

ข้อคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.1. ข้อคิดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.1.1. ข้อพิจารณาเบื้องต้น

เมื่อมนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคม ย่อมเป็นธรรมดาที่จะเกิดปัญหาความขัดแย้งหรือข้อพิพาทขึ้น เนื่องจากมีความเห็นไม่ตรงกัน ดังนั้น เพื่อให้การดำรงชีวิตอยู่ในสังคมเป็นไปโดยสงบสุข มนุษย์จึงต้องหาวิธีการที่จะยุติข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทดังกล่าว ซึ่งวิธีการยุติข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก คือ การฟ้องร้องคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทไปตามกฎหมายอันเป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับว่ามีความยุติธรรม แต่เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีของศาลใช้ระยะเวลายาวนานและเสียค่าใช้จ่ายมาก ในปัจจุบันจึงมีการหาวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นนอกจากวิธีการทางศาล (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR) ซึ่งมีด้วยกันหลายวิธี แต่วิธีการระงับข้อพิพาทที่สำคัญและแพร่หลายมีดังนี้

(1) การเจรจาต่อรอง (Negotiation) เป็นการระงับข้อพิพาทโดยคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายสมัครใจที่จะมาพูดคุยปรับความเข้าใจกัน และพยายามหาข้อยุติที่ทุกฝ่ายต่างเห็นพ้องต้องกัน ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้เป็นวิธีการที่ทำได้โดยง่ายที่สุด คือ สามารถทำที่ไหน เมื่อใดก็ได้ที่คู่กรณีสะดวก และเสียค่าใช้จ่ายน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีระงับข้อพิพาทอื่น นอกจากนั้นยังรักษาความลับของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี เนื่องจากไม่มีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมการเจรจาต่อรอง

(2) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันระงับข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องประกอบด้วยบุคคลภายนอกหนึ่งคนหรือหลายคนที่คู่กรณีเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ¹ ซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะ

¹ ญัตติ มุนจินดา, “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภากับการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี”, บทบัญญัติ, เล่มที่ 60 ตอน 4, (ธันวาคม 2547), หน้า 24.

เลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทและมีความเที่ยงธรรมมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปโดยรวดเร็ว ตรงตามความเป็นจริง และถูกต้องตามหลักวิชา ทางปฏิบัติ และปกติประเพณีในเรื่องนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (Arbitral award) ประการใดแล้ว ย่อมมีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที หากไม่ปฏิบัติตาม คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็ต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป ซึ่งการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกรวดเร็วกว่าการฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาทั่วไป เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตัดสินว่าจะบังคับหรือปฏิเสธไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่ามีกรณีใดบ้าง ซึ่งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธการบังคับค่อนข้างมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี²

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็น การอนุญาโตตุลาการในศาล และการอนุญาโตตุลาการนอกศาล การอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นกรณีที่ได้มีการนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลชั้นต้นและคดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลแล้ว แต่คู่กรณีต่างเห็นพ้องและตกลงกันเสนอข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือทั้งหมดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด โดยยื่นคำร้องขอต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายก็จะอนุญาตให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น ซึ่งในการตั้งอนุญาโตตุลาการก็ดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ดี ให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกัน ภายใต้การควบคุมและช่วยเหลือของศาล ส่วนการอนุญาโตตุลาการนอกศาล เป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีประสงค์จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด โดยไม่ประสงค์จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันได้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดหรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้ โดยแยกเป็น

ก. การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration) เป็นกรณีที่คู่กรณีตกลงจะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกันเอง ตั้งแต่การตั้งอนุญาโตตุลาการ การกำหนดกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้เหมาะสมกับข้อพิพาท แต่หากคู่กรณีมิได้ตกลงกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไว้ หรือกำหนดวิธีพิจารณาไว้แต่บางเรื่องไม่อยู่ในความตกลง ก็เป็นดุลพินิจ

² สรวิศ ลิ้มปริงซี่, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, (กรุงเทพมหานคร : นิติรัฐ, 2545), หน้า 7-8.

ของอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการ แต่ต้องให้ความยุติธรรมและโอกาสแก่คู่กรณีในการเข้าร่วมพิจารณา

ข. การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration) เป็นกรณีที่คู่กรณีประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งจะมีบัญชีรายชื่อบุคคลที่มีความรู้ความสามารถทางด้านต่าง ๆ และยินดีทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ให้คู่กรณีเลือก รวมทั้งมีข้อบังคับให้คู่กรณีเลือกใช้บริการอนุญาโตตุลาการของตน นอกจากนั้น ยังมีเจ้าหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีที่ใช้บริการ เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดี³

(3) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Conciliation หรือ Mediation) เป็นการระงับข้อพิพาทโดยให้บุคคลฝ่ายที่สามทำหน้าที่เป็นคนกลางไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยมีได้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดอย่างผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความยุ่งยากน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับ การฟ้องร้องคดีต่อศาล บรรยากาศของการไกล่เกลี่ยมีความเป็นกันเองมากกว่า ทำให้รักษาสัมพันธภาพของคู่กรณีไว้ได้มากและมีความรวดเร็วกว่าการดำเนินคดีในศาล ในบทนี้ ได้ศึกษาถึงความหมาย หลักการ และกระบวนการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยทั่วไป รวมทั้งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลของประเทศไทย

2.1.2. ความหมายและหลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.1.2.1. ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในภาษาอังกฤษมีการใช้คำศัพท์อยู่ 2 คำ คือ คำว่า “Conciliation” หมายถึง การประนอมข้อพิพาท และคำว่า “Mediation” หมายถึง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งคำศัพท์ทั้งสองคำนี้มีความหมายไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ เป็นการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลางในการช่วยเหลือให้การตกลงเจรจาบรรลุผล แต่ในทางทฤษฎีของบางประเทศ การประนอมข้อพิพาทจะแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตรงที่บทบาทการทำหน้าที่ของคนกลางที่เรียกว่า “ผู้ประนีประนอม” (Conciliator) จะทำหน้าที่ช่วยเหลือให้ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน โดยอาจรวมถึงบทบาทในการช่วยเหลือคู่พิพาทในการยกร่างสัญญาประนีประนอมยอมความด้วย และถือว่า

³ พรพิมล บุญทวีเวช, “ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, หน้า 58-60.

การประนอมข้อพิพาทมีลักษณะที่เป็นทางการมากกว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁴ สำหรับคำว่า Conciliation นั้น มาจากภาษาละติน “Conciliare” หมายถึง การเข้ามาไกล่เกลี่ย กล่าวคือ ทำให้ข้อขัดแย้งหมดไปหรือทำให้ผู้ที่เห็นแตกต่างกันหรือผลประโยชน์ขัดแย้งกันเกิดความพอใจ⁵

นอกจากนั้น ในต่างประเทศได้ให้คำนิยามของคำว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ดังต่อไปนี้

Black's Law Dictionary ให้คำนิยามของคำว่า Conciliation⁶ ไว้ว่า

- (1) การยุติข้อพิพาทในทางที่สามารถตกลงกันได้
- (2) กระบวนการที่มีคนกลางเข้ามาบรรเทาข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีและหาหนทางให้ข้อพิพาทนั้นได้รับการแก้ไข (ส่วนใหญ่มักใช้กับการระงับข้อพิพาทแรงงาน)

และให้คำนิยามของคำว่า Mediation⁷ ไว้ว่า วิธีการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพันโดยเกี่ยวข้องกับคนกลางซึ่งเป็นบุคคลที่สามที่พยายามจะช่วยเหลือคู่กรณีพิพาทหาทางออกที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน

J. Folberg และ A. Taylor (Mediation : Comparative Guide to Resolving Conflicts Without Litigation (San Francisco : Jossey-Bass Inc., 1984)) ให้คำนิยามของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่า เป็นกระบวนการที่คู่กรณีโดยความช่วยเหลือของคนกลาง แยกแยะประเด็นข้อขัดแย้ง

⁴ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือการระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน, (กรุงเทพมหานคร, 2547), หน้า 12.

⁵ วรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), หน้า 19.

⁶ Black's Law Dictionary, Second Pocket Edition, west group, p.122.

Conciliation : (1) A settlement of a dispute in an agreeable manner.

(2) A process in which a neutral person meets with the parties to a dispute (often labor) and explores how the dispute might be resolved.

⁷ *Ibid.*, p.444.

Mediation : A method of nonbinding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution.

อย่างเป็นระบบ เพื่อแสวงหาทางเลือกต่าง ๆ และสามารถยุติข้อขัดแย้งด้วยความยินยอมพร้อมใจ และสนองตอบความต้องการของทั้งสองฝ่าย⁸

Lon Fuller (Mediation – Its Forms and Functions) ได้กล่าวถึงการไกล่เกลี่ยว่า คุณสมบัติที่สำคัญของการไกล่เกลี่ย คือ ความสามารถที่จะชักจูงให้คู่กรณีหันหน้าเข้าหากัน ทั้งนี้ ไม่ใช่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้กระทำ แต่เป็นการช่วยเหลือให้คู่กรณีมีกรอบแนวคิดใหม่ร่วมกัน เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่าย กรอบแนวคิดซึ่งจะชักนำไปเกิดทัศนคติและความรู้สึกต่อกัน และกันใหม่⁹

ส่วนในภาษาไทยได้มีการให้ความหมายของการไกล่เกลี่ยไว้ดังนี้¹⁰

⁸ ญัตติ มุนจินดา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, หน้า 21.

⁹ *เพ็ญอ้าว*, หน้า 21.

¹⁰ ในสังคมไทยตั้งแต่อดีตได้นำวิธีการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเป็นเวลานานแล้ว แต่เป็นการนำประเพณี ขนบธรรมเนียมและค่านิยมของท้องถิ่น มาปรับใช้กับสังคมมากกว่าการใช้กฎหมาย

ในสมัยสุโขทัย หลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชเป็นหลักฐานสำคัญที่ทำให้เห็นถึงสภาพสังคมสมัยนั้นมีลักษณะการปกครองแบบพ่อปกครองลูก ซึ่งเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ว่าการประนีประนอมจะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่นำมาใช้ตามความต้องการของสังคมในสมัยนั้นมากกว่าการตัดสินเอาแพ้เอาชนะกันระหว่างคู่กรณีพิพาท นอกจากนี้ การนำหลักธรรมในพุทธศาสนามาผสมผสานกับหลักการปกครองสั่งสอนให้สมาชิกในสังคมได้ปรองดอง ไม่เบียดเบียนและให้อภัยต่อกัน เพื่อจะนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคมนั้น ย่อมเป็นเหตุอีกทางหนึ่งที่สนับสนุนให้เห็นว่า สังคมสมัยสุโขทัยได้นำวิธีการไกล่เกลี่ยประนีประนอมมาใช้ระงับข้อพิพาทในการดำรงชีวิตประจำวันของคนยุคนั้นแล้ว

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา มีการยินยอมให้คู่ความสมัครใจเลือกบุคคลเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยประนีประนอมได้ และกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะทำการไกล่เกลี่ยว่าต้องนับถือศาสนาเดียวกับคู่ความ และมีใจไม่ลำเอียง ตั้งอยู่ในสังคม ละเว้นซึ่งอคติสี่ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาทสมัยดั้งเดิมมี 2 แนวทาง แนวทางแรก เป็นการระงับข้อพิพาทโดยผู้ปกครองสูงสุด ได้แก่ พระมหากษัตริย์ โดยใช้อำนาจอธิปไตยออกกฎหมาย เรียกว่า พระราชศาสตร์ โดยอิงหลักธรรมคัมภีร์พระธรรมศาสตร์มาเป็นกลไกในการตัดสินขั้นต้น แนวทางที่สอง มีหลักการจากกฎหมายธรรมชาติ อาศัยหลักของเหตุผลและความ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้คำนิยามของคำว่า “ไกล่เกลี่ย” หมายความว่า พุดจาให้ปรองดองกัน พุดจาให้ตกลงกัน คุยได้ ทำให้เรียบร้อย ทำให้มีส่วนเสมอกัน

อีกทั้งยังมีผู้ที่ให้คำนิยามของคำว่า “ไกล่เกลี่ย” ไว้ดังต่อไปนี้

การไกล่เกลี่ยเป็นวิธีปฏิบัติของบุคคลที่สามเพื่อให้คู่กรณีทำความตกลงกัน ผู้ไกล่เกลี่ยจะเข้ามาร่วมเจรจาและหาทางออกในปัญหาข้อพิพาทนั้น การไกล่เกลี่ยเป็นการเจรจาโดยมีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนกลางและไม่มีลักษณะบังคับ คู่กรณีมีเสรีภาพเต็มที่ในการระงับข้อพิพาทหรือไม่ระงับตามทางออกที่ผู้ไกล่เกลี่ยเสนอก็ได้ และสำหรับด้านผู้ไกล่เกลี่ยก็มีเสรีภาพที่จะเสนอการไกล่เกลี่ยของเขาต่อไป หรือจะหยุดการไกล่เกลี่ยเมื่อใดก็ได้เช่นกัน การไกล่เกลี่ยจะต้องอาศัยความยินยอมของคู่กรณีเป็นสำคัญ¹¹

การไกล่เกลี่ย คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามมาช่วยเหลือให้คู่ความเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ โดยเป็นผลิตผลประการหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นจากความล้มเหลวของการเจรจาต่อรอง แต่มิใช่เป็นสิ่งที่เข้ามาแทนที่การเจรจาต่อรอง กระบวนการดังกล่าวมีประโยชน์ในการช่วยให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันจากกรณีที่มีข้อพิพาทกันนั้นได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นคนกระตุ้นให้คู่กรณีตกลงกันได้ง่ายขึ้น แต่ไม่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลงให้แก่คู่กรณี กล่าวคือไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทเหมือนดังอนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษา โดยเพียงสามารถแปลข้อความ แนะนำ เสนอแนะ ล่อใจ เกลี้ยกล่อม หรือชี้แนะหนทางที่เป็นไปได้ในการแก้ไขข้อพิพาทให้แก่คู่ความเท่านั้น เป้าหมายของการไกล่เกลี่ยโดยทั่วไปไม่ใช่เพื่อที่จะชี้แนะข้อตกลงให้คู่กรณี แต่ก่อนไปในทางที่จะช่วยทำให้การเจรจาต่อรองง่ายเข้าและทำความเข้าใจให้แก่การติดต่อเจรจาระหว่างคู่กรณี จนกระทั่งได้รับข้อตกลงร่วมกัน หรือมองเห็น

เป็นธรรมชาติมาเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาท โดยมีการยอมรับกันในรูปแบบของขนบธรรมเนียมประเพณี และศีลธรรมของสังคมนั้น ๆ ในการระงับข้อพิพาทมักใช้รูปแบบของการไกล่เกลี่ย ประนีประนอม โดยมีหลักการที่สำคัญ คือ คู่พิพาทต้องได้รับความพอใจและเป็นธรรม มิได้มีจุดประสงค์แพ้หรือชนะเป็นเกณฑ์ แต่พิจารณาในประเด็นของการให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันโดยสงบสุข (ที่มา : สุภัทรา กรอุไร, “การประนีประนอมข้อพิพาททางอาญา”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 23-24.)

¹¹ ชวติ พิสุทธิพันธ์, “วิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติของสหประชาชาติ”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518, หน้า 8.

