

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการทูละการบังคับ ตามคำสั่งทางปกครอง

ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองตั้งแต่เริ่มขั้นตอนการตรวจคำฟ้องจนถึงการมีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น ต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน ด้วยเหตุนี้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการอาจจะไม่ทันกับระยะเวลาที่ควรจะคุ้มครองสิทธิของบุคคลนั้น หากปล่อยให้สภาพการณ์เช่นนี้ดำรงอยู่ตลอดระยะเวลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล แม้ท้ายที่สุดผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้ชนะคดีก็ไม่อาจเยียวยาสิทธิของผู้ฟ้องคดีได้ ซึ่งจะส่งผลให้เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นประการใดแล้ว การที่จะบังคับคดีไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งก็อาจจะไร้ผลหรือการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้นทำได้ยาก และจากเหตุผลดังกล่าวกฎหมายจึงบัญญัติให้มีมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างพิจารณาเพื่อให้คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ร้องขอรับความคุ้มครองจากศาลเพื่อบรรเทาหรือยับยั้งความเสียหายนั้น ๆ ก่อนศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนั้น ในการศึกษาการทูละการบังคับตามคำสั่งทางปกครองให้ต้องเท็จจึงจำเป็นต้องได้มีการศึกษาดังแต่แนวคิด ทฤษฎี พื้นฐานของหลักกฎหมายที่สนับสนุนหลักการดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการทูละ

การบังคับตามคำสั่งทางปกครอง

วิธีการคุ้มครองชั่วคราวในวิธีพิจารณาคดีของศาล ถือเป็นกระบวนการสำคัญเพื่อที่จะมุ่งคุ้มครองคู่ความในคดี หากกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปราศจากวิธีการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว ท้ายที่สุดศาลที่พิจารณาคดีนั้นก็อาจจะคุ้มครองหรือเยียวยาสิทธิให้แก่คู่ความในคดีได้หรืออาจกล่าวได้ว่า ความยุติธรรมย่อมหมายถึงความยุติธรรมที่

ทันกับเวลาด้วย ถ้าความยุติธรรมที่ได้รับมานั้นไม่ทันกับเวลาแล้วย่อมมีอาจเรียกได้ว่าเป็นความยุติธรรมอย่างแท้จริง ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีของศาลมีหลักประกันแก่คู่ความในคดี วิธีพิจารณาคดีของศาลต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องนำหลักการคุ้มครองชั่วคราวมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งมาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวในคดีแต่ละประเภทอาจจะมีลักษณะหรือมาตรการที่แตกต่างกันออกไป สำหรับคดีปกครองก็มีลักษณะที่แตกต่างไปจากคดีแพ่ง ในคดีแพ่งนั้นคู่ความในคดีต่างเป็นเอกชน ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน ทั้งสองฝ่ายไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่คดีปกครองคู่ความในคดีมีสถานะในทางกฎหมายที่ไม่เท่าเทียมกัน คู่ความฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน ส่วนคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐ แต่ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างคดีแพ่งและคดีปกครอง คือ ในคดีแพ่งวัตถุแห่งคดีที่นำมาสู่การมีข้อพิพาทและนำมาสู่การพิจารณาของศาลนั้นล้วนแต่เกิดการกระทำที่มีความเท่าเทียมกันของคู่ความในคดีไม่มีการใช้อำนาจเหนือหรือที่เรียกว่าเป็นการใช้อำนาจมหาชนต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่การกระทำในคดีปกครอง วัตถุแห่งคดีเป็น “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “การกระทำทางกายภาพ” ล้วนแต่เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจเหนือฝ่ายเดียว อันเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่เอกชน หรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดภาระแก่เอกชน โดยเฉพาะกรณีศึกษาที่วัตถุแห่งคดีเป็นคำสั่งทางปกครองอันส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง ซึ่งในกฎหมายไทยวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองกรณีคำสั่งทางปกครองนี้ เรียกว่า การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ วิธีการคุ้มครองชั่วคราวในวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองมี 2 ประเภท คือ การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยจะเป็นกรณีทุเลาการบังคับได้จะต้องเป็นกรณีของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น หากไม่เข้ากรณีดังกล่าวแล้วก็จะเป็กรณีของการบรรเทาทุกข์นั่นเอง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้น การฟ้องคดีปกครองของบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมันถือว่า การฟ้องหรือการอุทธรณ์ได้แย้งในชั้นฝ่ายปกครองเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองชะลอผลของการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะพิพากษาคดี ในประเทศ

