที่สอง และผู้บังคับบัญชาจะได้ตรวจสอบด้วย หลักการอุทธรณ์ในระบบปกตินี้เป็นเรื่องทั่วไปที่ฝ่ายปกครองจะเปลี่ยนแปลงนิติกรรมทางปกครองของตนเอง ดังนั้น การอุทธรณ์ประเภทนี้จึงไม่มีรูปแบบ กระบวนการพิจารณา ไม่ต้องมีส่วนได้เสียที่อุทธรณ์ได้ และไม่มีอายุความโดยจะอุทธรณ์เมื่อใดก็ได้ ส่วนการจะรับพิจารณาหรือไม่ก็อยู่ในดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ การอุทธรณ์ระบบปกตินี้โดยหลักจะเป็นระบบเพื่อเลือก หรือระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ คู่กรณีจะใช้กระบวนการอุทธรณ์ระบบนี้หรือไม่ก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดว่าเป็นกรณีบังคับโดยตรง

2) อุทธรณ์ระบบพิเศษ เป็นกรณีที่กฎหมายหรือกฎทางปกครองจะกำหนดให้มีการอุทธรณ์นิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องได้โดยตรง และกำหนดวิธีการเฉพาะไว้ เช่น การกำหนดให้อุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจกำกับดูแลเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้ หรือการให้อุทธรณ์ต่อองค์กรเฉพาะในฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นได้ ซึ่งบางครั้งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั่นเอง หรือผู้บังคับบัญชาของผู้ขึ้นหรือเป็นคณะกรรมการก็ได้ โดยที่เป็นระบบพิเศษ

⁷³ แหล่งเดิม.

⁷⁴ จาก ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง (น. 211), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2531. อ้างถึงใน หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 82). เล่มเดิม.

⁷⁵ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 96). เล่มเดิม.

กฎหมายหรือกฎทางปกครองที่จัดตั้งระบบนี้ขึ้นจะกำหนดรายละเอียดของวิธีการอุทธรณ์ กระบวนการพิจารณา และระยะเวลาอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ แต่การกำหนดเวลาให้อุทธรณ์ไม่ว่าจะสั้นเพียงใดก็เป็นเรื่องของการเข้าใช้วิธีระบบพิเศษนี้หรือไม่เท่านั้น แต่ระบบพิเศษนี้จะเป็นการ บังคับหรือไม่ เป็นอีกปัญหาหนึ่ง โดยหลักจะถือว่าเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับคู่กรณีจะใช้ระบบ พิเศษนี้หรือไม่ก็ได้ แต่จะมีหลายกรณีที่เป็นการบังคับว่าต้องใช้ระบบพิเศษนี้ก่อนจะนำคดีไปสู่การ พิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง โดยเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งหากไม่ดำเนินการตามขั้นตอน บังคับนี้ก่อน องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะไม่รับพิจารณาให้ ส่วนกรณีที่เป็นการบังคับนั้น จะพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายหรือกฎทางปกครองที่จัดตั้งระบบดังกล่าว ในบางกรณีอาจ บังคับแต่เฉพาะบางคนที่เป็คู่กรณีก็ได้ การกำหนดให้เป็นระบบบังคับนี้ในกฎหมายฝรั่งเศสยอม ให้กำหนดโดยกฎทางปกครองหรือโดยสัญญาก็ได้⁷⁶

(2.2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ระบบการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระตาม รัฐธรรมนูญ และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

1. การควบคุมทางการเมือง ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบ รัฐสภา อาจกล่าวได้ว่ารัฐสภาและคณะรัฐมนตรีมีการตรวจสอบซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิ ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเด็ดขาด ซึ่งการควบคุมองค์กรฝ่ายปกครอง ในทางการเมืองมีวิธีการที่สำคัญ คือ การตั้งกระทู้ถาม การใช้กลไกคณะกรรมการ และการเปิดอภิปรายทั่วไป

เหตุผลที่องค์กรทางการเมืองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครองได้ เพราะนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองถือว่าเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง ดังนั้น องค์กรทางการเมืองจึงควบคุมฝ่ายปกครองได้โดยผ่านฝ่ายการเมืองดังกล่าว⁷⁷

2. การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่สำคัญ คือ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน⁷⁸

3. การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ การควบคุมฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการ ควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองก็ดี การควบคุมโดยทางการเมืองก็ดี หรือการควบคุมโดย องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก็ดี การควบคุมแต่ละรูปแบบย่อมมีข้อดีข้อด้อยแตกต่างกันออกไป

⁷⁶ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 369-372). เล่มเดิม.

⁷⁷ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 141). เล่มเดิม.

⁷⁸ แหล่งเดิม. น. 152.

ในบรรดาระบบการควบคุมการกระทำทางปกครอง อาจกล่าวได้ว่า การควบคุมโดยองค์กรตุลาการเป็นระบบการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนดีที่สุด ซึ่งมีเหตุผลสนับสนุนดังนี้

- 1) ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ มีหลักประกันความอิสระของศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยคดีโดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใด ๆ ทั้งสิ้น
- 2) เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้
- 3) วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน และหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงกันข้ามได้อย่างเต็มที่
- 4) ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การบังคับให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยข้อพิพาทไปทางใดทางหนึ่งให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไปเช่นนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจได้เป็นอย่างดีเช่นกัน

สำหรับขอบเขตในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้น อาจมีขอบเขตที่แตกต่างไปจากขอบเขตการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเอง กล่าวคือ ในขณะที่การควบคุมภายในฝ่ายปกครองอาจจะควบคุมทั้งปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการกระทำหรือความเหมาะสมของการกระทำนั้น ๆ แต่ในขณะที่การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้น ศาลจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ศาลไม่อาจเข้าไปควบคุมเรื่องความเหมาะสมของการกระทำได้

นอกเหนือจากขอบเขตดังกล่าวแล้ว การควบคุมโดยองค์กรตุลาการยังอาจแบ่งลักษณะของการควบคุมออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ กรณีที่ศาลมีอำนาจเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจควบคุมเท่านั้น ซึ่งหมายความว่าศาลจะมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ในกรณีใดบ้างนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้ การกำหนดเขตอำนาจศาลในลักษณะนี้มักเป็นช่วงเริ่มต้นของพัฒนาการที่ให้ศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองได้ และลักษณะที่สองคือ กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไป กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีการกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปว่ามีอำนาจที่จะพิจารณาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่ากฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ ได้