ทางออกของปัญหาที่แต่เดิมเป็นทางตัน ผู้ไกล่เกลี่ยคือผู้ที่พยายามนำทางให้คู่กรณีเพื่อที่พวกเขาจะได้พบกับทางออกของปัญหาที่เป็นที่พอใจของทุกฝ่าย¹²

การไกล่เกลี่ย หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางเข้าช่วยเหลือแนะนำในการเจรจาต่อรองของคู่ความเพื่อระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ เพราะในการเจรจาต่อรองของคู่ความที่กระทำกันเองนั้นมักจะมีปัจจัยต่าง ๆ เข้ามาแทรกแซงอันทำให้คู่ความไม่ได้เจรจาตรงตามประเด็นปัญหาที่พิพาทหรือไม่อาจหันหน้าเข้าเจรจากันได้เลย การแก้ปัญหาอุปสรรคของการเจรจาตกลงกันเองที่เหมาะสมดียิ่ง ก็คือการมีคนกลางเข้าไกล่เกลี่ย ด้วยการช่วยเหลือให้คู่ความได้เข้าใจในปัญหาที่พิพาท กำหนดแนวทางการเจรจาต่อรอง ลดทิวและอารมณ์โกรธของคู่ความ กับชี้แนะแนวทางให้คู่ความเห็นถึงทางออกเพื่อระงับข้อพิพาทด้วย¹³

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายถึง วิธีการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามที่เรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” ในการทำหน้าที่ช่วยเหลือเสนอแนะแนวทางและหาทางออกให้กับคู่พิพาท เพื่อตกลงประนีประนอมยอมความกัน¹⁴

จากคำนิยามที่กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายถึง การระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สาม ซึ่งเรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator) เป็นคนกลางเข้ามาช่วยเหลือแนะนำให้การเจรจาต่อรองของคู่กรณีประสบความสำเร็จ เพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน โดยคู่กรณีสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันที่เป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่าย (Win-Win Situation) อันจะทำให้ข้อพิพาทที่มีอยู่หมดสิ้นไป ทั้งนี้ ความเห็นหรือคำแนะนำของผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม คู่กรณียังคงมีอิสระและเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะแก้ไขข้อพิพาทด้วยตนเอง

¹² ภานุ รังสีสหัส, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, รวมบทความการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร), หน้า 3.

¹³ โชติช่วง ทพงศ์, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล, รวมบทความการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร), หน้า 45.

¹⁴ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4, หน้า 11.

2.1.2.2. หลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปและมีคนกลางเข้ามาช่วยเหลือในการเจรจาของคู่กรณี ที่เรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” ซึ่งแตกต่างจากการเจรจาต่อรองที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องตกลงเจรจากันเองโดยไม่มีบุคคลที่สามเข้าร่วมในการเจรจาด้วย

(2) คู่กรณีสมควรใจเลือกใช้วิธีการไกล่เกลี่ย บุคคลที่สามที่จะเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ยต้องอาศัยความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ ดังนั้น ก่อนที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะดำเนินการไกล่เกลี่ยควรให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและลงชื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ¹⁵

(3) หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยจะคอยช่วยเหลือ แนะนำ และชี้แนะหาหนทางในการแก้ไขปัญหาให้แก่คู่กรณี เพื่อให้คู่กรณีตกลงเจรจาระงับข้อพิพาทกันได้ แต่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจตัดสินใจชี้ขาดข้อพิพาทดังเช่นอนุญาโตตุลาการ ความเห็นและคำแนะนำของผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม การที่คู่กรณีจะตกลงระงับข้อพิพาทกันได้หรือไม่เป็นการตัดสินใจของคู่กรณีเอง

(4) คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย เมื่อกฎหมายมิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น บุคคลใดก็ตามที่คู่กรณียินยอมให้ทำการไกล่เกลี่ยย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยได้ แต่บุคคลที่สามที่จะเข้ามาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลาง ไม่ลำเอียง ไม่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อพิพาท และควรเป็นบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยอมรับและให้ความเคารพนับถือจึงยินยอมให้ทำการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลหรือของสถาบันไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยทั่วไป ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีคุณสมบัติตามระเบียบข้อบังคับที่ใช้ในศาลหรือสถาบันนั้น ๆ¹⁶

¹⁵ บุญตา ส. ผาบัมชัย, “กระบวนการว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : ศึกษาเปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, หน้า 27.

¹⁶ เพิ่งอ้าง, หน้า 27.

(5) การเจรจาของคู่ความในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผูกพันทางสังคมและความรู้สึกของมนุษย์ยิ่งกว่าการโต้แย้งตามหลักตรรกศาสตร์¹⁷ และพยายามเจรจาให้บรรลุถึงข้อตกลงที่เป็นที่พอใจร่วมกันของคู่ความทั้งสองฝ่าย จึงไม่มีฝ่ายใดแพ้หรือฝ่ายใดชนะ แต่ถือว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายชนะด้วยกันทั้งคู่ (Win-Win Situation)¹⁸

(6) ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประสบผลสำเร็จ หากเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล คู่ความก็จะจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความและให้ศาลพิพากษาตามยอม หรืออาจถอนฟ้องก็ได้ หากเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล คู่กรณีก็จะจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความตามลักษณะที่กฎหมายกำหนด แต่ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ คู่กรณีอาจต้องไปใช้วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินคดีในศาล

2.1.3. ประเภทของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถกระทำได้นับตั้งแต่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยที่คู่กรณียังมีได้นำข้อพิพาทดังกล่าวไปฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล และสามารถกระทำได้แม้ข้อพิพาทนั้นได้ถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลแล้ว การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงอาจแบ่งออกเป็นประเภทได้ ดังนี้

2.1.3.1. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นหรือศาลที่สูงกว่าก็ได้ โดยศาลเป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งคู่ความอาจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ตั้งแต่เริ่มต้นฟ้องคดี หรือในเวลาใด ๆ ระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเมื่อคู่ความตกลงกันให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือศาลเห็นควรจัดให้มีการไกล่เกลี่ยคดี

¹⁷ ปัทมา เฝ้าสังข์ทอง, “การแก้ปัญหาความขัดแย้งในครอบครัว : ศึกษากระบวนการไกล่เกลี่ยกรณีหย่า”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544, หน้า 46.

¹⁸ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือการจัดระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล, (กรุงเทพมหานคร, 2549), หน้า 7.

ทั้งก่อนวันที่ศาลนัดชี้สองสถานหรือนับสืบพยาน หรือหลังวันนัดดังกล่าวก็ได้ ทั้งนี้ คู่ความที่ประสงค์จะขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจติดต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำศาลนั้น ๆ ได้

เมื่อการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง หากคู่ความตกลงกันได้ก็อาจทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันและขอให้ศาลพิพากษาตามยอม หรือคู่ความอาจถอนฟ้องก็ได้ ซึ่งจะทำให้ข้อพิพาทที่มีอยู่ระงับสิ้นไป แต่ในกรณีที่ไม่วางตกลงกันได้ ก็จะต้องส่งสำนวนคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลตามปกติ

2.1.3.2. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมีการฟ้องร้องคดีต่อศาล หรืออาจเป็นกรณีที่มีการฟ้องร้องคดีต่อศาลแล้ว แต่คู่ความดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเอง โดยศาลมิได้เป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งคู่กรณีพิพาทจะตกลงให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลางช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาท โดยอาจดำเนินการเจรจาตกลงกันเองหรือมอบข้อพิพาทให้สำนักงานหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ก็ได้ เช่น ยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยให้ก็ได้

ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลประสบผลสำเร็จ โดยทั่วไปคู่กรณีจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่เดิมและผูกพันตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นใหม่ หากเป็นการไกล่เกลี่ยก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล ถ้าคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ก็สามารถนำสัญญาดังกล่าวมาฟ้องร้องต่อศาลได้ แต่หากเป็นกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว และคู่ความดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยกันเองนอกศาล ก็สามารถนำสัญญาประนีประนอมยอมความมาให้ศาลพิพากษาตามยอมหรืออาจถอนฟ้องก็ได้ ส่วนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลที่ไม่ประสบผลสำเร็จนั้น คู่กรณีอาจต้องระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการ หรือดำเนินคดีในศาล

2.1.4. บทบาทหน้าที่ และจรรยาบรรณของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.1.4.1. บทบาทและหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท¹⁹

- (1) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องจัดเตรียมสถานที่ไกล่เกลี่ยให้อยู่ในลักษณะที่เหมาะสมกับการเจรจา
- (2) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเปิดการไกล่เกลี่ยโดยอธิบายให้ผู้ความรับทราบที่ผู้ไกล่เกลี่ยเพียงเป็นคนกลางที่มาช่วยให้ผู้ความทั้งสองฝ่ายคืนดีต่อกัน โดยนำผู้ความทั้งสองฝ่ายมาเจรจาและสื่อสารต่อกัน และไม่มีอำนาจที่จะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท
- (3) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องสร้างความไว้วางใจให้แก่ผู้ความโดยอาจจะเป็นคำพูดและการกระทำก็ได้ โดยแนะนำตัวเองและผู้ความทุกฝ่ายให้รู้จักกัน เพื่อให้ผู้ความผ่อนคลายความเครียด ทำให้ผู้ความยอมเผยข้อข้องใจที่จะทำให้ตกลงกันได้
- (4) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องตั้งคำถามเพื่อทราบข้อมูลที่เป็นต่อการกำหนดประเด็นปัญหาและผลประโยชน์ของคู่พิพาท เพื่อให้การเจรจาคืบหน้าต่อไป และช่วยให้คู่พิพาทหาข้อสรุปที่อาจเป็นไปได้จากการเจรจากัน
- (5) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องฟังคู่พิพาท และรับรู้ว่าคุณพิพาทเข้าใจข้อมูลอีกฝ่ายหนึ่งได้พูดและขัดข้องอย่างยากที่ขัดขวางการเจรจา และแปลความในเรื่องที่เจรจาให้แก่ผู้ความและทำให้ผู้ความอีกฝ่ายเข้าใจในสิ่งที่อีกฝ่ายพูด
- (6) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องจับประเด็นให้ได้ว่าคุณพิพาทแต่ละฝ่ายต้องการเจรจาในปัญหาใดบ้าง รวมทั้งจัดลำดับการเจรจา และจัดกลุ่มของปัญหาที่สามารถเจรจาไปได้พร้อม ๆ กัน
- (7) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องทำให้ผู้ความมองเห็นได้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีความเป็นกลาง และอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการเจรจาให้แก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายเท่า ๆ กัน
- (8) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องให้อำนาจแก่คู่พิพาทในการตัดสินใจเกี่ยวกับผลของการไกล่เกลี่ย และควรแจ้งให้คู่พิพาททราบว่าคู่พิพาทเป็นผู้ควบคุมการตัดสินใจทุกอย่างตลอดเวลาของการไกล่เกลี่ย
- (9) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องช่วยคู่พิพาทในการกำหนดว่าข้อตกลงที่มีการเสนอเป็นทางเลือกนั้น สามารถทำได้จริงหรือไม่ และตรงตามที่คู่พิพาทต้องการหรือไม่

¹⁹ สำนักกระบวนข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, คำแนะนำและประมวลจริยธรรมผู้ไกล่เกลี่ย, (กรุงเทพมหานคร, 2547), หน้า 10.

2.1.4.2. จรรยาบรรณของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท²⁰

(1) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเคารพและสนับสนุนให้คู่พิพาทตัดสินใจด้วยตนเองบนพื้นฐานของการตัดสินใจอย่างมีข้อมูล เพื่อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ รวมทั้งต้องละเว้นไม่ออกคำสั่งหรือคำตัดสินใด ๆ ที่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทและทางเลือกในการตกลงระงับข้อพิพาท ตลอดจนต้องไม่พยายามโน้มน้าวหรือบังคับให้คู่พิพาทเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยหรือให้ทำการตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งในกระบวนการไกล่เกลี่ย

(2) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนินการด้วยความเป็นกลาง ไม่ปล่อยให้อิทธิพลของบุคคลภายนอกมากดดันให้เสียความเป็นกลาง แต่หากผู้ไกล่เกลี่ยทราบว่าจะไม่มีความเป็นกลางจะต้องเปิดเผยสิ่งที่จะทำให้เกิดความไม่เป็นกลางนั้น และถอนตัวจากการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย

(3) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเปิดเผยความขัดแย้งในผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นและที่อาจจะเกิดขึ้น และระหว่างไกล่เกลี่ยจะต้องไม่รับทำงานใด ๆ ของคู่พิพาท รวมทั้ง จะต้องไม่กระทำการใด ๆ ให้กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งภายหลังการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยด้วย

(4) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเก็บรักษาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไว้เป็นความลับ

2.1.5. ประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท²¹

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยในศาลหรือการไกล่เกลี่ยนอกศาล ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมาก อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) ประโยชน์ที่สังคมโดยรวมจะได้รับจากการไกล่เกลี่ย คือ เป็นการลดข้อขัดแย้งและสร้างความเป็นธรรมในสังคม เนื่องจากข้อพิพาทเมื่อเกิดขึ้นแล้วหากไม่ระงับก็จะขยายวงกว้างและสร้างความแตกแยก ถ้าระงับเหตุเบื้องต้นโดยหาทางให้คู่กรณีหันหน้ามาพูดจาประนีประนอมกัน ก็จะทำให้ความขัดแย้งที่บาดหมางจบลงได้และมีบรรยากาศยังคงมีอยู่ต่อไป

(2) ประโยชน์ที่คู่ความจะได้รับจากการไกล่เกลี่ย คือ ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย โดยไม่ต้องเสียเวลาไปศาล หากตกลงกันได้คู่ความต่างฝ่ายต่างรู้สึกว่าได้ความยุติธรรม ทั้งยังถือว่าได้รับชัยชนะทั้งสองฝ่าย ในกรณีที่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวก็อาจทำให้สัมพันธ์ภาพของคู่พิพาทกลับคืนเหมือนเดิม

²⁰ เฟิงอ้วง, หน้า 60-64.

²¹ โชติช่วง ทัพวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, หน้า 62 - 63.

(3) ประโยชน์ที่ศาลจะได้รับจากการไกล่เกลี่ย คือ คดีความเสร็จสิ้นไปโดยเร็วทำให้ปริมาณคดีของศาลลดลง อีกทั้งยังลดปริมาณงานของศาลอุทธรณ์และฎีกา และชั้นบังคับคดี

(4) ประโยชน์ที่รัฐจะได้รับจากการไกล่เกลี่ย คือ ประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น ค่าน้ำ และค่าไฟฟ้า เป็นต้น และเศรษฐกิจไม่หยุดชะงักเพราะคดีไม่ติดค้างอยู่ในศาลเป็นเวลานาน เช่น บางคดีอาจมีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของคู่พิพาทระหว่างพิจารณา ทำให้ฝ่ายที่ถูกยึดหรืออายัดไม่สามารถประกอบกิจการได้

2.1.6. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลของประเทศไทย

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลของประเทศไทยจะพบเฉพาะการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19, 20 และ 20 ทวิ ได้กำหนดแนวทางการไกล่เกลี่ยคดีในศาลของผู้พิพากษาไว้ โดยผู้พิพากษามีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยคู่ความในระหว่างการพิจารณาคดีได้ ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใดก็ตาม แต่การไกล่เกลี่ยในห้องพิจารณาค่อนข้างที่จะประสบปัญหาและอุปสรรคหลายประการที่ทำให้การไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ศาลยุติธรรมจึงจัดสร้างระบบการประนอมข้อพิพาททางแพ่งในศาลขึ้นเพื่อให้คู่ความใช้เป็นทางเลือกแทนการดำเนินคดีปกติในศาลด้วยการพัฒนาการไกล่เกลี่ยซึ่งกระทำโดยผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนในห้องพิจารณา ให้แยกออกมาตั้งเป็นระบบใหม่ซึ่งเรียกโดยทั่วไปว่า “ระบบไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความในศาล” ซึ่งเป็นระบบที่ยังคงยึดถืออำนาจการไกล่เกลี่ยของผู้พิพากษามาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ได้พัฒนาปรับปรุงระเบียบวิธีการและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ปฏิบัติอยู่ในห้องพิจารณามาเป็นระบบใหม่อย่างเป็นรูปธรรมขึ้น โดยมีระเบียบและแนวปฏิบัติต่าง ๆ เป็นคำสั่งของศาลออกมารองรับระบบการไกล่เกลี่ยนั้น โดยระเบียบและแนวปฏิบัติดังกล่าวจะเป็นการลดขั้นตอนหรือระเบียบวิธีการที่เคยปฏิบัติในห้องพิจารณาลงมา จนกระทั่งคู่ความมีความรู้สึว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลเป็นเสมือนการเข้าร่วมประชุมเพื่อปรึกษาหาทางยุติข้อพิพาท โดยมีผู้พิพากษาเป็นคนกลางช่วยดำเนินการให้²²

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลยุติธรรมของประเทศไทยมีรายละเอียดที่สำคัญ ดังนี้

²² โชติช่วง ทังวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, หน้า 52-53.