เยอรมันนั้น ถือว่า มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวในคดีปกครองเป็นหลักการสำคัญที่มีรากฐานมาจาก หลักการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยองค์กรตุลาการ (Rechtsschutzgarantie)¹ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 (4) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz--GG) ซึ่งบัญญัติว่า “หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิในทางศาลได้ ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้นให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม” มาตรา 19 (4) GG นี้ ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญสำหรับระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของเยอรมัน เพราะบทบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจมหาชน โดยการคุ้มครองดังกล่าวจะต้องเป็นการคุ้มครองสิทธิโดยปราศจากช่องว่าง (Lückenlos) เป็นการคุ้มครองสิทธิอย่างครอบคลุม (Umfassend) กล่าวโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีปกครองนั้น ย่อมมีความเกี่ยวโยงมาจากหลักการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ (Genährung Eines Effektiven Rechtsschutzes) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 (4) GG ซึ่งหมายความว่า การคุ้มครองสิทธิให้ทันกับเวลาที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย การที่จะทำให้การคุ้มครองสิทธิเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นที่จะต้องมีหลักประกันในการให้ความคุ้มครองชั่วคราว เพราะมิเช่นนั้นแล้วการพิจารณาคดีปกครองก็มิอาจก่อให้เกิดผลในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้แต่อย่างใด เพราะแม้บุคคลนั้นจะชนะคดีท้ายที่สุดก็ไม่อาจเยียวยาสิทธิของบุคคลนั้นได้ จากสภาพพื้นฐานดังกล่าวนี้ จึงจำเป็นต้องมีหลักประกันในการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงจำเป็นต้องบัญญัติเรื่องของการขอคุ้มครองชั่วคราวไว้

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครอง มีมาตรการที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ในคดีแพ่งมีการวางหลักประกันในการชำระหนี้ของลูกหนี้ หรือการขอให้กักขังลูกหนี้หรือจำเลยไว้ก็ได้ มาตรการเหล่านี้ไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นในคดีปกครอง ทั้งนี้ เพราะการเรียกร้องหนี้ในทางกฎหมายมหาชนนั้นโดยปกติ

¹สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, รายงานการวิจัย เรื่อง การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-พี. เพรส, 2548), หน้า 15.

แล้วเป็นการเรียกร้องเอาแก่รัฐหรือนิติบุคคลมหาชนต่าง ๆ การเรียกร้องเพื่อให้รัฐชำระหนี้ จึงไม่สามารถขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวโดยการกักขังลูกหนี้ได้ การขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อาจขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้เพื่อทำให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิของบุคคลนั้น ในกรณีนี้เป็นการใช้สิทธิเรียกร้องของบุคคล เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในสิทธิของตน เพราะหากกรณีมีความเปลี่ยนแปลงสภาพที่เป็นอยู่จะทำให้สิทธิของผู้ฟ้องคดีหมดสิ้นไป หรือทำให้การใช้สิทธิของผู้ฟ้องคดีเป็นไปด้วยความยากลำบาก เช่น ผู้ฟ้องคดีขอให้คุ้มครองชั่วคราวในคดีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้แต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง ในกรณีนี้ผู้ฟ้องคดีอาจขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อมิให้มีการแต่งตั้งบุคคลอื่นให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว เพราะหากมีการแต่งตั้งบุคคลอื่นให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว การฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีย่อมไม่มีความหมายแต่อย่างใด¹