บัญญัติให้สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้หรือไม่ การกำหนดเขตอำนาจศาลในลักษณะเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิประชาชนอันได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครอง⁷⁹

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการจัดองค์กรในรูปคณะกรรมการ

ในการศึกษาโครงสร้างคณะกรรมการคดีพิเศษตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 จำเป็นจะต้องศึกษาถึงแนวคิดการจัดองค์กรในรูปคณะกรรมการ เพื่อให้ทราบแนวคิดและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับคณะกรรมการ โดยเฉพาะคณะกรรมการในทางปกครอง โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับคณะกรรมการ

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติต่าง ๆ ของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่า ในแต่ละพระราชบัญญัติจะต้องมีองค์กรหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการ” ได้ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์หลาย ๆ ประการด้วยกัน เช่น ตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งขึ้นมาเพื่อวางนโยบายหรือให้มีหน้าที่บริหารกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออาจจะตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ ให้ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายบริหาร หรือตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อประสานงานกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด กรรมการบางคนอาจมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎเกณฑ์ ในการทำคำสั่งทางปกครอง และในบางครั้งคณะกรรมการก็มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองตามที่พระราชบัญญัติจะกำหนดให้อำนาจไว้ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการมีคณะกรรมการก็เพื่อที่จะดำเนินกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดให้สัมฤทธิ์ผลตามกฎหมายที่แต่งตั้งคณะกรรมการนั้นขึ้นมา

ความหมายของคำว่า “คณะกรรมการ” ในทางวิชาการนั้น ได้มีผู้ให้นิยามความหมายต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) คณะกรรมการ คือ กลุ่มของบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการบางอย่างซึ่งมีลักษณะที่เป็นการกระทำของกลุ่ม (Group Action)⁸⁰

(2) คณะกรรมการ คือ กลุ่มบุคคลที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ดำเนินการด้านบริหารบางอย่าง คณะกรรมการนี้ทำงานเฉพาะแต่ในรูปของกลุ่ม (Group) และต้องการความอิสระในการ

⁷⁹ แหล่งเดิม. น. 171-172.

⁸⁰ จาก “องค์กรแบบคณะกรรมการ,” โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ ข, 2526, วารสารกฎหมายปกครอง, 51

แลกเปลี่ยนแนวความคิดระหว่างกรรมการด้วยกัน สำนักงานคณะกรรมการมักจะเป็นแบบกำหนดให้ทำงานบางอย่างพิเศษจากงานประจำตามปกติ⁸¹

(3) คณะกรรมการ หมายถึง คณะบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลหรือองค์กรที่คณะบุคคลนั้นสังกัดอยู่เพื่อทำหน้าที่ด้วยการประชุมพิจารณาปรึกษาหารือเฉพาะเรื่องที่คณะกรรมการชุดนั้นได้รับมอบหมายแล้วรวบรวมข้อวินิจฉัยหรือข้อเสนอแนะต่อองค์กรนั้น⁸²

คณะกรรมการจะมีความหมายอย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของคณะกรรมการต้องเป็นการกระทำของกลุ่มหรือคณะบุคคล ดังนั้น บุคคลเพียง 2 คน ก็ไม่น่าจะประกอบเป็นคณะกรรมการได้ เพราะคณะกรรมการเป็นองค์ประกอบของคณะบุคคลที่น่าจะมีมากกว่า 2 คนขึ้นไป ดังนั้น อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบต้องรวมอยู่ที่คณะบุคคลมิใช่มารวมอยู่ที่คน ๆ เดียว

2.3.2 ประเภทของคณะกรรมการ

คณะกรรมการอาจจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภท⁸³ คือ คณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามกำหนดระยะเวลา (Time Scale) คณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามความมุ่งหมาย (Purpose) และคณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามองค์ประกอบของคณะบุคคล (Composition)

(1) คณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามกำหนดระยะเวลา (Time Scale) แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1.1) คณะกรรมการประจำ (Standing Committee) คณะกรรมการประจำนี้ส่วนมากเป็นคณะกรรมการที่องค์กรนั้นได้แต่งตั้งขึ้นเพื่อให้มีหน้าที่พิจารณาหรือตรวจสอบตลอดจนเป็นองค์คณะที่จะนำข้อเสนอแนะในการวิจัย งานที่มีลักษณะทั้งทั่ว ๆ ไป และเฉพาะเรื่องเมื่อมีเรื่องใดผ่านมาก็จะต้องให้คณะกรรมการชุดนี้พิจารณาก่อนอันเป็นการกลั่นกรองที่องค์กรนั้น ๆ จะวินิจฉัยสั่งการออกไป เช่น Committee of Investigation ภายใต้ Agricultural Marketing Act 1958 คณะกรรมการดังกล่าวนี้เป็นคณะกรรมการประจำที่ทำหน้าที่พิจารณาและรายงานให้รัฐมนตรีที่รับผิดชอบทราบและยังมีหน้าที่รับอุทธรณ์จากประชาชนเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองอีกด้วย นอกจากนี้กรรมการสภาจังหวัด กรรมการสภาเทศบาล ตลอดจนกรรมการประจำกระทรวงหรือประจำหน่วยราชการต่าง ๆ เช่น สภาจังหวัดแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบการคลัง

⁸¹ จาก “คณะกรรมการ: การปฏิบัติให้มีประสิทธิภาพ,” โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ค, 2526, วารสารกฎหมายปกครอง, 63.

⁸² จาก “การใช้ระบบคณะกรรมการในการบริหาร,” โดย ประทาน คงฤทธิศึกษากร, 2522, วารสารมหาดไทย, 110.

⁸³ แหล่งเดิม.