2.1.6.1. บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 บัญญัติว่า “ศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควรให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าคู่ความนั้น ๆ จะได้มีทนายความว่าต่างแยกต่างอยู่แล้วก็ดี อนึ่ง ถ้าศาลเห็นว่าการที่คู่ความมาศาลด้วยตนเอง อาจยังให้เกิดความตกลงหรือการประนีประนอมยอมความดังที่บัญญัติไว้ในมาตราต่อไปนี้ ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง”

การพิจารณาคดีแพ่ง เมื่อตัวความแต่งตั้งทนายความให้ว่าต่างแยกต่างแล้ว ตัวความไม่จำเป็นต้องไปศาลเลย เพราะทนายความย่อมมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตัวความได้ทุกอย่าง อย่างไรก็ตาม บางครั้งอาจมีเหตุจำเป็นที่ตัวความจะต้องไปศาลเพื่อให้การพิจารณาคดีมีความสะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น เช่น อาจเกิดการตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันได้ อันจะทำให้คดีเสร็จสิ้นไปโดยเร็ว ข้อเท็จจริงบางเรื่องทนายความอาจไม่สามารถที่จะรู้ได้ มีแต่ตัวความเท่านั้นที่จะทราบ นอกจากนั้น ตัวความยังถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในคดี บทบัญญัติมาตรา 19 จึงให้อำนาจศาลในการสั่งให้ตัวความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมาศาลด้วยตนเอง เพื่อประโยชน์ในการเปรียบเทียบให้คู่ความตกลงกันในข้อพิพาท เนื่องจากคดีแพ่งเป็นการพิพาทกันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย คู่ความจึงอาจตกลงประนีประนอมยอมความกันได้เสมอ การให้โอกาสตัวความมาพบปะและทำความเข้าใจกัน จึงเป็นช่องทางให้คู่ความได้เจรจากัน โดยศาลทำหน้าที่เป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ย โอกาสที่คู่ความจะตกลงกันได้ย่อมมีมากขึ้น และง่ายกว่าที่จะปล่อยให้คู่ความไปเจรจากตกลงกันเอง²³ ซึ่งอำนาจของศาลในการสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเองนี้ หมายถึง การสั่งคู่ความเท่านั้น ไม่ได้หมายรวมถึงพยานหรือบุคคลภายนอก แม้ว่าพยานหรือบุคคลภายนอกจะมีส่วนร่วมในคดีก็ตาม²⁴

(2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 บัญญัติว่า “ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทนั้น”

²³ เฟิงอ้วง, หน้า 49.

²⁴ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สหกรณ์ออมทรัพย์ กระทรวงยุติธรรม จำกัด, 2521) หน้า 367.

บทบัญญัติมาตรา 20 เป็นบทบัญญัติที่ต่อเนื่องมาจากมาตรา 19 กล่าวคือ เมื่อศาลออกหมายเรียกตัวความมาศาลตามมาตรา 19 และตัวความทั้งสองฝ่ายมาศาลตามหมายเรียกแล้ว ศาลก็มีอำนาจไต่ถามไต่สวนให้คู่ความตกลงประนีประนอมยอมความกัน โดยศาลเป็นคนกลางช่วยไต่ถามไต่สวน หากคู่ความทั้งสองฝ่ายต่างยอมผ่อนผันให้แก่กันแล้วก็อาจตกลงกันได้²⁵ ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้นเป็นการกำหนดช่วงเวลาที่จะให้ศาลทำการไต่ถามไต่สวนข้อพิพาท โดยศาลอาจไต่ถามไต่สวนให้คู่ความตกลงประนีประนอมยอมความกันได้ไม่ว่าเวลาใด ๆ ในระหว่างพิจารณาและไม่ว่าการพิจารณาคดีจะดำเนินไปแล้วเพียงใดก็ตาม แต่ช่วงเวลาที่เหมาะสมแก่การไต่ถามไต่สวนมากที่สุด คือ ในวันขึ้นสองสถานหรือวันนัดสืบพยานนัดแรก เนื่องจากเป็นกระบวนการเริ่มแรกที่ยังไม่มีการสืบพยาน โอกาสที่คู่กรณีจะตกลงกันได้ย่อมมีมาก หากสืบพยานไปบ้างแล้ว พยานของฝ่ายใดเบิกความได้เปรียบและเห็นว่าฝ่ายตนมีโอกาสชนะก็อาจไม่ยอมไต่ถามไต่สวนด้วย

(3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ทวิ บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการไต่ถามไต่สวน เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยจะให้มีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้

เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ประนีประนอม เพื่อช่วยเหลือศาลในการไต่ถามไต่สวนให้คู่ความได้ประนีประนอมกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการในการไต่ถามไต่สวนของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอมให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

เนื่องจากการไต่ถามไต่สวนเป็นกระบวนการพิจารณาคดีอย่างหนึ่ง ดังนั้น โดยหลักจึงต้องกระทำโดยเปิดเผย แต่บทบัญญัติมาตรา 20 ทวิ ได้กำหนดให้อำนาจศาลที่จะทำการไต่ถามไต่สวนเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายโดยจะมีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้ ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นการกำหนดวิธีการแยกไต่ถามไต่สวนอันเป็นวิธีการสำคัญที่เปิดโอกาสให้คู่ความได้เปิดเผยความต้องการที่แท้จริงหรือเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการที่ไม่ประสงค์ให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งรู้ให้ผู้ไต่ถามไต่สวนทราบ หรือคู่ความได้พูดคุยกันเองตามลำพังโดยไม่มีทนายความอยู่ด้วย ดังนั้น การแยกไต่ถามไต่สวนจึงอาจเป็นกรณีแยกไต่ถามไต่สวนเฉพาะฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยที่ละฝ่าย หรือแยกไต่ถามไต่สวนเฉพาะตัวความโดยไม่มีทนายความอยู่ด้วย²⁶

²⁵ โชติช่วง ท้าววงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, หน้า 50.

²⁶ เพิ่งอ้าง, หน้า 50.

นอกจากศาลจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเองแล้ว ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นบุคคลภายนอกเป็นผู้ประนีประนอม เพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยก็ได้ ซึ่งเป็นการวางแนวให้เห็นว่าการไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการพิจารณาที่กฎหมายต้องการให้เกิดความสำเร็จได้อย่างเต็มที่ เพราะข้อพิพาทที่ตกลงกันด้วยการประนีประนอมจะเป็นข้อยุติที่ดีที่สุดสำหรับผู้ที่มีข้อพิพาทกัน²⁷

2.1.6.2. ประเภทของคดีที่ไกล่เกลี่ย

คดีที่อาจเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ย ได้แก่ คดีแพ่ง โดยอาจแยกได้เป็นคดีแพ่งทั่วไป ที่ศาลแพ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดี คดีแรงงาน คดีครอบครัวของศาลเยาวชนและครอบครัว คดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และคดีอาญาที่ยอมความได้หรือ คดีอาญาที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องกันเอง เป็นต้น

(ก) คดีแพ่งทั่วไป²⁸

การไกล่เกลี่ยคดีแพ่งมีฐานมาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19, 20 และ 20 ทวิ ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็นสองรูปแบบ คือ

(1) การไกล่เกลี่ยโดยองค์คณะผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนในห้องพิจารณาคดี

(2) การไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำศาล โดยผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการแต่งตั้งตามระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2544 โดยคดีสามารถเข้าสู่ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้หลายวิธี เช่น การสอบถามความสมัครใจของคู่ความ การกำหนดให้การไกล่เกลี่ยเป็นขั้นตอนก่อนการสืบพยาน และการกลั่นกรองคดีเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยแต่ละศาลอาจใช้วิธีการแตกต่างกันตามความเหมาะสมของประเภทคดี แต่ละวิธีมีรายละเอียดดังนี้

(1) วิธีการสอบถามความสมัครใจของคู่ความสามารถทำได้ตั้งแต่มีการยื่นคำคู่ความหรือในวันนัดครั้งแรกที่คู่ความมาศาล หากไม่สามารถไกล่เกลี่ยกันได้ ศาลจะสืบพยานและพิพากษาคดีต่อไป ข้อดีของวิธีการนี้ คือ โอกาสที่จะไกล่เกลี่ยสำเร็จมีมาก เนื่องจากคู่ความมีความประสงค์ที่จะไกล่เกลี่ย

²⁷ อุดม เฟื่องฟูง, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ตอน 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545) หน้า 145.

²⁸ สำนักกระับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18, หน้า 10 -11.

(2) วิธีการกำหนดให้การไกล่เกลี่ยเป็นขั้นตอนก่อนสืบพยาน ศาลจะออกหมายนัดไกล่เกลี่ยโดยไม่สอบถามคู่ความก่อน หากคู่ความแจ้งว่าไม่ประสงค์จะไกล่เกลี่ย ศาลก็ไม่บังคับให้คู่ความไกล่เกลี่ยกัน ข้อดี คือ ทำให้คดีเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยมาก ส่วนข้อเสีย คือ หากคู่ความไม่ประสงค์จะไกล่เกลี่ยอาจไม่ให้ความร่วมมือโดยไม่มาศาลในวันนัดไกล่เกลี่ย หรือหากคู่ความมาศาลโอกาสที่จะไกล่เกลี่ยสำเร็จก็มีน้อย ดังนั้น วิธีการนี้เหมาะสำหรับคดีที่มีแนวโน้มการไกล่เกลี่ยสำเร็จสูง เช่น คดีเกี่ยวกับข้อพิพาททางการเงิน คดีทุนทรัพย์ไม่สูง หรือคดีไม่มีข้อยุ่งยาก เป็นต้น

(3) การกลั่นกรองคดีที่เข้าสู่การไกล่เกลี่ย ศาลจะมีหนังสือเชิญชวนคู่ความให้แสดงความประสงค์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย โดยมีทางเลือกสองทาง ทางแรก คือ คู่ความประสงค์ที่จะเข้าสู่การไกล่เกลี่ย ส่วนทางที่สอง คือ คู่ความยังไม่ตัดสินใจเข้าสู่การไกล่เกลี่ย แต่จะต้องติดต่อกับศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำศาล โดยเจ้าหน้าที่จะอธิบายถึงประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยและสอบถามข้อมูลจากคู่ความ หากคู่ความเห็นความสำคัญและตัดสินใจเข้าสู่การไกล่เกลี่ย ศูนย์ไกล่เกลี่ยก็จะดำเนินการจัดคดีเข้าสู่การไกล่เกลี่ย หากคู่ความไม่ประสงค์จะไกล่เกลี่ยหรือเจ้าหน้าที่ประจำศูนย์ไกล่เกลี่ยเห็นว่าคดีไม่ควรเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ย ก็จะนำคดีเข้าสู่ระบบการพิจารณาสืบพยานต่อไป

(ข) คดีแรงงาน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีแรงงานนั้น กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีแรงงาน กำหนดให้การพิจารณาคดีเริ่มต้นโดยศาลไกล่เกลี่ยให้คู่ความประนีประนอมยอมความกัน หากคู่ความตกลงกันไม่ได้ก็ให้ศาลดำเนินกระบวนการไปตามปกติ²⁹ คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงานเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับ

²⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 38 บัญญัติว่า

“เมื่อโจทก์และจำเลยมาพร้อมกันแล้ว ให้ศาลแรงงานไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกัน โดยให้ถือว่าคดีแรงงานมีลักษณะพิเศษอันควรระงับลงได้ด้วยความเข้าใจอันดีต่อกันเพื่อทั้งสองฝ่ายจะได้มีความสัมพันธ์กันต่อไป ในการไกล่เกลี่ยของศาลแรงงาน ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอหรือเมื่อศาลแรงงานเห็นสมควร ศาลแรงงานจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าคู่ความเท่านั้นก็ได้ ในกรณีที่ศาลแรงงานได้ไกล่เกลี่ยแล้ว แต่คู่ความไม่อาจตกลงกันหรือไม่อาจประนีประนอมยอมความกันได้ ก็ให้ศาลแรงงานดำเนินการพิจารณาต่อไป”

ลูกจ้าง โดยมุ่งคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมของนายจ้าง³⁰ ซึ่งมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า คดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นคดีที่สืบเนื่องมาจากการที่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานกำหนดให้ลูกจ้างยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน เพื่อให้พนักงานตรวจแรงงานสอบสวนข้อเท็จจริง หากเห็นว่าลูกจ้างมีสิทธิได้รับเงินตามที่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานกำหนด ก็ให้มีคำสั่งให้นายจ้างจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้าง หากเห็นว่าลูกจ้างไม่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าว ก็ให้มีคำสั่งและแจ้งให้นายจ้างและลูกจ้างทราบ³¹ ซึ่งหากนายจ้างและลูกจ้างไม่พอใจคำสั่งของ

³⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 8 บัญญัติว่า

“ศาลแรงงานมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องต่อไปนี้

- (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง
- (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์
- (3) กรณีที่จะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์
- (4) คดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ หรือรัฐมนตรี ตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์
- (5) คดีอันเกิดแต่มูลละเมิดระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง สืบเนื่องจากข้อพิพาทแรงงานหรือเกี่ยวกับการทำงานตามสัญญาจ้างแรงงาน
- (6) ข้อพิพาทแรงงานที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยขอให้ศาลแรงงานชี้ขาดตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์

คดีตามวรรคหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ บัญญัติให้ร้องเรียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ จะดำเนินการในศาลแรงงานได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายดังกล่าวบัญญัติไว้แล้ว”

³¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 123 บัญญัติว่า

พนักงานตรวจแรงงานก็จะนำคดีไปฟ้องต่อศาลแรงงาน³² เป็นคดีตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (4) ที่กล่าวข้างต้น แต่จะเห็นได้ว่า คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานในกรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง เมื่อมีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งจึงเป็นคดีปกครองแต่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงาน ตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 กำหนด

“ในกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเกี่ยวกับสิทธิได้รับเงินอย่างหนึ่งอย่างใดตามพระราชบัญญัตินี้และลูกจ้างมีความประสงค์ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ลูกจ้างมีสิทธิยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานแห่งท้องที่ที่ลูกจ้างทำงานอยู่หรือที่นายจ้างมีภูมิลำเนาอยู่ตามแบบที่อธิบดีกำหนด

.....“

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 124 บัญญัติว่า

“เมื่อมีการยื่นคำร้องตามมาตรา 123 ให้พนักงานตรวจแรงงานสอบสวนข้อเท็จจริงและมีคำสั่งภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำร้อง

.....

เมื่อพนักงานตรวจแรงงานสอบสวนแล้วปรากฏว่าลูกจ้างมีสิทธิได้รับเงินอย่างหนึ่งอย่างใดที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานตรวจแรงงานมีคำสั่งให้นายจ้างจ่ายเงินดังกล่าวให้แก่ลูกจ้างหรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตาย ตามแบบที่อธิบดีกำหนดภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าได้ทราบคำสั่ง

.....

ในกรณีที่พนักงานตรวจแรงงานเห็นว่าลูกจ้างหรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตายไม่มีสิทธิได้รับเงินตามมาตรา 123 ให้พนักงานตรวจแรงงานมีคำสั่งและแจ้งเป็นหนังสือให้นายจ้างและลูกจ้างหรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตายทราบ”

³² พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 125 บัญญัติว่า

“เมื่อพนักงานตรวจแรงงานได้มีคำสั่งตามมาตรา 124 แล้ว ถ้านายจ้าง ลูกจ้าง หรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตายไม่พอใจคำสั่งนั้นให้นำคดีไปสู่ศาลได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ทราบคำสั่ง

.....”

เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลแรงงานแล้ว ศาลจะเริ่มต้นพิจารณาคดีโดยการไต่ถามให้คู่ความประนีประนอมยอมความกัน โดยในขั้นตอนการไต่ถามคดีที่นายจ้างหรือลูกจ้างฟ้องเพิกถอนคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานนั้น จากการสัมภาษณ์ นางกรรณิการ์ ตั้งปัญญาสกุล ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลแรงงานกลาง เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2550 ในทางปฏิบัติศาลจะคำนึงถึงความพอใจของนายจ้างและลูกจ้างเป็นหลัก โดยพยายามไต่ถามให้นายจ้างกับลูกจ้างตกลงกันในจำนวนเงินที่ทั้งสองฝ่ายพอใจซึ่งอาจแตกต่างกันไปจากคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานโดยมิได้พิจารณาว่าคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานออกมาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือมีการรับฟังข้อเท็จจริงในการสอบสวนผิดพลาดหรือไม่ กำหนดจำนวนเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริงหรือไม่ ซึ่งในการไต่ถามคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานนั้น แม้พนักงานตรวจแรงงานจะเป็นคู่ความในคดี แต่ก็ไม่ได้มีบทบาทในการตกลงประนีประนอมกับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด การตกลงกันเป็นเรื่องระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่มีข้อพิพาทแรงงานต่อกัน พนักงานตรวจแรงงานเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เข้ามาช่วยเหลือลูกจ้างให้มีอำนาจต่อรองกับนายจ้างมากขึ้นเท่านั้น ในกรณีที่การไต่ถามคดีสิ้นสุดลงโดยนายจ้างกับลูกจ้างตกลงประนีประนอมยอมความกันได้ หากเป็นกรณีที่นายจ้างหรือลูกจ้างเป็นโจทก์ฟ้องพนักงานตรวจแรงงานเป็นจำเลยเพียงคนเดียว ก็จะต้องถอนคำฟ้องโดยมีการจ่ายเงินตามที่ตกลงกันให้แก่ลูกจ้างทันทีและศาลก็จะงดลงรายงานกระบวนการพิจารณาไว้ แต่หากเป็นกรณีที่นายจ้างหรือลูกจ้างเป็นโจทก์ฟ้องพนักงานตรวจแรงงานเป็นจำเลยที่ 1 และฟ้องนายจ้างหรือลูกจ้างอีกฝ่ายหนึ่งเป็นจำเลยที่ 2 ด้วย กรณีเช่นนี้ศาลก็จะพิพากษาตามยอมให้เนื่องจากมีคู่กรณีที่แท้จริงเข้ามาเป็นจำเลยร่วมในคดีด้วย โดยมิได้มีการกล่าวถึงคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานแต่อย่างใด ซึ่งทั้งกรณีที่โจทก์ถอนคำฟ้องหรือศาลพิพากษาตามยอมพนักงานตรวจแรงงานก็จะนำรายงานกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษามาตามยอมแล้วแต่กรณีแนบท้ายคำสั่งของตนเองไว้ว่ามีการตกลงกันได้แล้วระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างในกรณีพิพาทดังกล่าว ส่วนในกรณีที่นายจ้างกับลูกจ้างไม่สามารถตกลงกันได้ ศาลก็ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปตามปกติ

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การไต่ถามคดีที่นายจ้างหรือลูกจ้างฟ้องเพิกถอนคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานนั้น ควรจะเป็นการไต่ถามให้นายจ้างหรือลูกจ้างซึ่งเป็นโจทก์ได้ตกลงประนีประนอมกับพนักงานตรวจแรงงานซึ่งเป็นจำเลย โดยมีวัตถุประสงค์ให้พนักงานตรวจแรงงานแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งของตน โดยศาลจะต้องควบคุมและตรวจสอบให้การไต่ถามเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

(ค) คดีครอบครัว

การไกล่เกลี่ยคดีครอบครัวนั้นจะต้องคำนึงถึงความสงบสุขและการอยู่ร่วมกันในครอบครัวตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 108 โดยศาลจะต้องคำนึงถึงหลักการเพื่อประกอบดุลพินิจในการไกล่เกลี่ยคดีครอบครัวดังต่อไปนี้

(1) การสงวนและคุ้มครองสถานภาพของการสมรสในฐานะที่เป็นศูนย์รวมของชายและหญิงที่สมัครใจเข้ามาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา หากไม่อาจรักษาสถานภาพของการสมรสได้ก็ให้การหย่าเป็นไปด้วยความเป็นธรรมและเสียหายน้อยที่สุด โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของบุตรเป็นสำคัญ

(2) การคุ้มครองและช่วยเหลือครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ครอบครัวนั้นต้องรับผิดชอบในการดูแลให้การศึกษาแก่บุตรผู้เยาว์

(3) การคุ้มครองสิทธิของบุตรและส่งเสริมสวัสดิภาพของบุตร คือ สิทธิที่จะได้รับการเยี่ยมเยียนจากอีกฝ่ายหนึ่ง โดยได้อยู่ร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่งตามโอกาสที่ควรจะได้³³

(4) หามาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือสามีภรรยาให้ปรองดองกันและปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างกันเองและบุตร

ในกระบวนการไกล่เกลี่ยคดีหย่า ในขั้นตอนแรก ศาลจะพยายามไกล่เกลี่ยให้คู่ความกลับคืนดีกัน (Reconciliation) หมายถึง การส่งเสริมและแนะนำ โดยมีจุดมุ่งหมายให้คู่สมรสที่บาดหมางกันกลับมาคืนดีกันอีกครั้ง แต่กรณีที่ศาลไม่ควรไกล่เกลี่ยให้คู่ความกลับคืนดีกัน คือ กรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาให้หย่า เนื่องจากถูกอีกฝ่ายหนึ่งทำร้ายหรือหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (3) กรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่า เนื่องจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งเกินกว่าหนึ่งปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4) หรือกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าเนื่องจากสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันโดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปีหรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลเกินสามปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) หากไม่สามารถให้คู่กรณีกลับคืนดีกันได้ ศาลจะพยายามไกล่เกลี่ยให้คู่ความตกลงกัน

³³ ปัทมา เฝ้าสังข์ทอง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, หน้า 203.

(Conciliation) ตามหลักที่ว่าหากไม่สามารถรักษาสถานภาพของการสมรสได้ ก็ให้การหย่าเป็นไปด้วยความเป็นธรรมและเสียหายน้อยที่สุด³⁴

(ง) คดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

ตามข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 หมวด 3 ข้อ 27 กำหนดว่า ภายใต้บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 และ 183 ทวิ ก่อนมีการสืบพยานศาลอาจสั่งให้คู่ความทุกฝ่ายมาศาล เพื่อกำหนดแนวทางการดำเนินคดี เช่น ไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความหรือนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้

กระบวนการไกล่เกลี่ยในศาลทรัพย์สินฯ ปฏิบัติเช่นเดียวกับศาลอื่น โดยไม่ว่ากระบวนการพิจารณาดำเนินไปแล้วเพียงใด ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน อธิบดี หรือรองอธิบดี ด้วยความสมัครใจของคู่ความทุกฝ่ายอาจสั่งให้ส่งคดีเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยได้³⁵ แต่หากผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน อธิบดี หรือรองอธิบดีเห็นว่าการไกล่เกลี่ยอาจทำให้การดำเนินคดีล่าช้าหรือหยุดชะงัก ก็อาจให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปพร้อมกับการไกล่เกลี่ยก็ได้³⁶

คดีที่เข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยแล้ว ให้ตั้งสำนวนไกล่เกลี่ยแยกต่างหากจากสำนวนหลัก³⁷ และกระบวนการไกล่เกลี่ยให้ดำเนินการเป็นการลับ โดยไม่มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ ทั้งในรูปแบบลายลักษณ์อักษรหรือในรูปแบบของการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น เว้นแต่คู่ความจะตกลงให้มีการบันทึกได้³⁸

กรณีที่คู่ความไม่สามารถตกลงกันได้ หากคู่ความทุกฝ่ายตกลงนำข้อตกลงใดหรือการประนีประนอมในประเด็นข้อใดที่รับกันได้ไปใช้ในชั้นพิจารณา ให้ผู้ไกล่เกลี่ยจดไว้ในรายงาน

³⁴ เพิ่งอ้าง, หน้า 204.

³⁵ ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2545 ข้อ 13.

³⁶ เพิ่งอ้าง, ข้อ 9.

³⁷ เพิ่งอ้าง, ข้อ 14.

³⁸ เพิ่งอ้าง, ข้อ 23.

กระบวนการพิจารณาตามความประสงค์ของคู่ความ³⁹ และให้เจ้าหน้าที่เก็บสำนวนที่ไม่สามารถ
ไกล่เกลี่ยได้ไปทำลายภายใน 7 วันนับแต่วันที่ผู้ไกล่เกลี่ยมีคำสั่งส่งสำนวนหลักคืน⁴⁰

(จ) คดีอาญา

ความผิดอาญานั้นมีทั้งความผิดอันยอมความได้และความผิดอันยอมความไม่ได้
ความผิดอันยอมความได้ เมื่อผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้อง
ตามกฎหมายแล้ว สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องก็จะระงับไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
ความอาญา มาตรา 39 (2)

กรณีศาลจะทำการไกล่เกลี่ยในคดีอาญาจะมีเฉพาะคดีที่เป็นความผิดอันยอมความได้
ทั้งกรณีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีด้วยตนเอง และกรณีที่ผู้เสียหายร้องทุกข์กับพนักงานสอบสวน
แล้วพนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดี หากสามารถตกลงกันได้ ผู้เสียหายก็จะถอนคำร้องทุกข์หรือ
ถอนฟ้องแล้วแต่กรณี จึงขอยกตัวอย่างเกี่ยวกับแนวทางการไกล่เกลี่ยคดีของศาลอาญากรุงเทพใต้
ดังนี้

ศาลอาญากรุงเทพใต้ได้จัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทขึ้น โดยคดีที่จะ
เข้าสู่ศูนย์ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทมี 6 ประเภท⁴¹ คือ

1. คดีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องกันเอง
2. คดีความผิดต่อส่วนตัว
3. คดีที่ผู้เสียหายร้องขอตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1
4. คดีที่เกี่ยวข้องพันทางญาติ
5. คดีความผิดที่กระทำโดยประมาท
6. คดีที่ศาลเห็นสมควร

กระบวนการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทของศูนย์ไกล่เกลี่ยฯไม่กระทบต่อการ
ดำเนินกระบวนการพิจารณาและอำนาจในการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทของศาล แต่ให้คำนึงถึง

³⁹ เพิ่งอ้าง, ข้อ 26.

⁴⁰ เพิ่งอ้าง, ข้อ 30.

⁴¹ ระเบียบศาลอาญากรุงเทพใต้ ว่าด้วยแนวปฏิบัติในการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท
พ.ศ. 2549 ข้อ 14.

ประโยชน์ของคู่ความที่เกี่ยวข้องในคดีและความเป็นธรรมเป็นสำคัญ เอกสารและข้อเท็จจริงที่ปรากฏในชั้นไกล่เกลี่ยถือเป็นความลับ คู่ความจะขอคัดถ่ายหรืออ้างในชั้นพิจารณาไม่ได้⁴²

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะสิ้นสุดลงเมื่อคดีสามารถตกลงกันได้ หรือศาลมีคำสั่งให้ยุติการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท หรืออธิบดีหรือรองอธิบดีมีคำสั่งให้ส่งสำนวนคืนเพื่อพิจารณาพิพากษาต่อไป หรือผู้ทรงคุณวุฒิในการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทเห็นว่าคดีไม่สามารถยุติได้ด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท หรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัวจากการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท หรือคู่ความสามารถจะรับข้อพิพาทกันได้โดยวิธีอื่น⁴³

2.1.6.3. ผลของการไกล่เกลี่ย

หากการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จ เมื่อคู่พิพาทสามารถตกลงยุติข้อพิพาทกันได้ ระหว่างการพิจารณาของศาล คู่พิพาทมีสองทางเลือก คือ

(1) การทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลโดยไม่ถอนฟ้อง หากศาลเห็นว่าสัญญาประนีประนอมไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ศาลก็จะพิพากษาตามยอมและคำพิพากษตามยอมเป็นที่สุด ห้ามมิให้คู่ความอุทธรณ์คำพิพากษตามยอม เว้นแต่ เมื่อมีข้อกล่าวอ้างว่าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฉ้อฉล เมื่อคำพิพากษาถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเมื่อคำพิพากษาถูกกล่าวอ้างว่ามีได้เป็นไปตามข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 138 แต่อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาประนีประนอมในศาลนั้น สามารถทำได้เฉพาะในคดีแพ่ง ส่วนคดีอาญานั้น หากคู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ ฝ่ายผู้เสียหายหรือโจทก์อาจถอนฟ้องหรือถอนคำร้องทุกข์แล้วแต่กรณี ซึ่งจะทำให้สิทธิฟ้องคดีอาญาระงับไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)

(2) นอกจากการทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลและให้ศาลพิพากษตามยอมแล้ว คู่พิพาทฝ่ายโจทก์อาจถอนฟ้องคดีออกจากสารบบความก็ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 175 ซึ่งศาลจะอนุญาตให้ถอนฟ้องหรือไม่ แบ่งออกเป็น 2 กรณี

(2.1) กรณีที่จำเลยยังไม่ยื่นคำให้การ ศาลจะอนุญาตให้ถอนฟ้องเสมอ จะใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตไม่ได้

⁴² เพิ่งอ้าง, ข้อ 18.

⁴³ เพิ่งอ้าง, ข้อ 28.

(2.2) กรณีที่จำเลยยื่นคำให้การแล้ว โดยหลักศาลจะต้องฟังจำเลยหรือผู้ร้องสอดก่อน เพื่อประกอบดุลพินิจของศาล แต่ในกรณีที่มิใช่ข้อตกลงหรือประนีประนอมยอมความในศาล ศาลจะต้องอนุญาตให้ถอนฟ้องเสมอ เหมือนกรณีที่โจทก์ถอนฟ้องก่อนที่จำเลยยื่นคำให้การ

เมื่อพิจารณาทางเลือกกรณีที่คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าวิธีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาล หากฝ่ายจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษามาก่อน อีกฝ่ายหนึ่งสามารถบังคับคดีได้ทันทีโดยไม่ต้องฟ้องใหม่ แต่การถอนฟ้อง หากฝ่ายจำเลยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ประนีประนอมยอมความกันนั้น อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องฟ้องต่อศาลเป็นคดีใหม่ ภายในอายุความนับแต่วันที่สิทธิเรียกร้องเกิดขึ้น โดยการฟ้องคดีครั้งก่อนไม่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลง ทำให้เสียเวลากับค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีและบังคับคดี ดังนั้น การพิจารณาทางเลือกกรณีที่คู่พิพาทสามารถเจรจาตกลงกันได้ จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายโจทก์ฝ่ายเดียว

หากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ คดีจะกลับเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลตามปกติ กรณีที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยของแต่ละศาลเป็นผู้ดำเนินการ ศูนย์ไกล่เกลี่ยจะส่งสำนวนกลับสู่ผู้พิพากษาเพื่อพิจารณาคดีต่อไป

2.2. ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคดีปกครอง

ภายใต้หลักนิติรัฐ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองอันเป็นการกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชน จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมิใช่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำ การองค์กรฝ่ายปกครองจึงจะมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ และต้องกระทำการไปภายในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดด้วย ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างประชาชนกับองค์กรฝ่ายปกครองอันเนื่องมาจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครอง ประชาชนย่อมนำข้อพิพาทนั้นมาฟ้องเป็นคดีปกครองต่อศาลปกครองได้

ในบทนี้จะได้ศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคดีปกครอง โดยการศึกษาและทำความเข้าใจในเรื่องคดีปกครองนั้น จำเป็นจะต้องศึกษาและทำความเข้าใจในเรื่องการกระทำทางปกครองเสียก่อน เนื่องจากการกระทำทางปกครองเป็นรากฐานที่ก่อให้เกิดคดีปกครอง แล้วจึงศึกษาถึงความหมายและประเภทของคดีปกครอง รวมทั้งความแตกต่างระหว่างคดีปกครองกับคดีแพ่ง

2.2.1. ความหมายและประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งกระทำลงโดยบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ การกระทำของบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐอาจแยกได้สองฐานะ คือ ในฐานะส่วนตัว และในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ เฉพาะการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐเท่านั้น ที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ⁴⁴ แต่การกระทำของรัฐที่จะเป็นการกระทำทางปกครองได้จะต้องเป็นการกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร⁴⁵ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแยกออกได้เป็นสองประเภท คือ องค์กรฝ่ายรัฐบาลและองค์กรฝ่ายปกครอง องค์กรฝ่ายรัฐบาลหรือรัฐบาลในความหมายอย่างแคบนั้น ได้แก่ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในทางนโยบายหรือในเรื่องการดำรงอยู่ของรัฐเป็นส่วนรวม ซึ่งเป็นกิจกรรมในทางการเมืองและเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การประกาศสงคราม การประกาศใช้กฎอัยการศึก เป็นต้น ส่วนองค์กรฝ่ายปกครองนั้น ได้แก่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลายที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมขององค์กรรัฐบาลอีกชั้นหนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงหมายถึงข้าราชการในราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น⁴⁶

อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำทางปกครองจะเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง แต่การใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐอื่นหรือองค์กรเอกชน ก็อาจเป็นการกระทำทางปกครองได้เช่นกัน กล่าวคือ หากองค์กรฝ่ายรัฐบาล องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ และหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำทางปกครอง ส่วนองค์กรเอกชนนั้น หากได้รับมอบหมายให้กระทำการโดยใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติแทนรัฐ การกระทำดังกล่าวก็ถือเป็นกระทำทางปกครอง

⁴⁴ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2530), หน้า 60.