ในคดีปกครองส่วนใหญ่แล้วฝ่ายปกครองเป็นผู้ถูกฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง เพื่อให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องจึงมีข้อจำกัดในเรื่องของการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเช่นกัน ดังเช่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 80 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (VwGO) ของเยอรมัน ซึ่งห้ามมิให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในกรณีดังต่อไปนี้²

1) กรณีของคำสั่งให้ชำระเงิน ค่าธรรมเนียมหรือภาษีอากรต่าง ๆ (Die Anforderung von Öffentlichen Abgaben und Kosten)

ความมุ่งหมายในเรื่องนี้เพื่อป้องกันมิให้การวางแผนงบประมาณของฝ่ายปกครองมีผลกระทบจากการทะเลาะการบังคับอันเกิดจากการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ดี หรือการฟ้องคดีและมีการขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อทะเลาะการบังคับให้ชำระเงินดังกล่าว

2) กรณีที่เป็นคำสั่งหรือมาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไม่อาจทะเลาะการบังคับตามคำสั่งนั้น ๆ ได้ (มาตรา 80 วรรค 2 ข้อ 2 VwGO) คำสั่งหรือมาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจในกรณีนี้ หมายถึง คำสั่งหรือมาตรการที่เกี่ยวกับการทำหน้าที่ในการคุ้มครองความปลอดภัย หรือการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งไม่รวมถึงคำสั่งหรือมาตรการของ

¹สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

เจ้าหน้าที่ตำรวจในทางปกครอง เช่น คำสั่งในการตรวจสอบสถานบริการ การตรวจคนเข้าเมือง หรือตำรวจทางหลวง เป็นต้น

3) กรณีที่จะต้องออกคำสั่งบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งโดยเร่งด่วน เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์อื่น ๆ ที่มีความสำคัญในกรณีนี้ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องให้เหตุผลไว้เป็นลายลักษณ์อักษรถึงความจำเป็นที่จะต้องบังคับตามคำสั่งทางปกครองเป็นกรณีเร่งด่วน แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นการฉุกเฉินเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเป็นกรณีที่เป็นอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้น อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่ออนามัย ทรัพย์สินหรือต่อชีวิตของบุคคล กรณีเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลเป็นกรณีพิเศษแต่อย่างใด

ส่วนการฟ้องคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสก็มีวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเช่นกัน ซึ่งประเทศไทยได้รับอิทธิพลเกี่ยวกับหลักการการพิจารณาคดีปกครองจากฝรั่งเศส อันรวมถึงวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองด้วย แต่มีแนวคิดพื้นฐานของหลักการดังกล่าวแตกต่างจากประเทศเยอรมัน โดยประเทศฝรั่งเศสถือว่า การฟ้องหรือการอุทธรณ์โต้แย้งในชั้นฝ่ายปกครองไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้มีผลทำให้การฟ้องหรือการอุทธรณ์โต้แย้งในชั้นฝ่ายปกครองไม่มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวชะลอผลของการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นการชั่วคราวแต่อย่างใด กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองยังมีผลบังคับอยู่ต่อไปจนกว่าจะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน จึงเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับเรื่องหลักประโยชน์สาธารณะมากกว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แม้ประเทศฝรั่งเศสจะยึดหลักการดังกล่าว แต่ก็มีข้อยกเว้น โดยมีข้อยกเว้นด้วยการให้ศาลมีอำนาจสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ อีกทั้งมีข้อยกเว้นตามกฎหมายด้วย กล่าวคือ กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การฟ้องคดีบางอย่างมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง อาทิเช่น การฟ้องคดีโต้แย้งการดำเนินการทำประชาพิจารณ์เกี่ยวกับ โครงการรวมคอมมูน หรือการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งของรัฐมนตรีกิจการสังคมที่ถอนคืนการให้คำรับรองบริษัทประกันสังคม หรือการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ที่ให้ไว้แก่บริษัทประกันภัยเพราะการเพิกถอนดังกล่าวมีผลทำให้เป็นการเลิกบริษัทได้ เป็นต้น