หรือสภาเทศบาลแต่งตั้งคณะกรรมการที่ราคาที่ดินปานกลาง แม้แต่ในมหาวิทยาลัยซึ่งมีคณะต่าง ๆ อยู่แล้วนั้น คณะต่าง ๆ ก็อาจแต่งตั้งคณะกรรมการประจำคณะขึ้นเพื่อช่วยในการบริหารงานของคณะด้วย เช่น คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้แต่งตั้งคณะกรรมการประจำคณะขึ้นเพื่อช่วยงานของคณะนิติศาสตร์ และเมื่อได้พิจารณาคณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ แล้ว ก็จะเห็นว่า คณะกรรมการดังกล่าวก็เป็นคณะกรรมการประจำ มีอำนาจหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัตินั้น ๆ ได้ให้อำนาจไว้ เช่น คณะกรรมการสิทธิบัตรในมาตรา 70 ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำแก่รัฐมนตรีในการตราพระราชกฤษฎีกาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของอธิบดี ฯลฯ และมีคณะกรรมการบางชุด มีอำนาจหน้าที่พิจารณากำหนดนโยบายด้วย เช่น คณะกรรมการนโยบายและแผนพัฒนาการเกษตรและสหกรณ์ ตามพระราชบัญญัติเศรษฐกิจการเกษตร พ.ศ. 2522 มาตรา 5 โดยให้อำนาจหน้าที่แก่คณะกรรมการนโยบายและแผนพัฒนาการเกษตรและสหกรณ์พิจารณากำหนดนโยบายการเกษตรและแผนพัฒนาการเกษตรและสหกรณ์ เป็นต้น นอกจากนี้ คณะกรรมการบางคณะมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎ เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน มีอำนาจในการออกกฎระเบียบข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 เป็นต้น⁸⁴

(1.2) คณะกรรมการพิเศษเฉพาะกรณี (Ad Hoc Committee) คณะกรรมการพิเศษเฉพาะกรณีนี้ ในภาษาอังกฤษบางทีก็เรียกว่า Special Committee⁸⁵ คณะกรรมการดังกล่าวนี้ก่อตั้งขึ้นในโอกาสพิเศษ หรือสำหรับวัตถุประสงค์ที่พิเศษ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาได้ว่ามีเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะเกิดขึ้น องค์กรนั้น ๆ อาจจะแต่งตั้งหรือมอบหมายให้คณะบุคคลนั้นร่วมพิจารณาดำเนินการ และเมื่อกิจการนั้น ๆ สำเร็จลุล่วงไปแล้ว คณะกรรมการชุดนี้ก็จะหมดสภาพไปในตัว เช่น กรณีคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้ดำริที่จะจัดงานวันรพีขึ้น คณะนิติศาสตร์ก็จะพิจารณาแต่งตั้งคณะกรรมการจัดงานวันรพีขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อช่วยจัดเตรียมการดำเนินงานและประสานงาน โดยคณะกรรมการจะมีการประชุมปรึกษาหารือในการเตรียมการงานวันรพีขึ้น และเมื่องานวันรพีเสร็จสิ้นลงแล้ว คณะกรรมการดังกล่าวก็หมดหน้าที่ลงด้วย อย่างนี้เป็นต้น

⁸⁴ องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 77-78). เล่มเดิม.

⁸⁵ From *Administrative* (p. 394), by J.F. Garner, 1974. อ้างถึงใน องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 78). เล่มเดิม.

(2) คณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามความมุ่งหมาย (Purpose) หรือแต่งตั้งขึ้นตามหน้าที่ (Business) คณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามความมุ่งหมายหรือตามหน้าที่นี้ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท⁸⁶ คือ

(2.1) คณะกรรมการบริหาร (Executive Committee) ลักษณะสำคัญของ คณะกรรมการประเภทนี้ก็คือ คณะบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ในการบริหารงานในกิจการ นั้น ๆ โดยเฉพาะ เช่น คณะกรรมการบริหารการศึกษาแห่งชาติมีหน้าที่พิจารณาปรับปรุง วางแผน และโครงการการศึกษาแห่งชาติให้เหมาะสม หรือกรณีที่รัฐบาลจะบริหารการเศรษฐกิจแห่งชาติให้ บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ รัฐบาลก็อาจจะตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อมีหน้าที่บริหารงาน ของสภาพพัฒนาการเศรษฐกิจแห่งชาติขึ้น เรียกว่า คณะกรรมการบริหารสภาพพัฒนาการเศรษฐกิจ แห่งชาติ เป็นต้น คณะกรรมการเหล่านี้เรียกได้ว่าเป็นคณะกรรมการบริหาร

(2.2) คณะกรรมการที่ปรึกษาและแนะนำ (Advisory Committee) คณะกรรมการ ดังกล่าวนี้นี้มีหน้าที่ให้คำปรึกษาและแนะนำแก่หน่วยงานของทางราชการหรือองค์กรที่แต่งตั้ง คณะกรรมการดังกล่าวนี้ขึ้น คำแนะนำและคำปรึกษาของคณะกรรมการดังกล่าวนี้ไม่มีผลผูกมัด องค์กรหรือหน่วยงานราชการที่นำปัญหามาขอคำปรึกษา การขอคำปรึกษาแนะนำนี้อาจจะเป็น การกระทำโดยสมัครใจ เช่น ตามมาตรา 7 (1) (ข) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้เปิดโอกาสให้บุคคลและหน่วยงานต่าง ๆ ขอให้กรรมการร่างกฎหมายพิจารณาให้ คำปรึกษา ในกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการขอคำปรึกษาแนะนำโดยสมัครใจ แต่ยังมีอิทธิพล หนึ่งที่กฎหมายได้บังคับให้ต้องขอคำปรึกษาแนะนำจากคณะกรรมการ เช่น ในกรณีที่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข จะออกประกาศกำหนดยาอันตราย ก็ต้องฟังความเห็นจาก คณะกรรมการยา ตามมาตรา 10 และมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 หรือในกรณีการ วางระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ ประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะต้องปรึกษา คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์โดยที่ประชุมใหญ่เสียก่อน ตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติ คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เป็นต้น

(3) คณะกรรมการแต่งตั้งขึ้นตามองค์ประกอบของคณะบุคคล (Composition) คณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นตามองค์ประกอบของคณะบุคคลนี้ แยกออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

(3.1) การแต่งตั้งคณะบุคคลที่มีอาชีพเดียวกันและมีผลประโยชน์อันเดียวกันเข้า เป็นคณะกรรมการเพื่อดำเนินกิจการในอาชีพของตน โดยบุคคลเหล่านี้มีวัตถุประสงค์ร่วมกันที่จะ

⁸⁶ การใช้ระบบคณะกรรมการในการบริหาร (น. 113-114). เล่มเดิม.