⁴⁵ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์กรของรัฐแบ่งออกเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ

⁴⁶ สมยศ เชื้อไทย, อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 44, หน้า 61.

เช่น การที่สหภาพนายความจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นนายความ⁴⁷ จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่า การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ มิได้พิจารณาในด้านขององค์กรผู้ใช้อำนาจว่าจะต้องเป็นองค์กรฝ่ายปกครองแต่เพียงประการเดียว หากแต่ต้องพิจารณาในด้านเนื้อหาของการใช้อำนาจด้วยว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ หรือได้รับมอบอำนาจมหาชนจากรัฐให้ดำเนินกิจการทางปกครองหรือไม่ด้วยเช่นกัน

การกระทำทางปกครองอาจจำแนกได้เป็นสองลักษณะดังนี้

(1) นิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิก ความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน⁴⁸ อันเป็นการกระทำที่มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง และมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนโดยตรง ซึ่งหมายความว่า โดยอาศัยการกระทำทางปกครองในลักษณะดังกล่าวนี้ ฝ่ายปกครองย่อมสามารถกำหนดบังคับประชาชนได้ว่าประชาชนจะต้องปฏิบัติอย่างไร สามารถชี้สิทธิและหน้าที่ของประชาชนได้ว่ามีอยู่หรือไม่ หรือมีอยู่ในลักษณะอย่างไร⁴⁹ นิติกรรมทางปกครองแยกออกได้เป็นสองประเภท คือ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว และนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย⁵⁰

นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่กระทำลงโดยเจตนาฝ่ายเดียวขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยที่คู่กรณีหรือเอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย ซึ่งแตกต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชน ที่เอกชนไม่

⁴⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, ใน อาจารย์บุญชู รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น.145-146.

⁴⁸ สมยศ เทื้อไทย, อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 44, หน้า 61.

⁴⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), หน้า 80.

⁵⁰ สมยศ เทื้อไทย, อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 44, หน้า 62.

สามารถกำหนดหน้าที่ให้บุคคลอื่นโดยที่บุคคลอื่นไม่ยินยอมได้ ทั้งนี้ เพราะในทางกฎหมาย เอกชนนั้น เอกชนมีฐานะที่เท่าเทียมกัน แต่ในทางกฎหมายมหาชน รัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้แทนของรัฐย่อมมีฐานะเหนือกว่าเอกชน เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเอกชนนั้นกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนตน จึงมีฐานะต่ำกว่า นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะเป็นการสั่งการหรือคำสั่งให้เอกชนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลนั่นเอง⁵¹ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวจำแนกออกได้เป็น นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวในลักษณะที่เป็นนามธรรมมุ่งให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนเป็นการทั่วไป ซึ่งได้แก่ กฎ และนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวในลักษณะที่เป็นรูปธรรมมุ่งให้มีผลใช้บังคับเฉพาะรายเฉพาะกรณี ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง

ส่วนนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่กระทำลงโดยการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย ซึ่งอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ต้องมีการทำข้อเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกัน เมื่อถูกต้องสอดคล้องต้องกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น อันได้แก่ สัญญาทางปกครอง

(2) ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยไม่ได้มุ่งหมายให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการ หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันในรูปของสัญญาทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง⁵² ซึ่งอาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัยอย่างร้ายแรงแจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบและให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นในการแก้ข้อกล่าวหา หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็นมาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกมาใช้บังคับก่อนหน้านี้แล้ว ซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้กำลังทางกายภาพ เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยฝ่าฝืน

⁵¹ เพิ่งอ้าง, หน้า 62-63.

⁵² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, หน้า 77.

กฎหมายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารดังกล่าวแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติตาม⁵³

2.2.2. ความหมายและประเภทของคดีปกครอง

2.2.2.1. ความหมายทั่วไปของคดีปกครอง

ศาสตราจารย์ Léon Moureau ให้ความเห็นไว้ว่า คดีปกครองเกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งหรือโต้เถียงกันอันเกิดขึ้นจากกิจกรรมของฝ่ายปกครอง⁵⁴ โดยศาสตราจารย์ Moureau พอใจนิยามนี้มากกว่านิยามที่เห็นว่าคดีปกครอง คือ ข้อพิพาท (litiges) หรือข้อโต้เถียงกันโดยมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง เพราะตามความหมายแรกนั้นได้ผูกนิยามคดีปกครองไว้กับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง (activité administrative) ซึ่งหากไม่มีกิจกรรมนี้ย่อมไม่อาจเกิดคดีปกครองขึ้นได้ แต่ความหมายที่ศาสตราจารย์ Moureau ให้ไว้ นักกฎหมายฝรั่งเศสยังถือว่าเป็นความหมายที่กว้างเกินไป เพราะโดยปกติกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองจะเกี่ยวข้องกับคดีในศาลการฟ้องคดีต่อศาล และเป็นเรื่องของศาลปกครอง⁵⁵

⁵³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47, หน้า 153-154.

⁵⁴ Léon MOUREAU, Notion et spécificité du contentieux administratif, Mélanges Jean DABIN, Tome I, (Paris, 1963), p.180 อ้างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, วิธีพิจารณาคดีปกครอง การฟ้องคดี การพิจารณาคดี และการบังคับคดีปกครอง, เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตร ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง สำหรับบุคลากรของสำนักงานศาลปกครอง (ที่ไม่ใช่พนักงานคดีปกครอง) รุ่นที่ 2, (สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 2.

⁵⁵ Bernard PACTEAU, Contentieux administratif, 5 éd, Paris, P.U.F., 1999 อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, วิธีพิจารณาคดีปกครอง การฟ้องคดี การพิจารณาคดี และการบังคับคดีปกครอง, เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตร ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง สำหรับบุคลากรของสำนักงานศาลปกครอง (ที่ไม่ใช่พนักงานคดีปกครอง) รุ่นที่ 2, (สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 2.

ศาสตราจารย์ J-M. Auby และ R. Drago ได้กล่าวไว้ว่า คดีปกครอง หมายถึง ข้อพิพาท (litiges) ที่เกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองสาธารณะ ตลอดจนกระบวนการเพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาท⁵⁶

ศาสตราจารย์ประยูร กาญจนดุล ได้ให้ความหมายของคดีปกครองว่า หมายถึง กรณีต่าง ๆ ที่เกิดปัญหาขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน เนื่องจากการปฏิบัติกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการดำเนินการบริการสาธารณะ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือการกระทำในทางปกครอง⁵⁷

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายถึงลักษณะของคดีปกครองว่า เป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองกับเอกชน หรือเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน และต้องเป็นคดีพิพาทอันสืบเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง⁵⁸

จากคำจำกัดความของคดีปกครองต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปความหมายโดยทั่วไปของคดีปกครองได้ ดังนี้

(1) ความหมายของคดีปกครองโดยใช้เกณฑ์คู่กรณีในการพิจารณา

คดีปกครอง หมายถึง คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง หรือคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง

(2) ความหมายของคดีปกครองโดยใช้เกณฑ์การใช้อำนาจในการพิจารณา

คดีปกครอง หมายถึง คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำการโดยใช้อำนาจมหาชนหรืออำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กรอื่นที่ได้รับมอบหมายให้

⁵⁶ AUBY J-M et DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, t.1 L.G.D.J., 2éd. (Paris, 1975), pages 9-10 อ้างใน โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 2/2528, หน้า 17, (อัดสำเนา).

⁵⁷ ประยูร กาญจนดุล, “คดีปกครอง”, *จุลพาน*, ปีที่ 27 เล่ม 15 (กันยายน – ตุลาคม 2523), หน้า 9.

⁵⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ลักษณะและประเภทของคดีปกครอง*, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 5, (สำนักงานศาลปกครอง, 2544), หน้า 1033-1040.

ใช้อำนาจมหาชนหรืออำนาจทางปกครองกับเอกชน หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำ การโดยใช้อำนาจมหาชนหรืออำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยตนเอง

2.2.2.2. คดีปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

นักกฎหมายฝรั่งเศสได้ให้คำจำกัดความของคดีปกครอง ดังนี้

ศาสตราจารย์ Charles Debbasch ให้คำจำกัดความของคดีปกครอง (le contentieux administratif) ไว้ว่า คดีปกครองรวมถึงกฎเกณฑ์ทั้งปวงที่ใช้แก่การแก้ปัญหาในลักษณะทางศาล (juridictionnel) ในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมทางปกครอง⁵⁹

ศาสตราจารย์ J-M. Auby และ R. Drago ได้กล่าวว่า คำว่า คดีปกครอง หากจะพูดใน ความหมายอย่างกว้างแล้ว หมายถึง ข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองสาธารณะ ตลอดจนกระบวนการเพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาท แต่ความหมายดังว่านี้ก็ไม่ได้ได้รับการยอมรับ โดยทั่วไปจากบรรดาอาจารย์กฎหมายในมหาวิทยาลัย (Doctrine) ของฝรั่งเศส ทั้งนี้ เพราะตาม Doctrine ของฝรั่งเศสนั้น คำว่าคดีปกครองจะไม่รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริง ธรรมดาซึ่งไม่ได้ขึ้นไปสู่การวินิจฉัยของผู้พิพากษา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง วิธีการแก้ปัญหาข้อพิพาท ที่เกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้ขึ้นไปสู่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท จะไม่ รวมอยู่ในคดีปกครอง ซึ่งเหตุผลแห่งการวางข้อจำกัดความหมายของคดีปกครองของหลัก กฎหมายฝรั่งเศสนั้น เนื่องจาก ประการที่หนึ่ง ไม่ต้องการให้คดีปกครองมีความหมายกว้างจนไม่มี ขอบเขต ประการที่สอง ต้องการให้ความสำคัญและคุณค่าแก่วิธีการทางศาลในการแก้ปัญหาข้อ พิพาททางปกครองมากกว่าวิธีการอื่น ๆ ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายฝรั่งเศส ด้วยเหตุนี้ ศาสตราจารย์ J-M. Auby และ R. Drago จึงให้คำจำกัดความของคดีปกครองเพื่อให้สอดคล้องกับ Doctrine ของฝรั่งเศสว่า คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งปวงที่กำหนดถึงการแก้ปัญหาด้วยวิธีการ ทางศาลในข้อพิพาททางปกครอง⁶⁰

⁵⁹ DEBBASCH Charles, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2^{éd.} (Paris, 1978), p. 1 อ้างใน โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 2/2528, หน้า 17, (อัดสำเนา).

⁶⁰ AUBY J-M et DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, t.1 L.G.D.J., 2^{éd.} (Paris, 1975), pages 9-10 อ้างใน โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงทาง

ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นมาจากแนวบรรทัดฐานของศาล ดังนั้น ระบบกฎหมายดังกล่าวจึงไม่เป็นระบบมากนัก ทั้งในแง่ของหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับคดีและในแง่ของการแบ่งประเภทของคดีปกครอง นักวิชาการหลายท่านมีความพยายามที่จะทำให้กฎหมายปกครองเป็นระบบ และได้เสนอทฤษฎีหลายทฤษฎีในการจัดประเภทของคดีปกครอง แต่ทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ได้แก่ ทฤษฎีคดีปกครองของ Edouard Laferrière และทฤษฎีคดีปกครองของ Léon Duguit ต่อมา นักกฎหมายในปัจจุบันได้ใช้สองทฤษฎีนี้เป็นฐานในการพัฒนาทฤษฎีใหม่ ๆ ขึ้นมา โดยทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ได้แก่ ทฤษฎีคดีปกครองของ René Chapus และทฤษฎีของ Jean-Marie Auby et Roland Drago⁶¹ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) ทฤษฎีคดีปกครองของ Laferrière⁶²

ในตำรากฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและคดีปกครอง (Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux) Laferrière อดีตรองประธานสภาแห่งรัฐ ได้เสนอทฤษฎีการแบ่งแยกคดีปกครองออกเป็น 4 ประเภท โดยพิจารณาจากรูปแบบของคดีหรืออำนาจศาลเหนือคดี

(1.1) คดีปกครองที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction)

เป็นคดีปกครองประเภทที่ศาลมีอำนาจกว้างขวางที่สุด กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และสั่งการได้อย่างกว้างขวางในคดีพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ไม่จำกัดเฉพาะการสั่งเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีปกครองที่ศาลมีอำนาจเต็มมุ่งปกป้องสิทธิส่วนบุคคล (droit subjectif) โดยเฉพาะสิทธิในการจะได้รับค่าทดแทนหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่บุคคลได้รับจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือใน

กฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาควิชา 2/2528, หน้า 17, (อัดสำเนา).

⁶¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล/บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ, (สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 79 - 80.

⁶² E. Laferrière, Traité de la juridiction et des recours contentieux, t.I, 2^e éd., 1896, Berger-Levrault, p. 15 et s., อ้างในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล/บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ, (สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 80.

คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวแล้วกระทบต่อสัญญาทำให้มีความเสียหายเกิดขึ้น คู่สัญญาก็มีสิทธิได้รับการชดเชย เป็นต้น

(1.2) คดีเพิกถอน (contentieux de l'annulation)

คดีประเภทนี้ ศาลปกครองมีอำนาจจำกัดเพียงแค่การสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (acte administratif unilatéral) ที่ปรากฏต่อศาลว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจสั่งการของศาลปกครองในคดีประเภทนี้จะมีอยู่อย่างจำกัด แต่ในแง่ขอบเขตอำนาจของศาลปกครองถือว่าศาลปกครองมีอำนาจทั่วไปในการสั่งเพิกถอนนิติกรรมของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนด ดังนั้น จึงเป็นคดีหลักของศาลปกครอง และคดีส่วนใหญ่ที่อยู่ในศาลปกครองก็เป็นคดีประเภทนี้

(1.3) คดีการตีความ (contentieux de l'interprétation)

ในคดีประเภทนี้ ศาลปกครองมีอำนาจในการตีความถึงความหมายและขอบเขตการใช้ของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ขณะเดียวกัน ศาลปกครองยังมีอำนาจในการประกาศถึงความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวด้วย แต่ไม่มีอำนาจนำการกระทำนั้นไปบังคับแก่คู่ความในคดี

(1.4) คดีในการสั่งลงโทษ (contentieux de la répression)

เป็นคดีประเภทที่ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษ เมื่อมีการกระทำที่กระทบต่อสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน โดยสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับและชดเชยค่าเสียหายเหมือนศาลอาญา คดีประเภทนี้ถือเป็นข้อยกเว้นของคดีปกครอง ทั้งนี้ เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาตามหลักทั่วไปเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม

(2) ทฤษฎีคดีปกครองของ Duguit⁶³

ทฤษฎีการแบ่งแยกคดีปกครองของ Duguit เป็นการแยกความแตกต่างของคดีปกครองโดยพิจารณาจากเนื้อหาของคดี กล่าวคือ พิจารณาในแง่ของผู้ฟ้องคดี (requérant) ว่าประโยชน์หรือสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่เรียกร้องให้ศาลวินิจฉัยให้นั้น คำวินิจฉัยของศาลปกครองจะส่งผลต่อสิทธิส่วนตัวของผู้นั้นเฉพาะตัว (droit subjectif) หรือเป็นคดีที่จะส่งผลต่อสิทธิที่มีผลเป็นการทั่วไป (droit objectif)

⁶³ L.Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I I, 3éd., (1928), de Bocard, pp.458-478 อ้างใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ, (สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 81-82.