2. คำสั่งทางปกครอง

2.1 ความหมาย

คำสั่งทางปกครอง หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะเรื่องเฉพาะราย ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับโดยทั่วไป กล่าวคือ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับต่อบุคคลที่กำหนดและไม่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์หรือกฎแต่อย่างใด¹ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” หมายถึง

2.1.1 การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย อุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

2.1.2 การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยมีกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543)² ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง

2.1.2.1 การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อเช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

2.1.2.2 การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

2.1.2.3 การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

2.1.2.4 การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

2.1.2.5 การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ	
ห้องสมุดงานวิจัย	
วันที่.....	22 พ.ค. 2555
เลขทะเบียน.....	190736
เลขเรียกหนังสือ.....	

¹ ญกฎ สันตสว่าง และสถาพร สระมาลีย์, เรื่องเดิม, หน้า 12-13.

² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 117 ตอนที่ 78 ก (22 สิงหาคม 2543): 99.

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้อธิบายไว้ว่า คำสั่งทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มีลักษณะสำคัญ 4 ประการ¹ ดังนี้

ประการแรก คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ฉะนั้นคำสั่งทางปกครองจึงไม่ใช่การที่เจ้าหน้าที่ใช้สิทธิตามสัญญาของเจ้าหน้าที่ เช่น มหาวิทยาลัยของรัฐแห่งหนึ่งทำสัญญากับเอกชน อนุญาตให้เอกชนเข้ามาขายอาหารบริการนักศึกษาในโรงอาหารของมหาวิทยาลัยเอกชน ผู้นี้ทำอาหารไม่ถูกสุขลักษณะทำให้นักศึกษาซึ่งอาหารมารับประทานแล้วมีอาการท้องร่วง มหาวิทยาลัยจึงออกคำสั่งให้เอกชน ซึ่งเป็นคู่สัญญาหยุดขายอาหารและเลิกสัญญาในที่สุด มหาวิทยาลัยออกคำสั่งดังกล่าว ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย มหาวิทยาลัยใช้สิทธิตามสัญญาที่ตนมีอยู่กับเจ้าของร้านอาหาร ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง และอำนาจที่เจ้าหน้าที่ใช้ต้องเป็นอำนาจทางปกครอง เช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ถอดถอนนาย ก. ออกจากตำแหน่ง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และแต่งตั้งให้นาย ข. เข้าไปดำรงตำแหน่งว่าการกระทรวงมหาดไทยแทน เป็นอำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยตรง ไม่ใช่อำนาจทางปกครอง จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายกระทำการซึ่งมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิหรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

ประการที่สาม คำสั่งทางปกครองมีความแตกต่างจากกฎ แม้กฎกับคำสั่งทางปกครองจะมีความเหมือนกันถึงสองประการ กล่าวคือ (1) เป็นการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่กระทำการ (2) เป็นการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่กระทำการ

¹วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, “คำสั่งทางปกครอง,” เอกสารประกอบการบรรยายภาคหนึ่ง สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปีการศึกษา 2549, กรุงเทพมหานคร, 4 สิงหาคม 2549.