พัฒนากิจการของตนให้มีผลประโยชน์ดีขึ้น เช่น คณะกรรมการสภาพนาความ คณะกรรมการสมาคมพ่อค้าไทย เป็นต้น

(3.2) เป็นการรวมเอาคณะบุคคลที่มีอาชีพหรือผลประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียไม่เหมือนกันหรือขัดแย้งกัน แล้วแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการร่วมกันเพื่อประสานกิจการที่ก่อให้เกิดความเข้าใจอันดีร่วมกันหรือเพื่อหาทางต่อรองผลประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ซึ่งคณะกรรมการในแบบนี้มีประโยชน์อย่างยิ่งในการบริหารซึ่งจะเป็นหนทางจัดข้อขัดแย้งกันได้

(3.3) เป็นการรวมเอาคณะบุคคลที่ต่างอาชีพต่างองค์กรเข้ามาทำงานร่วมกัน เป็นต้นว่า การแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญของสภา ซึ่งคณะกรรมการวิสามัญในเรื่องหนึ่งเรื่องใดนั้นอาจจะแต่งตั้งจากสมาชิกแห่งสภาเอง หรือบุคคลภายนอกต่าง ๆ เข้ามาเป็นคณะกรรมการ

2.3.3 องค์ประกอบและคุณสมบัติของคณะกรรมการ

ในเรื่องที่เกี่ยวกับคณะกรรมการนั้น มีข้อพิจารณาที่สำคัญอีกประการคือ วิธีการคัดเลือกบุคคลเป็นคณะกรรมการ ซึ่งในประเทศอังกฤษนั้น ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ จะมีคณะกรรมการที่ปรึกษา Advisory Committee ที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรี คณะกรรมการที่ปรึกษานี้ รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินั้นจะเป็นผู้แต่งตั้งขึ้น⁸⁷ และมีบ่อยครั้งที่กฎหมายได้ระบุคุณสมบัติเฉพาะของบุคคลที่ทำหน้าที่ปรึกษา เพื่อช่วยให้แน่ใจว่าคณะบุคคลที่ได้ให้ความเห็นต่อรัฐมนตรีขณะเมื่อรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจในการออกกฎระเบียบนั้น เช่น มาตรา 11 ของพระราชบัญญัติสัตว์ปีก ได้บัญญัติให้รัฐมนตรีต้องตั้งคณะที่ปรึกษาเกี่ยวกับการป้องกันสัตว์ปีกของอังกฤษและเวลส์ ประกอบด้วยสมาชิกที่ไม่ได้รับเงินเดือน เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีวิธีการปรึกษาร่วมกับกลุ่มผลประโยชน์นี้ อีก เพราะต้องการทราบข้อคิดเห็น ทราบรายละเอียดต่าง ๆ คำแนะนำจากบุคคลเหล่านี้ เช่น สมาคมกฎหมาย สถาบันควบคุมมาตรฐาน สมาคมแพทย์ สมาคมสุขภาพและสถานพักผ่อน สมาคมกีฬาแห่งชาติ เป็นต้น

การที่ได้มีการปรึกษากับกลุ่มผลประโยชน์เป็นการเปิดโอกาสให้กลุ่มผลประโยชน์เข้ามามีส่วนร่วมให้คำแนะนำในการออกกฎหมายลำดับรอง วิธีการดังกล่าวนี้เป็นวิธีการที่ดึงเอาบุคคลภายนอกเข้ามาเมื่อเห็นว่าคำแนะนำของบุคคลภายนอกนี้มีประโยชน์และเป็นคุณต่อการตรากฎหมายลำดับรอง

สำหรับคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่าในเรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการนั้น ส่วนใหญ่จะระบุตำแหน่งหน้าที่การงานเป็นเกณฑ์ในการแต่งตั้ง

⁸⁷ J.F. Garner. อ้างถึงใน องค์การและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 8.). เล่มเดิม.

เป็นกรรมการ ซึ่งบุคคลที่เป็นกรรมการโดยตำแหน่งนั้นโดยมากแล้วจะเป็นบุคคลที่มาจากหน่วยงานของทางราชการ และนอกจากนี้ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ นั้น ยังให้อำนาจแก่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลอื่นเข้ามาเป็นกรรมการได้อีกตามจำนวนที่ได้ระบุไว้

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ นั้น บุคคลภายนอกหรือผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสเข้าร่วมเป็นกรรมการได้น้อย ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วควรจะเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอก ผู้มีส่วนได้เสียเข้าร่วมเป็นกรรมการให้มากยิ่งขึ้น เพาะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นให้คำแนะนำต่าง ๆ ได้ นอกจากจะรับฟังแต่กรรมการที่แต่งตั้งโดยตำแหน่งแล้วเท่านั้น

มีข้อน่าพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งคือ วิธีการคัดเลือกบุคคลที่เป็นคณะกรรมการนั้น จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ มิได้ระบุถึงวิธีการคัดเลือกบุคคลที่จะมาเป็นกรรมการไว้ โดยส่วนใหญ่จะระบุแต่งตั้งโดยตำแหน่งหรือไม่ก็ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้อาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ประชาชนไม่ได้ให้ความยอมรับนับถือแก่คณะกรรมการเมื่อทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนเท่ากับศาลยุติธรรม เนื่องจากประชาชนเห็นว่า การคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมนั้น บทกฎหมายได้มีบทบัญญัติที่วางระบบและกำหนดวิธีการที่ให้ความคุ้มครองผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมจากการแทรกแซงการใช้อำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหาร

ในประเทศอังกฤษนั้น มีการจัดตั้งองค์กรคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Tribunals) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีลักษณะเฉพาะ จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยถือว่าเป็นองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่รัฐสภาพำหนดให้ และมีความเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร โดยกรรมการส่วนใหญ่จะไม่ใช่ข้าราชการประจำ แต่จะเป็นคนสามัญชนในท้องถิ่นผสมผสานกับผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในข้อพิพาทที่จะต้องวินิจฉัยซึ่งจากหลักการที่ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องไม่เป็นข้าราชการประจำนี้เอง ทำให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระจากหน่วยงานราชการที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในคดี และทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีลักษณะเป็นศาลของประชาชนมากกว่าการเป็นคณะกรรมการข้าราชการประจำของประเทศอังกฤษ และเพื่อให้การทำหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีความเป็นอิสระและเกิดผลได้จริง ในการจัดสรรและการแต่งตั้งกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้นำวิธีการที่เรียกว่า ระบบบัญชีรายชื่อ (Panel System) ซึ่งเป็นการจัดทำรายชื่อของผู้ที่อาจได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม หรือรัฐมนตรีกระทรวงที่เกี่ยวข้อง โดยกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือรัฐมนตรีกระทรวงที่เกี่ยวข้องแต่งตั้งประธานคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และ

ให้ประธานคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวแต่งตั้งกรรมการอื่นจากบัญชีรายชื่อที่จัดทำขึ้นในกรณีที่ทำเป็นจะต้องใช้คณะกรรมการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมาย แนวปฏิบัติมักจะให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้แต่งตั้งประธานกรรมการซึ่งจะต้องเป็นผู้มีความรู้ความสามารถทางด้านกฎหมาย เช่น ประกอบวิชาชีพทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี หรือ 7 ปี เป็นต้น และประธานก็จะแต่งตั้งสมาชิกในบัญชีรายชื่อเป็นกรรมการตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดหรือตามความเหมาะสม ประกอบกันขึ้นเป็นองค์คณะพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท

กรณีดังกล่าวมีตัวอย่างที่น่าสนใจประการหนึ่ง คือ กรณีของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พยายามวางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการคัดเลือกตัวบุคคลเพื่อเสนอแต่งตั้งเป็นกรรมการกฤษฎีกาเพื่อให้เป็นแบบอย่างต่อไป โดยเล็งเห็นว่า ในการสร้างสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองให้เป็นที่ยอมรับโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจำนวนมาก และให้เป็นที่ยอมรับโดยประชาชนทั่วไปในลักษณะเดียวกับที่ประชาชนได้ให้การยอมรับศาลยุติธรรมนั้น นอกเหนือไปจากการดำเนินการเกี่ยวกับการทำให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกามีคุณภาพด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การนำวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ การจัดหน่วยบริหารงานตามหลักวิชาการ ฯลฯ สิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณาอีกประการคือ การพิจารณาระบบการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองเพื่อให้เกิดความเชื่อถือโดยทั่วไป⁸⁸

โดยที่อำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคลเข้าเป็นกรรมการกฤษฎีกานั้น แยกเป็น 2 ส่วน คือ อำนาจในการตัดสินใจแต่งตั้ง เป็นอำนาจของฝ่ายการเมือง ส่วนอำนาจในการกลั่นกรองคัดเลือกตัวบุคคลเพื่อเสนอให้ฝ่ายการเมืองแต่งตั้ง เป็นงานประจำที่อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในส่วนงานประจำนั้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พัฒนากลไกในระบบงานประจำสำหรับการคัดเลือกและแต่งตั้งกรรมการกฤษฎีกาขึ้น กล่าวคือให้อ.ก.พ.สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นผู้พิจารณากลั่นกรองคัดเลือกตัวบุคคลให้แก่เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยในเบื้องต้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดำเนินการจัดให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางในการคัดเลือก มีการแยกพิจารณากลั่นกรองคัดเลือกตัวบุคคลเพื่อเป็นกรรมการออกเป็น 2 กลุ่ม คือ คัดเลือกจากกลุ่มผู้ดำรงตำแหน่งราชการระดับสูง บุคคลเหล่านี้เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และอีกกลุ่มคัดเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิ การคัดเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒินี้ทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้กำหนดเป็นแนวนโยบายใน

⁸⁸ จาก แนวทางปฏิบัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการคัดเลือกตัวบุคคลเพื่อเสนอแต่งตั้งเป็นกรรมการกฤษฎีกา (น. 155), โดย ออมร จันทรมานพ, ม.ป.ป., ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ขุนประเสริฐสุภมาตรา.

การคัดเลือกบุคคลที่เข้าดำรงตำแหน่งกรรมการร่างกฎหมายและกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไว้ในส่วนของกรรมการร่างกฎหมายนั้น ได้มีการกำหนดแนวนโยบาย ดังนี้ ประการแรก ให้มีการเฉลี่ยคุณสมบัติและอาชีพของผู้ที่ประกอบเข้าเป็นกรรมการร่างกฎหมาย ไม่ควรมีคุณสมบัติ อาชีพ และประสบการณ์ในทางใดทางหนึ่งมากเกินไป ประการที่สอง ให้มีการเฉลี่ยประสบการณ์ของผู้ที่ประกอบเข้าเป็นกรรมการร่างกฎหมาย ประการที่สาม ผู้ที่เป็นกรรมการร่างกฎหมาย ควรมีความเป็นอิสระในแนวความคิดตามคุณสมบัติและประสบการณ์ของตนเอง และนอกจากนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รวบรวมจัดพิมพ์เอกสารทางราชการในเรื่องนี้เพื่อให้เป็นหลักฐานและยึดถือปฏิบัติต่อไป และการที่จะให้ประชาชนหรือบุคคลภายนอกยอมรับระบบและกลไกวิธีกลั่นกรองคัดเลือกกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวนี้อำนาจสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะต้องแสดงให้เห็นว่าได้ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนเหล่านี้อย่างเคร่งครัดและสามารถให้เหตุผลหรือพิสูจน์ความถูกต้องในการคัดเลือกตัวบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการกฤษฎีกาได้ อันเป็นการสร้างความเชื่อถือในคณะกรรมการของสถาบันฝ่ายปกครองให้แก่ประชาชน⁸⁹

2.3.4 อำนาจของคณะกรรมการ

อำนาจของคณะกรรมการในการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนการกระทำนิติกรรมทางปกครองที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือ การให้คำปรึกษาและแนะนำแก่ฝ่ายปกครอง