(2.1) คดีที่ส่งผลต่อสิทธิเฉพาะตัว (contentieux subjectif)

เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองวินิจฉัยปัญหาหลักที่กระทบกับตนเป็นการเฉพาะตัว เพื่อให้ศาลปกครองรับรองสิทธิหรือประโยชน์ส่วนบุคคลของตน เช่น สิทธิที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น คดีปกครองประเภทนี้ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบ (contentieux de la responsabilité) คดีเกี่ยวกับสัญญา (contentieux contractuel) และคดีทั่วไปเกี่ยวกับการเรียกร้องให้ชดเชยเงิน (contentieux pécuniaire)

(2.2) คดีที่ส่งผลต่อสิทธิทั่วไป (contentieux objectif)

เป็นกรณีที่คำฟ้องซึ่งยื่นต่อศาลปกครองมุ่งให้ศาลปกครองวินิจฉัยปัญหาหลักอันกระทบต่อผู้ฟ้องคดีและต่อประชาชนเป็นการทั่วไปหรือต่อประชาชนบางกลุ่มบางประเภท เพื่อให้ศาลปกครองตรวจสอบและตัดสินว่านิติกรรมทางปกครองที่ใช้บังคับอยู่นั้นออกโดยสอดคล้องกับกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น ฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบว่ากฎที่ใช้บังคับอยู่นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (légalité d'un règlement) เป็นต้น คดีปกครองประเภทนี้ โดยหลัก ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยไม่ชอบหรือการใช้อำนาจเกินส่วนของฝ่ายปกครอง (contentieux de l'excès de pouvoir) แต่รวมถึง คดีเกี่ยวกับการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (appréciation de validité) หรือการประกาศความไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครอง (déclaration d'inexistence) และรวมถึงคดีปกครองพิเศษประเภทต่าง ๆ ด้วย เช่น คดีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง คดีเกี่ยวกับภาษี คดีเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน หรือคดีเกี่ยวกับอาคารชำรุดทรุดโทรม (contentieux des édifices menaçant ruine) เป็นต้น

(3) ทฤษฎีคดีปกครองของ Chapus⁶⁴

ศาสตราจารย์ Chapus เสนอให้แยกความแตกต่างของคดีปกครองออกเป็นสองประเภท คือ คดีปกครองที่มุ่งต่อการกระทำ (contentieux des recours) และคดีปกครองที่มุ่งต่อตัวบุคคล (contentieux des poursuites)

⁶⁴ R.Chapus, Droit du contentieux administratif, 11^{éd.}, (2004), Montchrestien, n 230, p.199 et s. อ้างถึงใน เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คดีปกครองเปรียบเทียบ, (สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 82.

(3.1) คดีปกครองที่มุ่งต่อการกระทำ

เป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดีมุ่งโต้แย้งคำวินิจฉัยทางปกครอง เพื่อให้มีการเพิกถอนคำวินิจฉัยนั้น รวมไปถึงการสั่งลงโทษ (condamnation) ที่เป็นผลมาจากการเพิกถอน และรวมทั้งคำฟ้องที่มุ่งให้ศาลปกครองประกาศสถานะของคำวินิจฉัยทางปกครอง ทั้งในแง่การตีความหรือให้นัยยะของคำวินิจฉัยนั้น และการประกาศถึงผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยทางปกครองดังกล่าว

(3.2) คดีปกครองที่มุ่งต่อบุคคล

เป็นคดีที่มุ่งโต้แย้งต่อบุคคล เพื่อให้ศาลปกครองลงโทษบุคคลนั้น การแยกประเภทคดีตามทฤษฎีนี้ คดีปกครองเกือบทุกคดีจัดอยู่ในคดีประเภทแรก เพราะคดีปกครองส่วนใหญ่มุ่งที่การกระทำของฝ่ายปกครอง จึงเหลือเพียงคดีจำนวนน้อยที่จัดอยู่ในคดีประเภทที่สอง ได้แก่ คดีเกี่ยวกับวินัยของข้าราชการ และคดีการลงโทษทั้งหมดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

(4) ทฤษฎีคดีปกครองของ Auby และ Drago⁶⁵

ทฤษฎีของ Auby และ Drago มุ่งแยกถึงความแตกต่างระหว่างคดีปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย (contentieux de la légalité) และคดีเกี่ยวกับสิทธิ (contentieux des droits)

(4.1) คดีปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย

ได้แก่คำฟ้องทุกคำฟ้องที่ร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรม (acte juridique) หรือเป็นปฏิบัติการ (acte matériel) ซึ่งโดยหลักได้แก่คดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของฝ่ายปกครอง (contentieux de l'excès de pouvoir) ซึ่งบางครั้งนักกฎหมายไทยแปลว่า “คดีเพิกถอน”

(4.2) คดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิ

ได้แก่คำฟ้องทุกคำฟ้องที่มุ่งเพื่อให้ศาลปกครองวินิจฉัยถึงสิทธิเฉพาะตัวเฉพาะบุคคล (droit subjectif) ไม่ว่าจะเป็นในแง่ความมีอยู่ของสิทธิ เนื้อหาของสิทธิ หรือการกระทำที่กระทบต่อสิทธิดังกล่าว คดีปกครองที่จัดอยู่ในคดีประเภทนี้ได้แก่ คดีเกี่ยวกับสัญญา และคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบนอกเหนือสัญญา (responsabilité extra-contractuelle)

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองฝรั่งเศส โดยเฉพาะสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) มักวางหลักเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองโดยพิจารณาจากลักษณะทางรูปแบบของคดี กล่าวคือ

⁶⁵ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 61, หน้า 82.

พิจารณาที่อำนาจของศาลปกครองเหนือคดี ได้แก่ คดีปกครองเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้ อำนาจของฝ่ายปกครอง (contentieux de l'excès de pouvoir) หรือคดีเพิกถอน (contentieux de l'annulation) และคดีทั่วไปที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) ซึ่งถือเป็น คดีหลักของศาลปกครองฝรั่งเศส⁶⁶

2.2.2.3. คดีปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

มาตรา 19 วรคดี แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Das Grundgesetz หรือ GG) บัญญัติ ว่า “ในกรณีที่รัฐใช้อำนาจมหาชนไปกระทบสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง บุคคลดังกล่าวขอที่จะ ใช้สิทธิฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ ตราบเท่าที่ศาลอื่นไม่มีเขตอำนาจพิจารณาให้เสนอคำฟ้องต่อ ศาลยุติธรรม” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นการรับรองหลักการคุ้มครองสิทธิของ ประชาชนโดยศาลไว้ และยังได้รับรองหลักประกันเรื่องสิทธิฟ้องคดีทั้งหลายซึ่งรวมถึงคดีปกครอง ด้วยว่าจะมีอยู่เสมอเมื่อประชาชนถูกระทบสิทธิจากการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง เพียงแต่มีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การฟ้องคดีปกครองให้ฟ้องต่อศาลใดโดยเฉพาะ⁶⁷

ต่อมา ได้มีการตราประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ.1960 (Verwaltungsgerichtsordnung หรือ VwGO) คดีปกครองจึงอยู่ในอำนาจของศาล ปกครอง ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้าง (Verwaltungsgerichtliche Generalklausel) ตามมาตรา 40 วรคหนึ่ง VwGO ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์สรุปได้ว่า บรรดา ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนที่ไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญให้อยู่ในอำนาจของศาล ปกครอง ทั้งนี้ ตราบเท่าที่ไม่มีรัฐบัญญัติของสหพันธ์กำหนดไว้โดยเฉพาะให้เป็นอำนาจของศาลอื่น จากบทบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอันมิใช่ ข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญทุกกรณี หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น โดยไม่จำกัดว่าเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนประเภทใดบ้าง กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองสิทธิ ของปัจเจกชนโดยศาล ซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับการกระทำของฝ่ายปกครองว่าเป็นรูปแบบใด ไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องคำสั่งทางปกครอง หากแต่ครอบคลุมบรรดาการดำเนินการทั้งหลายของฝ่าย ปกครองที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน⁶⁸

⁶⁶ เฟิงอ้าง, หน้า 83 - 84.

⁶⁷ เฟิงอ้าง, หน้า 382-383.

⁶⁸ เฟิงอ้าง, หน้า 383-385.

ประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ได้กำหนดประเภทของคำฟ้องในคดีปกครองเยอรมันไว้ดังนี้⁶⁹

- (1) คำฟ้องที่ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อก่อตั้งสิทธิของตนเองและให้มีการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายที่เป็นอยู่ (Anfechtungsklage)
- (2) คำฟ้องที่ขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ หลังจากที่ยฝ่ายปกครองปฏิเสธหรือละเลยไม่ยอมออกคำสั่งทางปกครองให้ (Verpflichtungsklage)
- (3) คำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองให้ประโยชน์หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นประโยชน์ซึ่งไม่ใช่การออกคำสั่งทางปกครอง (Allgemeine Leistungsklage)
- (4) คำฟ้องขอให้ยืนยันหรือแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่ รวมถึงขอให้พิจารณาหรือพิสูจน์โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองด้วย (Feststellungsklage)
- (5) คำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Normenkontrollverfahren)

2.2.2.4. คดีปกครองของประเทศไทย

หลังจากที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองไว้ตามมาตรา 9 ซึ่งเมื่อพิจารณามาตราดังกล่าวแล้ว อาจให้ความหมายของคดีปกครองได้ว่า หมายถึง คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจในทางปกครองหรือการละเว้นการใช้อำนาจในทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และอาจแยกประเภทของคดีปกครองได้เป็น 5 ประเภทดังนี้

1. คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง⁷⁰ กล่าวคือ เป็นคดีพิพาทที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ทางปกครองออกกฎ คำสั่ง

⁶⁹ เพิ่งอ้าง, หน้า 405.

⁷⁰ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ทางปกครอง คำสั่งอื่น หรือปฏิบัติการทางปกครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันได้แก่ กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวเป็นการนำเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสมาบัญญัติไว้ โดยเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมี 5 เหตุ ซึ่งอาจจัดประเภทได้ดังนี้⁷¹

(1) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้คำว่า “กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่” การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยบุคคลคนเดียวหรือในรูปของคณะกรรมการย่อมเป็นการใช้อำนาจในนามของนิติบุคคลมหาชน โดยปกติแล้วกฎหมายจะให้อำนาจและวางขอบเขตการใช้อำนาจไว้ กรณีที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจก็คือเมื่อเจ้าหน้าที่นั้นทำนิติกรรมทางปกครองไปนอกขอบอำนาจหรือที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้ นิติกรรมทางปกครองนั้นมืองค์ประกอบครบทุกด้านเพียงแต่ออกมาโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจกระทำการ

(2) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดแบบ (le vice de forme) ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้คำว่า “โดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ...อันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น” แบบของการกระทำนั้นอาจจะกำหนดโดยพระราชบัญญัติ กฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ การที่ศาลจะเพิกถอนการกระทำที่ไม่ต้องตามแบบนั้น ศาลจะดูว่าการไม่ทำตามแบบนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้รับการรับรองไว้หรือไม่ ถ้าไม่กระทบศาลจะไม่เพิกถอน เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าถ้าไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบแล้ว การกระทำนั้นเป็นอันใช้ไม่ได้ แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้แยกลักษณะของแบบออกเป็น 2 ประเภท คือ แบบที่เป็นสาระสำคัญ (formalité substantielle) และแบบไม่ที่เป็นสาระสำคัญ

⁷¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ์, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2545), หน้า 248-288.

(formalité non substantielle) การไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่สภาแห่งรัฐเพิกถอน (C.E., 1 juil. 1946, Syndicat de l'association de vidange d'Arles) ซึ่งแบบที่เป็นสาระสำคัญก็คือ แบบที่การไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องมีผลต่อการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้น

(3) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้คำว่า “โดยไม่ถูกต้องตาม...ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น” แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้ยอมรับในแนวความคิดที่ว่า ในการดำเนินการปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องเคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการซึ่งเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการปกครอง เพราะถือเป็นหลักประกันอีกประการหนึ่งที่ประชาชนจะพึงได้รับ มิเช่นนั้นแล้วก็จะอยู่ภายใต้อำเภอใจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น หากนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ ศาลปกครองก็จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น

(4) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้คำว่า “ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย” “มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” “มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น” “สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร” หรือ “เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายนั้น เป็นเหตุที่มีขึ้นเพื่อเสริมเหตุอื่นๆ อีก 4 เหตุที่เหลือ เหตุนี้จึงมีความหมายกว้างและกรณีต่างๆ ที่ไม่อาจเข้าอยู่ใน 4 เหตุ ก็จะต้องเป็นกรณีฝ่าฝืนกฎหมายทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้เองเหตุที่อ้างว่านิติกรรมออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายจึงนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย ไม่ว่าจะเป็นกรณีควบคุมตามหลักสัดส่วน (proportionnalité) หรือควบคุมตามหลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย (bilan coût-avantages) หรือการควบคุมนิติกรรมอันเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งในการประเมินของผู้ออกนิติกรรมนั้น (erreur manifeste d'appréciation) คำว่า กฎหมาย (loi) ในที่นี้ มีความหมายกว้างครอบคลุมทั้งกฎหมายที่ระดับสูงหรือต่ำกว่าพระราชบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายทั่วไป ที่มีค่าเท่ารัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่น

(5) มีการทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de pouvoir ou de procédure) ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้คำว่า

“โดยไม่สุจริต” เหตุในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่มีมูลเหตุมาจากวัตถุประสงค์ในการออกนิติกรรมทางปกครอง (l'illégalité en raison du but de l'acte) โดยการทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยบิดเบือนอำนาจนั้น เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ ซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรืออนุมานได้จากระบบกฎหมายนั้น เช่น กฎหมายให้อำนาจเพื่อจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ เป็นต้น ส่วนการทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้

คดีประเภทนี้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น⁷²

2. คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร⁷³ เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้น เช่น กรมที่ดินมีหน้าที่รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมอสังหาริมทรัพย์ แต่เมื่อได้รับคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมแล้ว ไม่พิจารณา คำขอว่าสมควรจดทะเบียนให้หรือไม่ เป็นต้น หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว แต่ล่าช้าเกินสมควร เช่น กรณีการจดทะเบียนเรื่องใดเรื่องหนึ่ง กฎหมายหรือระเบียบภายในระบุว่าให้พิจารณารับจดทะเบียนหรือไม่รับจดทะเบียนภายใน 30 วัน หากพ้นกำหนดก็ถือว่าปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า หากไม่มีการกำหนดระยะเวลาไว้ ก็ต้องพิจารณาจากระยะเวลาตามปกติวิสัยว่าเรื่องนั้นจะต้องใช้เวลาเท่าใด หากพ้นระยะเวลาไปแล้วก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร และการละเลยหรือล่าช้านั้น เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย

⁷² มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁷³ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คดีประเภทนี้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด⁷⁴

3. คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร⁷⁵ โดยอาจแยกได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) คดีละเมิดทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย จากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ซึ่งต้องคำนึงว่าการกระทำละเมิดต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย คดีจึงจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เช่น การที่กรมชลประทานใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการขุดลอกทางน้ำชลประทานแล้วรुक้าเข้าไปในที่ดินของราษฎร แต่หากการละเมิดเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามปกติ คดีจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม เช่น การที่พนักงานขับรถยนต์ของทางราชการขับรถชนคนได้รับบาดเจ็บ หรือนายแพทย์โรงพยาบาลผ่าตัดผิดพลาดทำให้คนไข้พิการ

(2) คดีความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น คดีฟ้องเรียกค่าทดแทนในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

คดีประเภทนี้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อยุยวการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นนั้น⁷⁶

⁷⁴ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁷⁵ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁷⁶ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

4. คดีพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง⁷⁷ หมายถึง เป็นคดีที่ได้แย้งกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาทางปกครอง ดังนั้น จึงเป็นคดีพิพาทระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกจะนำสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองทำกับบุคคลอื่นมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาว่าเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้เพิกถอนสัญญาดังกล่าวมิได้ เพราะมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง⁷⁸ ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ นอกจากนั้น ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมว่า เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล⁷⁹

คดีประเภทนี้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำเพื่อเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาหรือเพื่อปฏิบัติตามสัญญา⁸⁰

5. คดีพิพาททางปกครองอื่น ๆ ได้แก่

5.1. คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด⁸¹ เช่น

⁷⁷ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁷⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, หน้า 1059.