ซึ่งมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล แต่ผูกกับคำสั่งทางปกครองมีความแตกต่างกันตรงที่ว่ากฎนั้นเป็นบทบัญญัติหรือข้อความที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดหรือกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง ในขณะที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นข้อความที่มีผลบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

ประการที่สี่ คำสั่งทางปกครองไม่ใช่มาตรการภายในฝ่ายปกครอง ทั้งคำสั่งทางปกครองและมาตรการภายในฝ่ายปกครองอยู่ในรูปของคำสั่ง คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งต่อผู้ใต้บังคับบัญชาจะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ต่อเมื่อกระทบกระเทือนถึงสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาที่มีอยู่ตามกฎหมาย แต่มาตรการภายในฝ่ายปกครองเป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งต่อผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาที่มีอยู่ตามกฎหมาย เป็นการสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่การงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนเท่านั้น

2.2 รูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองนั้น อาจทำเป็นหนังสือหรือวาจา หรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ คำสั่งทางปกครองใดจะต้องทำเป็นหนังสือ หรือวาจา หรือรูปแบบอื่นย่อมสุดแต่กฎหมายที่ให้อำนาจ ในการออกคำสั่งในเรื่องนั้นจะระบุว่า รูปแบบการออกคำสั่งเป็นไปในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งใน 3 รูปแบบ² ดังนี้

2.2.1 คำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยต้องระบุ

2.2.1.1 วัน เดือน และปี ที่ทำคำสั่ง

2.2.1.2 ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง

¹ ญ. สันตสว่าง และสถาพร สระมาลี, เรื่องเดิม, หน้า 13-14.

² มานิตย์ จุมปา, คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-วิญญูชน, 2546), หน้า 444-445.

2.2.1.3 ลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น

นอกจากนี้ คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือจะต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้น ๆ อย่างน้อยต้องประกอบด้วย

- 1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ
- 2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง
- 3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

2.2.2 คำสั่งทางปกครองทำด้วยวาจา

ในกรณีที่กฎหมายยอมให้มีการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาได้ เพื่อให้คู่กรณีมีหลักฐานไว้ใช้ในการโต้แย้งคัดค้าน คู่กรณีจึงมีสิทธิที่จะร้องขอภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจานั้น ให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางวาจานั้นออกหนังสือยืนยันคำสั่งนั้น ทั้งนี้หนังสือยืนยันคำสั่งทางปกครองด้วยวาจานี้ก็ต้องทำให้เป็นรูปแบบเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือซึ่งเป็นไปตามมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

2.2.3 คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่น

คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่น เช่น ป้ายสัญญาณจราจร ไฟสัญญาณจราจร ซึ่งเป็นคำสั่งที่ควบคุมการใช้รถ เป็นต้น

2.3 เจื่อนใจประกอบคำสั่งทางปกครอง

เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ดังนั้น ในการออกคำสั่งทางปกครองจึงอาจมีเจื่อนใจประกอบเพื่อให้เกิดผลตามความต้องการและวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคำสั่งทางปกครองบางกรณีมีความละเอียดอ่อนเฉพาะสถานการณ์ เจื่อนใจ หมายความว่า การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้ปฏิบัติเป็นข้อยกเว้นของหลักการแต่เจื่อนใจจะต้องกำหนดเท่าที่ให้ออดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย¹ มิใช่กำหนดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือนอกวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

¹ ญู สันตสว่าง และสถาพร สระมาลีย์, เรื่องเดิม, หน้า 14.

เช่น กิจการโรงงานอุตสาหกรรมจะต้องมีการจัดทำระบบบำบัดน้ำเสียอย่างถูกต้อง การอนุญาตดังกล่าวมีได้แต่มีเงื่อนไขให้ต้องจัดทำระบบบำบัดน้ำเสีย จึงมีเหตุผลตาม วัตถุประสงค์ ตัวอย่างของเงื่อนไข¹ เช่น

2.3.1 การกำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือสิ้นสุด ณ เวลาใด-เวลาหนึ่ง เช่น ออกใบอนุญาตให้ขายหนังสือพิมพ์บนทางเท้า แต่ให้เริ่มต้นขายได้เมื่อถึงวันขึ้นปีใหม่เป็นต้นไป

2.3.2 การกำหนดให้การเริ่มมีผลหรือสิ้นสุดของภาระหน้าที่ต้องขึ้นกับ เหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน เช่น ออกใบอนุญาตให้ตั้งโรงงานแต่มีเงื่อนไขการเริ่ม มีผลว่า การลงมือก่อสร้างโรงงานจะทำได้ต่อเมื่อมีผู้มาขออนุญาตดำเนินกิจการบำบัด- น้ำเสียรวมในบริเวณท้องที่นั้นแล้ว