การให้คำปรึกษาและแนะนำนั้น เป็นวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชนวิธีการหนึ่ง ในอังกฤษวิธีการดังกล่าวได้นำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการตรากฎหมายลำดับรอง (Delegated Legislation) เสียเป็นส่วนใหญ่ จุดมุ่งหมายของการให้คำปรึกษาและแนะนำก็เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองนี้เกิดความมั่นใจว่ากฎหรือคำสั่งที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมามีผลบังคับใช้หลังจากได้ปรึกษาหารือกับบุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบแล้วนั้น จะเป็นสิ่งที่ดีและเป็นที่ยอมรับของบุคคลดังกล่าว⁹⁰ เช่น ในกรณีของกฎหมายอังกฤษ ในมาตรา 1 (6) ของพระราชบัญญัติการเกษตร (The Agriculture Poisonous Substance Act 1952) ได้บัญญัติว่า “เมื่อรัฐมนตรี . . . เสนอระเบียบใดภายใต้กฎหมายฉบับนี้ จะต้องปรึกษากับองค์กรที่รัฐมนตรีเห็นว่า เป็นตัวแทนของกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้น ๆ” หรือตามมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติป้องกันสัตว์ปีก (Protection of Birds Act 1954) ได้บัญญัติว่า “รัฐมนตรีต้องตั้งคณะที่ปรึกษาเกี่ยวกับการป้องกันสัตว์ปีกของอังกฤษและ

⁸⁹ แหล่งเดิม.

⁹⁰ From *Administration Law* (p. 99), by David Foulkes, 1982. อ้างถึงใน องค์การและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร) (น. 88). แหล่งเดิม.

เวลส์ ประกอบด้วยสมาชิกที่ไม่ได้รับเงินเดือน ก่อนที่จะออกคำสั่งเพิ่มหรือลดจำนวนสัตว์ปีกจากบัญชีควบคุมตามกฎหมาย รัฐมนตรีจะต้องปรึกษาคณะที่ปรึกษาก่อนที่จะทำสิ่งอื่นต่อไปได้” แต่ในบางครั้งต้องการความคิดเห็นที่กว้างและลึกซึ้งยิ่งขึ้นนั้น การที่จะปรึกษากับบุคคลที่มีส่วนได้เสียนั้นไม่เป็นการเพียงพอ ในระบบกฎหมายอังกฤษได้ให้อำนาจแก่รัฐในการแต่งตั้งคณะกรรมการที่ให้คำปรึกษาและแนะนำเป็นการชั่วคราวหรือเป็นการถาวรขึ้นได้ เช่น National Insurance Advisory Committee ซึ่งตั้งขึ้นตาม The National Insurance Act 1946 พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีอย่างกว้างขวางในการตรากฎต่าง ๆ ในเรื่องที่สำคัญ ๆ และนอกจากนี้ยังให้อำนาจในการตั้ง National Insurance Advisory Committee อีกด้วย ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวนี้ประกอบด้วยประธานคณะกรรมการ 1 คน และสมาชิกอีกไม่ต่ำกว่า 8 คน แต่ไม่เกิน 11 คน คณะกรรมการทั้งหมดนี้เลือกโดยรัฐมนตรี สมาชิกอย่างน้อย 1 คน ต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับโรคเรื้อรังและเกี่ยวกับความพิการ และต้องมีสมาชิก 1 คน ได้รับเลือกหลังจากได้มีการปรึกษาหารือกับนายจ้าง และต้องมีสมาชิก 1 คน ได้รับเลือกหลังจากได้ปรึกษากับพวกคนงาน หน้าที่ทั่ว ๆ ไปของคณะกรรมการดังกล่าวก็คือ ให้คำแนะนำและให้ความช่วยเหลือแก่รัฐมนตรีภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

(1) การให้คำปรึกษาหารือในด้านบริหาร สำหรับตามกฎหมายไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติต่าง ๆ แล้วจะเห็นได้ว่า ในแต่ละพระราชบัญญัติจะมีองค์กรหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการ” ได้ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์หลาย ๆ ประการด้วยกัน เช่น ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ทางบริหาร เช่น คณะกรรมการพันธุ์พืชตามพระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518 ซึ่งตามมาตรา 11 ให้มีอำนาจหน้าที่เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเกี่ยวกับการควบคุมการส่งเสริมและการออกประกาศเกี่ยวกับพันธุ์พืช ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในเรื่องเกี่ยวกับพันธุ์พืช หรือคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 มาตรา 5 ให้มีอำนาจหน้าที่เสนอแนะกำหนดแนวทางปฏิบัติตามนโยบายในการทำโครงการหรือแผนที่เกี่ยวข้องกับคุณภาพสิ่งแวดล้อมเสนอแนะ พัฒนาส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมต่อคณะรัฐมนตรี เป็นต้น ดังนี้ จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการพันธุ์พืช หรือคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาตินั้น มีหน้าที่ในการให้คำแนะนำปรึกษาหารือในทางด้านบริหารด้วย คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำในด้านบริหารนี้จะมีอยู่เป็นจำนวนมากในกฎหมายไทย ซึ่งมีความแตกต่างจากต่างประเทศ เพราะคณะกรรมการที่ให้คำแนะนำปรึกษานี้ ในต่างประเทศส่วนมากแล้วจะเน้นในเรื่องคณะกรรมการที่ให้คำปรึกษาแนะนำแก่รัฐมนตรีในการตรากฎหมายลำดับรอง

(2) การให้คำปรึกษาแนะนำในการตรากฎหมายลำดับรอง คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติบางฉบับก็มีหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำแก่รัฐมนตรีในการออกกฎหมายลำดับรองผู้มีอำนาจตัดสินใจคือรัฐมนตรี หากแต่กฎหมายได้บังคับให้รัฐมนตรีต้องปรึกษาหารือกับคณะกรรมการก่อนจึงจะมีอาจตรากฎหมายลำดับรองออกไปได้⁹¹

2.3.5 คณะกรรมการในการใช้อำนาจทางปกครอง⁹²

การจัดตั้งคณะกรรมการในงานต่าง ๆ อาจมีลักษณะแตกต่างกันได้ คณะกรรมการในองค์กรทางปกครองจึงอาจมีการจัดตั้งและวิธีดำเนินงานหลายรูปแบบ แต่โดยที่คณะกรรมการในการใช้อำนาจทางปกครองนั้นจะต้องมีลักษณะเฉพาะบางประการ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงได้บัญญัติเรื่องคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ ดังนี้