⁷⁹ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2544

⁸⁰ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 บัญญัติให้กรมเจ้าท่าฟ้องศาลเพื่อบังคับให้ผู้ปลูกสร้างสิ่งก่อสร้างล่วงล้ำน่านเรือถอนสิ่งก่อสร้างดังกล่าว

5.2. คดีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง⁸² เช่น พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 บัญญัติให้ผู้ที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัตินี้ฟ้องต่อศาลปกครองได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือน

คดีประเภทนี้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้บุคคลกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย⁸³ หรือพิพากษาให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องร้องให้ศาลมีพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น⁸⁴

2.2.3. ลักษณะทั่วไปของคดีปกครอง

จากการศึกษาความหมายของคดีปกครองของฝรั่งเศส คดีปกครองของเยอรมัน และคดีปกครองของไทยแล้ว จะพบว่าคดีปกครองของทั้งสามประเทศมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีสาระสำคัญส่วนใหญ่นี้เหมือนกัน ซึ่งถือเป็นลักษณะทั่วไปของคดีปกครอง⁸⁵ โดยอาจจำแนกออกได้ดังนี้

⁸¹ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸² มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸³ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸⁴ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, “อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย”, วิทยานพนธ์ มหบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, หน้า 27-31.

(1) คดีปกครองเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำทางปกครอง

จากที่ได้กล่าวในเบื้องต้นแล้วว่า การกระทำทางปกครองอาจแยกออกได้เป็น นิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง ดังนั้น ในคดีปกครองทุกประเภทจึงต้องมีนิติกรรมทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครองเป็นฐานอยู่เสมอ ลักษณะพิเศษของวิธีพิจารณา คดีปกครองจึงอิงอยู่กับการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิอ้างว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁶

(2) คดีปกครองต้องมีคู่ความอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง

องค์กรฝ่ายปกครอง หมายถึง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลายที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมขององค์กรรัฐบาลอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งได้แก่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และหมายความรวมถึง องค์กรอื่นหรือเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือสาธารณกิจบางประการ คดีปกครองจะต้องมีคู่ความอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรืออาจมีคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นองค์กรฝ่ายปกครองก็ได้ เช่น ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และจะต้องเป็นข้อพิพาทในขอบเขตของกฎหมายมหาชนไม่ใช่ข้อพิพาทในขอบเขตของกฎหมายเอกชนอันจะถือเป็นข้อพิพาททางแพ่งทั่วไป

(3) คดีปกครองส่วนใหญ่เป็นข้อพิพาทระหว่างคู่ความที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

คดีแพ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งคู่ความอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน แต่คดีปกครองเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง ซึ่งคู่ความอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนและเป็นผู้ครอบครองเอกสารหลักฐานต่างๆ ทำให้เอกชนเข้าถึงข้อมูลของฝ่ายปกครองซึ่งอาจนำมาเป็นพยานหลักฐานในคดีปกครองได้ยาก ดังนั้น ในคดีปกครองจึงใช้หลักวิธีพิจารณาค้นหาความจริง ซึ่งหลักวิธีพิจารณาดังกล่าว ศาลมีหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญในการวินิจฉัยคดี คดีปกครองส่วนใหญ่จึงเป็นข้อพิพาทระหว่างคู่ความที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน เช่น องค์กรฝ่ายปกครองกับประชาชน แต่มีบางกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายปกครองด้วยเหมือนกัน

⁸⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “วิวัฒนาการและรูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองของประเทศเยอรมัน”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 19 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2532), หน้า 139.

(4) คดีปกครองเป็นคดีที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชน

เนื่องจากการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นพื้นฐานของคดีปกครองเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจมหาชน ซึ่งฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการดำเนินการบางประการ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนและเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องชอบด้วยกฎหมายตามหลักการกระทำทางปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนจึงสามารถยื่นฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้

2.2.4. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคดีปกครองและคดีแพ่ง

การใกล้เคียงข้อพิพาทในศาลของประเทศไทยส่วนใหญ่จะเป็นการใกล้เคียงข้อพิพาทในทางแพ่ง ซึ่งคดีแพ่งและคดีปกครองมีสาระสำคัญที่แตกต่างกันหลายประการ ดังนั้น การพิจารณาถึงความเหมาะสมในการนำหลักการใกล้เคียงข้อพิพาทมาใช้กับคดีปกครอง จึงควรพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างคดีปกครองกับคดีแพ่งด้วย

2.2.4.1. ทฤษฎีการแบ่งแยกขอบเขตระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน

เนื่องจากคดีแพ่งเป็นข้อพิพาทที่มีพื้นฐานอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเอกชน และคดีปกครองเป็นข้อพิพาทที่มีพื้นฐานอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชน ทฤษฎีที่ใช้แบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนจึงอาจนำมาใช้ในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครองได้ โดยทฤษฎีกฎหมายดังกล่าว⁸⁷ ได้แก่

(1) ทฤษฎีผลประโยชน์ (Interessentheorie) ทฤษฎีนี้พิจารณาที่ตัวประโยชน์ที่อยู่เบื้องหลังของกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมาย โดยถือว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อสนองต่อการรักษาประโยชน์ของส่วนรวมเป็นกฎหมายมหาชน ส่วนกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองหรือให้มีการชดเชยผลประโยชน์ของเอกชนเป็นกฎหมายเอกชน

⁸⁷ หัสสุณี วิจิตวิริยกุล, “ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย : ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 20 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2533), หน้า 173-177.

(2) ทฤษฎีคัมครอง (Schutztheorie) อธิบายว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือคัมครองมหาชน ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือคัมครองเอกชน

(3) ทฤษฎีความสัมพันธ์ (Beziehungstheorie) อธิบายว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับมหาชนส่วนรวม ส่วนกฎหมายเอกชนนั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน

(4) ทฤษฎีมีอำนาจเหนือ (Subjektionstheorie, Subordinationstheorie) อธิบายว่ากฎหมายมหาชนกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าในฐานะเป็นผู้ปกครอง ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นผู้อยู่ภายใต้การปกครองซึ่งเป็นการความสัมพันธ์ทางอำนาจการปกครอง ส่วนกฎหมายเอกชนกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีฐานะเท่ากัน กล่าวคือ มีสิทธิเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย

(5) ทฤษฎีตัวการในกฎหมาย (Subjektstheorie, Zuordnungstheorie) ทฤษฎีนี้พิจารณาที่ตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้ถือสิทธิหรืออำนาจ โดยอธิบายว่า กฎหมายมหาชนกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายในลักษณะที่รัฐเป็นผู้มีส่วนร่วมในความสัมพันธ์นั้นในฐานะตัวการในกฎหมาย (ผู้ถือสิทธิหรืออำนาจ) ส่วนกฎหมายเอกชนนั้นกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายในลักษณะที่รัฐไม่ต้องเข้าไปมีส่วนในความสัมพันธ์นั้น

2.2.4.2. ความแตกต่างระหว่างคดีปกครองกับคดีแพ่ง

จากทฤษฎีกฎหมายดังกล่าวข้างต้น อาจแยกความแตกต่างระหว่างคดีปกครองกับคดีแพ่ง⁸⁸ ได้ดังนี้

(1) ลักษณะของข้อพิพาท

ลักษณะของข้อพิพาทในคดีแพ่งเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับรัฐหรือองค์กรมหาชนอื่นๆ แต่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเอกชน ส่วนข้อพิพาทในคดีปกครองเกิดมาจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองหรือองค์กรมหาชนอื่นๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนเหนือเอกชน ที่สามารถกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้กับเอกชนได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนก่อน ซึ่งความแตกต่างของข้อพิพาทในคดีแพ่งและคดี

⁸⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 85, หน้า 32-36.

ปกครองมีพื้นฐานอยู่บนความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน ดังนี้

- นิติกรรมตามกฎหมายเอกชนอยู่ภายใต้หลักอิสระในทางแพ่งหรือเสรีภาพในการทำสัญญา ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายเสมอ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีความประสงค์ได้ก็แต่ในเรื่องและตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

- กรณีนิติกรรมขัดแย้งต่อกฎหมาย ถ้าเป็นนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนขัดแย้งต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วนิติกรรมนั้นย่อมจะไม่สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามที่มุ่งหมายได้ แต่ถ้านิติกรรมทางปกครองขัดต่อกฎหมายแล้ว นิติกรรมนั้นก็ยังคงสามารถมีผลตามที่ต้องการต่อไปได้จนกว่าฝ่ายปกครองจะสั่งเพิกถอนนิติกรรมนั้น

- การบังคับการให้เป็นไปตามนิติกรรม เอกชนจะบังคับคดีให้มีการปฏิบัติตามนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนได้ ก็ต่อเมื่อมีคำพิพากษารับรองสิทธิของตน ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองนั้นมิสภาพบังคับต่อเอกชนที่จะต้องปฏิบัติตามในทันที โดยที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องไปร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งบังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครอง

(2) สถานะของคู่ความ

หลักสำคัญในเรื่องความสัมพันธ์ทางแพ่ง คือ เอกชนมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย ดังนั้น ในคดีแพ่ง คู่ความจึงมีสถานะเท่าเทียมกัน สถานะทางกฎหมายของเอกชนคนหนึ่งจะถูกแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงโดยความประสงค์ของเอกชนอีกคนหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเอกชนนั้นไม่ได้ แต่ในทางกฎหมายปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ทางกฎหมายต่างๆ ได้ โดยความประสงค์ของตนเองเท่านั้น โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนผู้เกี่ยวข้องอันเป็นเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน ในคดีปกครอง คู่ความจึงมีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน

(3) วัตถุประสงค์ของคดี

การที่รัฐตรากฎหมายแพ่งขึ้นใช้บังคับ เนื่องจากต้องการให้มีกฎเกณฑ์เพื่อจัดระบบความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ในกรณีที่เกิดข้อพิพาททางแพ่งขึ้น ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งจะต้องแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าเป็นเช่นไรและบังคับการให้เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญานั้น เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย สำหรับเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองนั้นเป็นความมุ่งหมายของรัฐที่จะจัดระบบบริหารเพื่อจัดหาบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชน เมื่อเกิดข้อพิพาทในทางปกครองขึ้น คดีปกครองจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน และควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ถูกต้อง

ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ลักษณะของการบังคับในคดีปกครองอาจก่อให้เกิดผลกระทบสองด้าน คือ กระทบต่อความเป็นอิสระของฝ่ายปกครองในการบริหารราชการแผ่นดิน และอีกด้านหนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

(4) หลักวิธีพิจารณาความ

คดีแพ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของเอกชนที่มีฐานะเท่าเทียมกัน หลักวิธีพิจารณาความในคดีแพ่งจึงใช้หลักเรื่องการเจรจาหว่านคู่ความ โดยหลักนี้ถือว่าคู่ความเป็นผู้ถูกระทบสิทธิโดยตรง คู่ความจึงมีอำนาจเหนือข้อเท็จจริงของคดีอย่างเท่าเทียมกัน คู่ความอาจจะประนีประนอมยอมความกันหรือตกลงยอมรับข้อเท็จจริงส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดโดยไม่สืบพยานก็ย่อมกระทำได้ ซึ่งมีผลให้คู่ความต้องผูกพันต่อข้อเท็จจริงที่รับกันตลอดไป ส่วนคดีปกครองเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนซึ่งมีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน หลักวิธีพิจารณาความในคดีปกครองจึงใช้หลักเรื่องการพิสูจน์หาความจริงของคดีภายในขอบเขตของคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้องที่โจทก์ตั้งสิทธิฟ้องคดี วิธีพิจารณาคดีปกครองจึงเป็นระบบไต่สวนซึ่งศาลมีหน้าที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญในการวินิจฉัยคดี ในทางทฤษฎีภายใต้หลักเรื่องการพิสูจน์หาความจริง คู่ความไม่มีภาระการพิสูจน์หาความจริงของคดี แต่มีหน้าที่ในการร่วมกันค้นหาข้อเท็จจริง ภาระการพิสูจน์หาความจริงของคดีเป็นหน้าที่ของศาล

2.3. หลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการไต่สวนคดีปกครอง

การไต่สวนคดีปกครองเป็นการเจรจาตกลงประนีประนอมยอมความกันระหว่างคู่ความในคดีปกครองโดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลางเข้ามาช่วยเหลือ ซึ่งคู่ความในคดีปกครองอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยอาจเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ได้ และอย่างที่กล่าวมาในตอนต้นแล้วว่า คดีปกครองทุกประเภทต้องมีการกระทำทางปกครองเป็นฐานอยู่เสมอ มูลเหตุแห่งการฟ้องคดีจึงมาจากการกระทำทางปกครองประเภทต่างๆ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลปกครองพิพากษาแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นๆ อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีไม่รอลงศาลมีคำพิพากษา แต่เจรจาประนีประนอมยอมความกันก่อนโดยมีศาลเป็นคนกลางช่วยไกล่เกลี่ย ข้อตกลงระหว่างคู่ความที่เกิดขึ้นจากการเจรจาประนีประนอมยอมความดังกล่าวจะมีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีให้เป็นที่พอใจของคู่ความทั้งสองฝ่าย ข้อตกลงดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง

บางประการ ดังนั้น การที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะเจรจาตกลงประนีประนอมยอมความในคดีปกครองแล้วนำข้อตกลงดังกล่าวมาให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาตามยอมจึงต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานดังกล่าวที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองด้วย ดังนี้

2.3.1. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การปกครองในระบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยหลักนิติรัฐ กล่าวคือ เป็นการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ (The Rule of Law) อันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐ ซึ่งหลักนิติรัฐมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการพื้นฐานสองประการ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น

2.3.1.1. ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และจะต้องกระทำการเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ แม้ว่าการกระทำนั้นๆ จะเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมก็ตาม⁸⁹

จากความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าวข้างต้น กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจกระทำการ

⁸⁹ R. CARRÉ de MALBERG, Contribution à la théorie générale de l' Etat, (Paris, Sirey), p.222, pp. 488-489, H.W.R. WADE, Administrative Law, Fourth Edition, (Oxford, Clarendon Press, 1980), pp. 23-24. อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), หน้า 67-68.

ต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง⁹⁰ ซึ่งจะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการใดๆ ได้ก็แต่โดยมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดด้วย การกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียงการบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ไปโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ หรือกระทำการนอกเหนือไปจากขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประชาชนมีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดสิ้นไป

2.3.1.2. เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อยสองหลักการ คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ⁹¹ นอกจากนั้น การพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ยังต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองอีกด้วย

2.3.1.2.1. หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ในสองลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่

⁹⁰ Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, (Paris, L.G.D.J. 1973), pp. 18-19. อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2540), หน้า 77.