2.3.3 ข้อสงวนสิทธิที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครองกรณีนี้ผลมิได้เป็นไป โดยอัตโนมัติ แต่มีผลถ้าหากมีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นก็จะพิจารณาว่า จะยกเลิกหรือไม่ การกำหนดข้อสงวนสิทธิย่อมใช้ในกรณีมีเหตุผลจำเป็นเหมาะสมเท่านั้นเพราะจะทำให้ สิทธิต่าง ๆ ไม่แน่นอน เช่น อนุญาตให้ผลิตยาชนิดหนึ่งที่ใช้รักษาโรคได้ผลพอควรแต่ มีผลข้างเคียงบางประการที่ไม่เหมาะสม แต่ทางวิชาการยังหาอีกมาแทนไม่ได้ จึงควร อนุญาตให้ผลิตได้เพื่อใช้ชั่วคราวโดยอยู่ในการควบคุมของแพทย์ กรณีนี้อาจมีการกำหนด เงื่อนไขว่า เมื่อใดวิชาการก้าวหน้าพบยาตัวใหม่ที่ใช้รักษาอาการเจ็บป่วยนั้นได้ดีกว่า โดยไม่มีผลข้างเคียงก็จะยกเลิกใบอนุญาตนั้น เป็นต้น

2.3.4 การกำหนดให้ผู้ได้รับประโยชน์ต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำ หรือต้องมีภาระหน้าที่หรือยอมรับภาระหน้าที่ หรือความรับผิดชอบบางประการ หรือ การกำหนดข้อความในการจัดให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มข้อกำหนดดังกล่าว เช่น อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารชนิดหนึ่งได้แต่ต้องจัดสร้างที่จอดรถให้ได้จำนวนตามที่กำหนด เป็นต้น

¹ จิตพร ลิ้มแหลมทอง และฤทัย หงส์ศิริ, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาทฤษฎี และหลักกฎหมายปกครอง LA 732 ส่วนที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ม.ป.ป.), หน้า 24.

2.4 การมีผลและสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง

2.4.1 การมีผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับใช้เมื่อบุคคลที่ระบุไว้ในคำสั่งได้รับคำสั่งคำสั่งทางปกครองเมื่อออกไปแล้วต้องถือว่า มีผลบังคับ ส่วนจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ตราบใดยังไม่มียกข้อชี้ขาดว่า ชอบหรือไม่ชอบคำสั่งทางปกครองก็มีผลบังคับเสมือนว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจสรุปหลักของการมีผลของคำสั่งทางปกครองได้ดังนี้ คือ

2.4.1.1 การออกใช้ คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ออกใช้ แต่จะส่งผลผู้อยู่ใต้ปกครองก็ต่อเมื่อแจ้งให้ทราบแล้ว คำสั่งมีผลนับแต่วันออก ซึ่งโดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองจะมีผลทางกฎหมายทันทีที่มีการแจ้งไปถึงผู้รับคำสั่ง แม้ผู้รับคำสั่งจะรู้ถึงเนื้อหาของคำสั่งหรือไม่ก็ตาม โดยวิธีการแจ้งจะถูกกำหนดไว้โดยกฎหมาย เนื่องจากก่อนที่จะแจ้งไปยังผู้รับคำสั่งยังถือว่า เป็นกระบวนการภายในของฝ่ายปกครองอยู่ ซึ่งอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างใดก็ได้ แต่หากมีการแจ้งไปถึงแล้วเท่ากับครบกระบวนการเป็นคำสั่งทางปกครอง และมีผลทางกฎหมายออกไปภายนอก¹