(1) การแต่งตั้งกรรมการ คณะกรรมการในการพิจารณาทางปกครองโดยมากจะตั้งจากผู้เป็นข้าราชการตำแหน่งต่าง ๆ ตามความรู้ความสามารถในการรับผิดชอบ เพราะข้าราชการจะมีวินัยกำกับให้ต้องทำงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต อย่างไรก็ตามในกรณีต้องการความโปร่งใสหรือต้องการมีส่วนร่วมจากภาคเอกชนก็อาจตั้งบุคคลในภาคเอกชนเข้ามาร่วมเป็นคณะกรรมการได้ และในบางกรณีต้องการความรู้ความสามารถสูงในความรู้ด้านใดโดยเฉพาะก็จะกำหนดให้มีกรรมการที่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิได้ โดยไม่เลือกว่าบุคคลดังกล่าวจะมาจากภาครัฐหรือภาคเอกชน ในกรณีกรรมการซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒินี้จึงมีหลักว่าการแต่งตั้งต้องระบุตัวบุคคลว่าเป็นผู้ใด จะระบุเป็นตำแหน่งไม่ได้ เพราะการระบุเป็นตำแหน่งหรือเป็นผู้แทนสถาบันนั้นเท่ากับไม่ได้พิจารณาคุณสมบัติของตัวบุคคล แม้ว่าโดยทั่วไปบุคคลระดับหนึ่งในสถาบันนั้น ๆ มักจะมีความรู้ความสามารถระดับผู้ทรงคุณวุฒิก็ตาม

(2) การดำรงตำแหน่งกรรมการ คณะกรรมการอาจมีวาระการดำรงตำแหน่งหลายรูปแบบ ในกรณีที่เน้นความเป็นอิสระขององค์กรอาจจัดให้มีการหมุนเวียนกันออก โดยมีวาระยาวกว่าวาระของรัฐบาล เพื่อมิให้รัฐบาลใดมีอำนาจแต่งตั้งกรรมการทั้งหมดพร้อมกัน เช่น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ แต่โดยทั่วไปที่ไม่เคร่งครัดเช่นนั้นจะใช้ระบบแต่งตั้งพร้อมกันทั้งหมด เพื่อให้โอกาสผู้รับผิดชอบในการแต่งตั้งจะได้พิจารณาได้เต็มที่ ในรูปแบบเช่นนี้กฎหมายก็จะกำหนดให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาใหม่ในระหว่างที่กรรมการชุดเดิมยังมีตำแหน่งอยู่ ลงมีตำแหน่งในวาระเท่ากับวาระที่เหลือของกรรมการคณะนั้นเท่านั้น

⁹¹ องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 87-93). เล่มเดิม.

⁹² กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 83-87). เล่มเดิม.

คณะกรรมการในการพิจารณาทางปกครองโดยทั่วไปมักจะให้ผู้รับผิดชอบในการแต่งตั้งให้พ้นจากตำแหน่งได้ทุกเมื่อ เพื่อให้สามารถปรับปรุงองค์ประกอบเพื่อให้การทำงานสำเร็จ เป้าหมายตามที่ได้รับผิดชอบในการแต่งตั้งต้องการ แต่ในกรณีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เนื่องจากต้องการให้มีความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งเพื่อรักษาความเป็นอิสระในการทำงานที่เป็น การใช้อำนาจตุลาการ หลักการให้พ้นจากตำแหน่งได้ทุกเมื่อจึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้บังคับ โดยการ ให้กรรมการในคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพ้นจากตำแหน่งจะต้องมีเหตุอันสำคัญเฉพาะเมื่อ บกพร่องอย่างยิ่งต่อหน้าที่หรือมีความประพฤติเสื่อมเสียอย่างร้ายแรง

(3) องค์ประชุม การทำงานของคณะกรรมการคือ การประชุมและมีมติในเรื่องที่อยู่ใน อำนาจหน้าที่ของตน แต่การประชุมจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีกรรมการอยู่ร่วมประชุมกันครบองค์ ประชุม ซึ่งองค์ประชุมของคณะกรรมการจะเป็นเท่าใดนั้นแล้วแต่ลักษณะของคณะกรรมการ โดย อาจกำหนดให้ต้องครบทุกคนอย่างคณะผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการก็ได้ หรือจะกำหนดเพียง หนึ่ง ในสามก็ได้หากเป็นเรื่องไม่สำคัญ หรือจะกำหนดองค์ประชุมสำหรับการพิจารณาและสำหรับการ การมีมติชี้ขาดให้แตกต่างกันก็ได้ แต่ถ้ากฎหมายหรือกฎหรือคำสั่งที่ตั้งคณะกรรมการขึ้นมิได้ กำหนดเป็นอย่างใดโดยเฉพาะ ก็ต้องถือเอาจำนวนกึ่งหนึ่งเป็นองค์ประชุม ซึ่งเท่ากับว่าฝ่ายข้างมาก เห็นควรดำเนินการเช่นนั้น

คณะกรรมการในการพิจารณาทางปกครองบางกรณีก็เกิดการขัดแย้งกันได้ ที่เคยเกิด มาแล้วก็มี เช่น แก่งไม่มาประชุมเพื่อมิให้ครบองค์ประชุม ซึ่งเท่ากับเป็นการขัดขวางไม่ทำงานใน หน้าที่ กฎหมายจึงกำหนดว่าในกรณีมีกรรมการมาไม่ครบองค์ประชุมในการพิจารณาเรื่องใด ถ้ามี การนัดประชุมอีกครั้งเพื่อพิจารณาเรื่องเดียวกันภายใน 14 วันนับแต่วันที่เลื่อนมา ถ้าการประชุมครั้ง หลังมีกรรมการมาไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด ก็ให้ถือว่าครบเป็นองค์ ประชุม แต่ในการจัดประชุมครั้งหลังจะต้องระบุงการประสงค์ให้เกิดองค์ประชุมแม้จะไม่ถึงกึ่งหนึ่ง ไว้ในหนังสือนัดประชุมด้วย การแก่งถ่วงมิให้ครบองค์ประชุมจะได้ไม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้จะไม่ใช่บังคับกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งการมาประชุมครบองค์ประชุมเป็น เรื่องสำคัญในการใช้อำนาจตุลาการที่ต้องการความเป็นกลางและความเห็นฝ่ายข้างมากอย่างแท้จริง