⁹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 49*, หน้า 22.

ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้⁹² ซึ่งความหมายของกฎหมายในที่นี้อาจแยกพิจารณาได้เป็นสองกรณี⁹³ คือ

กรณีที่หนึ่ง กฎหมายที่เป็นรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการต่างๆ โดยกฎหมายที่จะให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กฤษฎีกาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน ได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ส่วนกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ก็อาจให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้เช่นกัน แต่กฎหมายลำดับรองเหล่านี้แท้จริงก็คือการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง และจะออกมาใช้บังคับได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง โดยปกติแล้วจึงได้แก่ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ

กรณีที่สอง กฎหมายที่เป็นขอบเขตของอำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการต่างๆ นอกจากจะหมายถึงกฎหมายที่ออกโดยองค์กฤษฎีกา อันได้แก่ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติแล้ว ยังรวมถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอื่นอีกด้วย ไม่ว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายนั้นจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ เช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป และรวมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกกฎเกณฑ์เองด้วย โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายดังกล่าว หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁹² เพิ่งอ้าง, หน้า 22-23.

⁹³ เกสสุตา มุสิกะปาน, “การขอให้พิจารณาใหม่ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546, หน้า 37-38.

2.3.1.2.2. หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ กำหนดให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การดำเนินการใดๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องมีฐานทางกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจรองรับการกระทำได้ดังกล่าวเสมอ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้

หากพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยแล้ว จะพบว่า โดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามใจปรารถนา การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป (La liberté est la règle, la restriction l' exception)⁹⁴ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรคนใดคนหนึ่งได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีเดียวเท่านั้น นั่นคือในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน⁹⁵

อย่างไรก็ตาม แม้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายจะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการต่างๆ ก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวก็มิได้กำหนดผลทางกฎหมายในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดผลทางกฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็นนิตินโยบายที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน ซึ่งในระบบกฎหมายไทยการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกเป็นโมฆะ คือ ไม่มีผลผูกพันใดๆ ทางกฎหมาย หรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง เป็นต้น⁹⁶

⁹⁴ CORNEILLE, *Conclusion sur C.E.*, 10 août 1917, Baldy, Rec., p. 637. อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), หน้า 69-70.

⁹⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), หน้า 70.

⁹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 49*, หน้า 25-26.

2.3.1.2.3. ขอบเขตอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นกำหนดขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตามหลักการดังกล่าวองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และในขณะเดียวกันกฎหมายนั้นก็กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองอีกด้วย ดังนั้น การพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง⁹⁷ ซึ่งอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการต่างๆ อาจจำแนกได้ 2 ประเภท คือ

(1) อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพในการเลือกปฏิบัติ⁹⁸ กล่าวคือ กฎหมายมิได้กำหนดทางเลือกให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจกระทำการ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติของกฎหมายเกิดขึ้นครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เช่น ในกรณีที่ชายและหญิงซึ่งยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติครบถ้วนและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ปรากฏในกฎหมายที่เกี่ยวข้องครบทุกประการแล้ว นายทะเบียนครอบครัวย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ยื่นคำขอดังกล่าว หากนายทะเบียนครอบครัวปฏิเสธไม่จดทะเบียน การปฏิเสธของนายทะเบียนย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁹

⁹⁷ บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, “ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533, หน้า 17.

⁹⁸ กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 257.

⁹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, หน้า 52.

จะเห็นได้ว่า แท้จริงแล้ว อำนาจผูกพันที่กล่าวมานี้ก็คือหน้าที่ (duty) ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตนเอง¹⁰⁰ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด

(2) อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายได้เปิดช่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งภายในขอบเขตดังกล่าวอาจมีการปฏิบัติและตัดสินใจได้หลายอย่าง และไม่ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจอย่างไร การตัดสินใจนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น¹⁰¹ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า องค์กรฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองสมควรที่จะออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และหากจะออกคำสั่งทางปกครอง เนื้อหาของคำสั่งดังกล่าวควรเป็นเช่นไร¹⁰²

อำนาจดุลพินิจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ดุลพินิจวินิจฉัย และดุลพินิจตัดสินใจ

(ก) ดุลพินิจวินิจฉัย¹⁰³ เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง กล่าวคือ เป็นถ้อยคำหรือข้อความที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าบางประการและวิญญูชนอาจเห็นแตกต่างกันได้ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือข้อความนั้นหรือไม่ เช่น “สภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ” “สภาพหรือการใช้ที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน” โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นสามารถปรับเข้ากับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

(ข) ดุลพินิจตัดสินใจ¹⁰⁴ เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกผลในทางกฎหมายเมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้ว กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่าย

¹⁰⁰ เพิ่งอ้าง, หน้า 53.

¹⁰¹ กมลชัย รัตนสการวงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, บทบัญญัติ, เล่มที่ 42 ตอน 3 (กันยายน 2529), หน้า 51.

¹⁰² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2540 หน้า 89.

¹⁰³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, หน้า 58-59.

¹⁰⁴ เพิ่งอ้าง, หน้า 54-56.

ปกครองสามารถตัดสินใจได้ว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด และหากฝ่ายปกครองตัดสินใจว่าจะดำเนินการ ฝ่ายปกครองก็สามารถเลือกดำเนินการตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งในบรรดามาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ เช่น กรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจตัดสินใจได้ว่าจะดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากตัดสินใจที่จะออกคำสั่งทางปกครอง พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตัดสินใจเลือกวิธีดำเนินการได้อีกว่าจะออกคำสั่งไม่ต่อใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตคราวละไม่เกิน 30 วัน หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21

การที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจก็เพื่อที่จะให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาสั่งการโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (ratio legis) ประกอบกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่เป็นรูปธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การวินิจฉัยสั่งการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับความยุติธรรมเฉพาะกรณี¹⁰⁵

อนึ่ง การใช้อำนาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น บางกรณีก็ไม่สามารถแบ่งแยกการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจนว่า กรณีใดเป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ เนื่องจากโดยส่วนใหญ่แล้ว อำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะเป็นการใช้อำนาจแบบผสม กล่าวคือ ในกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจซึ่งมีอยู่หลายขั้นตอนในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น บางขั้นตอนองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจและบางขั้นตอนมีอำนาจผูกพัน ดังนั้น ในการพิจารณาขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจในขั้นตอนใด¹⁰⁶

2.3.2. หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

จากการศึกษาหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทำให้ทราบว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้ในการกระทำนั้นๆ และองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ให้อำนาจ โดยไม่กระทำการให้ขัดต่อกฎหมายดังกล่าว ซึ่งในกระบวนการของการไต่เถียงคดีปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองเจรจาประนีประนอม

¹⁰⁵ เฟิงอ้วง, หน้า 56.

¹⁰⁶ เกสสุดา มุสิกะปาน, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 93, หน้า 42.

ยอมความกับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อระงับข้อพิพาทจนสำเร็จและเกิดเป็นข้อตกลงขึ้นแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองไม่อาจจะเจรจาทำข้อตกลงในเรื่องที่ตนไม่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือมีอำนาจตามกฎหมายแต่ไม่ได้อยู่ภายในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดได้ นอกจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแล้ว ยังมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการกระทำทางปกครองอีกประการหนึ่งที่จะจำกัดขอบเขตในการทำข้อตกลงประนีประนอมยอมความขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คือ หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

2.3.2.1. ความหมายของประโยชน์สาธารณะ

มนุษย์รวมตัวกันเป็นสังคมก็เพื่อให้สังคมนั้นตอบสนองต่อความต้องการในสิ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของตนในส่วนที่การดำเนินการของเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ เพราะเป็นเรื่องที่ใหญ่เกินกว่าที่เอกชนคนใดคนหนึ่งจะกระทำได้ เช่น ความต้องการเกี่ยวกับการป้องกันประเทศ หรือเพราะเหตุที่เป็นเรื่องที่มีลักษณะพิเศษไม่เป็นผลประโยชน์แก่บุคคลใดเลย ซึ่งทำให้ไม่มีผู้ใดรับที่จะเข้ามาจัดการในเรื่องดังกล่าว ดังนั้น การตอบสนองต่อความต้องการพื้นฐานของประชาชนจึงตกเป็นภาระหน้าที่ของรัฐ และความต้องการพื้นฐานของประชาชนเหล่านี้ คือ ขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ¹⁰⁷

(1) ความหมายตาม Black's Law Dictionary¹⁰⁸

Public Interest หรือประโยชน์สาธารณะ หมายถึง สิ่งที่เกี่ยวข้องกับสังคมโดยรวม อาจจะเป็นผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดที่ทำให้สิทธิหรือความรับผิดชอบทางกฎหมายของประชาชนส่วนใหญ่ถูกระทบ แต่มิได้หมายความว่าถึงสิ่งใดก็ตามที่มีความหมายอย่างแคบเพียงแค่ว่าความสงสัยใคร่รู้หรือเป็นแค่เพียงผลประโยชน์ของท้องถิ่นใดซึ่งถูกระทบจากเรื่องราวที่พิพาทอยู่เท่านั้น ประโยชน์สาธารณะนับเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของประชาชนโดยรวม ในกิจการของรัฐบาลระดับท้องถิ่น มลรัฐ หรือระดับชาติ

¹⁰⁷ พรพิมล บุญทวีเวช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, หน้า 5.

¹⁰⁸ Henry Campbell, Black's Law Dictionary with Pronunciations, six edition (MN : West Publishing Co., 1990), p.1229. อ้างใน พันวิฑณ์ โจรณันต์, “การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545, หน้า 4-5.

(2) ขุนประเสริฐ ศุภมาตรา ให้ความหมายของประโยชน์มหาชนว่าหมายถึง ประโยชน์ส่วนรวมของทุกคน มิใช่เป็นประโยชน์ของคนใดๆ โดยเฉพาะเจาะจง บางคนจึงต้องยอมสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเท่ากับเป็นการเสียประโยชน์ทางหนึ่ง แต่ได้ประโยชน์อีกทางหนึ่ง ¹⁰⁹

(3) ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้นิยามของคำว่าประโยชน์สาธารณะว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ¹¹⁰

(4) รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของประโยชน์สาธารณะว่า หมายถึง ความต้องการอันร่วมกันของราษฎรที่ต้องการความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ ความกินดีอยู่ดีทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจของราษฎรแต่ละคน ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในสังคม ซึ่งความต้องการดังกล่าวเป็นความต้องการของราษฎรแต่ละคนที่ตรงกัน จึงถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ ¹¹¹

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า ประโยชน์สาธารณะ หมายถึง ผลประโยชน์ที่ตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม โดยผลประโยชน์ดังกล่าวมิได้มีลักษณะที่ให้ประโยชน์เป็นการเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง นอกจากนี้ ประโยชน์สาธารณะยังเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมจากการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในอันที่จะตอบสนองความต้องการของคนในสังคม ทั้งในด้านความมั่นคง การเมือง เศรษฐกิจ และการสาธารณสุขไปคืบขันพื้นฐานทั้งหลาย แต่ทั้งนี้ มิใช่ว่าทุกคนในสังคมจะได้รับประโยชน์สาธารณะดังกล่าว เพียงแต่ตรงกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมเท่านั้น ทำให้สมาชิกแต่ละคนในสังคมอาจได้รับประโยชน์ไม่เท่าเทียมกัน

¹⁰⁹ ขุนประเสริฐ ศุภมาตรา, กฎหมายปกครอง, (คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2480), หน้า 75.

¹¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538), หน้า 333.

¹¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2540), หน้า 21.

2.3.2.2. ความหมายของหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลักการในทางกฎหมายที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹¹² กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของบุคคลในสังคมโดยส่วนใหญ่ หรือเพื่อให้สมาชิกในสังคมได้ประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว หรือได้รับประโยชน์จากกิจการที่รัฐดำเนินการ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่สร้างความพึงพอใจให้แก่ทุกคนในสังคม เพียงแต่ต้องเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับความต้องการส่วนใหญ่ในสังคม และไม่ได้เป็นไปเพื่อความต้องการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ดำเนินการจัดทำกิจการนั้นๆ หรือเป็นการจงใจเพื่อประโยชน์ของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงความต้องการของคนในสังคมที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา เช่น ในอดีต การเดินทางโดยใช้รถลากเป็นยานพาหนะก็ต้องการถนนที่ทำด้วยดินก็เพียงพอ แต่ต่อมาความต้องการเปลี่ยนแปลงไป จากการใช้รถลากเป็นพาหนะในการเดินทางก็เปลี่ยนมาเป็นรถยนต์ รถไฟ ถนนดินเหล่านั้นก็ไม่สามารถตอบสนองความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปได้ จึงต้องมีการสร้างถนนลาดยาง ทางรถไฟ หรือถนนคอนกรีตขึ้นมาแทน ดังนั้น หากรัฐเพิกเฉยไม่ตอบรับกับความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปก็อาจกลายเป็นว่าไม่สามารถตอบสนองความต้องการของสาธารณชนได้ ดังตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งต่อมา รัฐออกพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ออกมายกเลิกเนื่องจากความเหมาะสมและข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป เป็นต้น¹¹³

หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะสามารถอธิบายได้จากการยอมรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งในระบอบประชาธิปไตยการกระทำทั้งหลายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวง เพื่อสันติสุขและความดีงามร่วมกัน หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักการสำคัญในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย ดังนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับ

¹¹² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 49*, หน้า 44.

¹¹³ พันวิษณ์ โรจนตันติ, “การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย”, *วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2545 , หน้า 7-8.

ประโยชน์ โดยไม่ปรากฏว่าสาธารณะจะได้ประโยชน์ใดๆ ทั้งสิ้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากปรากฏชัดว่าการเวนคืนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์คนใดคนหนึ่งได้ประโยชน์ แต่ไม่ปรากฏว่าสาธารณะจะได้ประโยชน์ใดๆ ทั้งสิ้น คำสั่งเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ¹¹⁴

การกระทำทางปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะนั้นอาจเป็นการกระทำที่ให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งพร้อมกันไปด้วยก็ได้ แต่ฝ่ายปกครองจะต้องอธิบายได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไร เช่น กรณีของการตัดสินใจให้เงินอุดหนุนเกษตรกรที่ปลูกยางพารา เพื่อกำหนดทิศทางเศรษฐกิจการเกษตรของประเทศ ย่อมถือว่าองค์กรฝ่ายปกครองกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หาก นาย ก. ได้รับเงินอุดหนุนตามหลักเกณฑ์ที่ได้ประกาศไว้ กรณีย่อมไม่ทำให้การให้เงินอุดหนุนเกษตรกรกลายเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลแต่อย่างใด ¹¹⁵

2.3.2.3. หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

เนื่องจากหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกำหนดให้การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมต่างๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถูกผูกพันอยู่กับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะจึงเป็นตัวแปรที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องพิจารณาและให้ความสำคัญอยู่ตลอดเวลา ว่าการกระทำของตนเองนั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ¹¹⁶ จึงมีการนำเอาประโยชน์สาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตรวจสอบถึงการกระทำของฝ่ายปกครองว่าสมกับวัตถุประสงค์หรือไม่ ¹¹⁷

ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่ใช้ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือผิดวัตถุประสงค์หรือไม่ ก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้

¹¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, หน้า 44-45.

¹¹⁵ เพิ่งอ้าง, หน้า 45.

¹¹⁶ พันวิษณ์ โรจนตันติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 113, หน้า 9.

¹¹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110, หน้า 345.

อำนาจผิดวัตถุประสงค์หรือการใช้อำนาจโดยบิดผัน (détournement de pouvoir) ซึ่งในกรณีนี้ ศาลปกครองก็เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบไม่ให้เกิดการกระทำทางปกครองออกนอกกรอบของประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ หากการใช้อำนาจมหาชนตามกฎหมายขององค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนการกระทำดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายปกครองเพิกเฉยต่อหน้าที่ที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹¹⁸

¹¹⁸ พันวิชญ์ ไรจนตันติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 113*, หน้า 12-14.