ในกรณีที่มีการพิจารณาเรื่องใดที่อาจทำให้เห็นว่ากรรมการผู้ใดอาจไม่มีความเป็นกลาง ไม่ว่าเพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกรรมการผู้นั้นเอง หรือเป็นญาติหรือมีความใกล้ชิดเป็นพิเศษกับคู่กรณี หรือมีเหตุอื่นใดที่ควรเชื่อว่าไม่มีความเป็นกลาง กรรมการผู้นั้นอาจถูกคัดค้านไม่ให้ร่วมประชุม เรื่องนั้นได้ ในกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้ถือว่าคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยกรรมการทุกคน ที่ไม่ถูกคัดค้าน ผลการนับองค์ประชุมก็จะลดลงมาโดยนับจากจำนวนที่เหลือเท่านั้น เช่น กรรมการ ทั้งหมด 9 คน ในกรณีปกติก็ต้องมี 5 คน จึงจะเป็นองค์ประชุม แต่ในกรณีถูกคัดค้าน 1 คน

การนับองค์ประชุมก็ต้องพิจารณาจากจำนวน 8 คนที่เหลือ โดยกรรมการจำนวน 4 คน ก็ครบเป็นองค์ประชุมได้

(4) การประชุม การประชุมจะต้องทำอย่างไรหรือจะมีหลักเกณฑ์วิธีการเช่นใด คณะกรรมการย่อมกำหนดวิธีการประชุมของตนเองได้ เว้นแต่กรณีเฉพาะที่มีกฎหมายบังคับไว้

การนัดประชุมต้องเปิดโอกาสให้กรรมการทุกคนได้ทราบการนัดประชุมและมีเวลาอันควรที่จะมาร่วมประชุมได้ เพื่อการเตรียมตัวและเตรียมข้อมูลอันจะทำให้การประชุมเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ โดยปกติกฎหมายจึงกำหนดนัดประชุมเป็นหนังสือและต้องนัดล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 3 วัน เว้นแต่จะเป็นกรณีเร่งด่วนหรือแจ้งการจัดกันในที่ประชุมแล้ว

มติที่ประชุมย่อมเป็นไปตามเสียงข้างมากของผู้มาประชุม โดยคณะกรรมการแต่ละคนออกเสียงได้เสียงเดียว เว้นแต่ในกรณีเกิดมีเสียงเท่ากันไม่อาจมีมติข้างมากได้ กฎหมายได้บัญญัติให้ประธานกรรมการออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาดได้ (Casting Vote) แม้ว่าประธานกรรมการจะได้ออกเสียงไปก่อนแล้วก็ตาม เพราะหากไม่กำหนดเช่นนี้ก็ไมอาจดำเนินการใด ๆ ได้

การประชุมของคณะกรรมการพิจารณาทางปกครองย่อมเป็นสิ่งสำคัญที่นำไปประกอบการมีมติของที่ประชุม และเมื่อเป็นการงานของรัฐจึงต้องมีการจัดทำเป็นหลักฐานกฎหมายจึงบังคับให้ทำเป็นหนังสือ และให้มีการบันทึกความเห็นแย้งไว้ในรายงานการประชุม และถ้าฝ่ายข้างน้อยทำบันทึกความเห็นแย้งก็ต้องรวมความเห็นแย้งนั้นไว้ในรายงานการประชุมด้วย เพื่อป้องกันการปฏิบัติที่เฉไฉไม่เป็นไปตามความเป็นจริง หรือใช้อำนาจฝ่ายข้างมากกลบความเห็นและเหตุผลของฝ่ายข้างน้อย ทั้งนี้ เพราะต่างต้องรับผิดชอบในหน้าที่ของตน

คณะกรรมการทั่วไปอาจพิจารณามติเช่นใดแล้วแจ้งมติของตนไปให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ ก็เป็นอันจบการทำงาน โดยการแจ้งนั้นสุดแล้วแต่ที่ประชุมคณะกรรมการจะตกลงกันจะมอบให้ประธานกรรมการหรือเลขานุการเป็นผู้ลงนามในหนังสือแจ้งก็ได้ตามรูปแบบทั่วไปของคำสั่งทางปกครอง แต่ในกรณีมติของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คำวินิจฉัยนั้นจะมีผลเป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยชี้ขาดสิทธิหน้าที่ที่สำคัญ ในการปกครองจึงให้ความสำคัญแก่คำวินิจฉัยประเภทนี้ โดยให้บรรจุเหตุผลที่กรรมการผู้พิจารณาทุกคนเห็นตรงกันจริง ๆ ไว้ จึงมีหลักให้ต้องมีการลงลายมือชื่อของกรรมการที่วินิจฉัยทุกคน เพื่อให้ทุกคนมีโอกาสทักท้วงแก้ไขข้อเท็จจริงและเหตุผลได้เต็มที่ ส่วนความเห็นแย้งก็ให้แย้งไว้ในคำวินิจฉัยด้วย ซึ่งการบรรจุความเห็นแย้งไว้ในคำวินิจฉัยนี้จะเกิดผลคือ 1) บุคคลทั่วไปทราบว่าเรื่องนั้นมีข้อโต้แย้งได้อยู่อันอาจเป็นประโยชน์ในชั้นอุทธรณ์ต่อไป เพราะเมื่อฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายก็ไม่มีควมจำเป็นใดที่จะปกปิดซ่อนเร้นข้อโต้แย้งฝ่ายปกครอง 2) เป็นผลทางจิตวิทยาที่จะทำให้ฝ่ายข้างมากระมัดระวังเพิ่มขึ้นในการมีความเห็น เพราะความเห็นทั้งสองฝ่ายจะปรากฏคู่กัน อันเป็นผลให้ยับยั้งชั่งใจไม่ใช้

อำนาจโดยมิชอบ 3) เป็นการพัฒนาวิชาการให้ก้าวหน้าขึ้น โดยคนทั่วไปจะนำความเห็น
ทั้งสองฝ่าย ไปศึกษาและเป็นฐานในการเพิ่มพูนความรู้ในอนาคต