2.4.1.2 ไม่มีผลย้อนหลัง คำสั่งทางปกครองจะไม่ก่อให้เกิดผลย้อนหลัง ขึ้นไปนับจากวันที่มีการออกใช้ มาจากหลักการไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายซึ่งเห็นได้ชัดแจ้งว่า หากมีผลย้อนหลังจะขัดต่อหลักความมั่นคงของกฎหมาย แต่หลักไม่มีผลย้อนหลังมีข้อยกเว้นในบางกรณี เนื่องจากความจำเป็นโดยสภาพหรือสถานการณ์บางอย่างของคำสั่งนั้นเอง เช่น คำสั่งที่ออกโดยผลของการเพิกถอนคำสั่งเดิม

2.4.2 การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง

อาจแบ่งการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 3 ประการ² คือ

¹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จิรรัชการพิมพ์, 2540), หน้า 285.

²ณฐ สันตสว่าง และสถาพร สระมาลีย์, เรื่องเดิม, หน้า 16-17.

2.4.2.1 การสิ้นผลเกิดจากคำสั่งทางปกครองนั่นเอง คือ คำสั่งทางปกครอง ที่มีกำหนดระยะเวลาบังคับใช้ไว้หรือสันนิษฐานว่า ได้กำหนดเวลาการบังคับใช้ไว้ คำสั่งทางปกครองก็สิ้นผลเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าว หรือกรณีที่คำสั่งทางปกครอง มีผลเพียงครั้งเดียวแล้วจบสิ้นไปย่อมสิ้นผลเมื่อคำสั่งนั้นใช้บังคับเสร็จแล้ว

2.4.2.2 การสิ้นผลจากเหตุภายนอกเจตจำนงของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งทางปกครองออกใช้บังคับโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายที่ถูกระงับ หรือกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไปอาจสิ้นผลเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์จากข้อเท็จจริงหรือมีกฎหมายอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง

2.4.2.3 การสิ้นผลเกิดจากเจตนารมณ์ของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ภายหลังที่ออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว เนื่องจากความจำเป็นในการให้บริการสาธารณะ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การเพิกถอนและการยกเลิกคำสั่ง

1) การเพิกถอน คือ การเพิกถอนที่ทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลมาตั้งแต่ต้นและทำให้สิ้นผลทางกฎหมายทั้งในอนาคตและในอดีต

2) การยกเลิกคำสั่ง มีผลให้คำสั่งสิ้นสุดลงสำหรับอนาคตไม่มีผลย้อนหลัง คำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล ต้องจำแนกว่า เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนหรือไม่

2.5 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองแบ่งออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

2.5.1 คำสั่งทางปกครองที่พิจารณาในแง่การกำหนดสิทธิหน้าที่¹ หากพิจารณาการกำหนดสิทธิหน้าที่แล้ว สามารถแบ่งคำสั่งทางปกครองได้ 3 ประเภท คือ

2.5.1.1 คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม ซึ่งคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาคำสั่งแล้วเป็นเรื่องที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเอาสิทธิหน้าที่ที่ปรากฏในกฎหมายอันมีลักษณะทั่วไป

¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา กฎหมายปกครอง (น. 350) (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 40.

และเป็นนามธรรมมากำหนดให้ชัดเจน เช่น คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากรซึ่งระบุจำนวนภาษีอากรอย่างชัดเจนว่า ผู้รับคำสั่งมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าภาษีอากรเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งได้ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น

2.5.1.2 คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ ซึ่งคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อตั้งสิทธิในทางมหาชนให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่ง เช่น การออกใบอนุญาตต่าง ๆ กล่าวคือ สิทธิที่ผู้ได้รับคำสั่งต้องการเป็นเรื่องที่ในเบื้องต้นบุคคลนั้นยังไม่มีสิทธิเช่นว่านั้น ต่อเมื่อได้รับคำสั่งดังกล่าวแล้วจึงมีสิทธิ เช่น ก่อนได้รับใบอนุญาตขับจักรยานยนต์ บุคคลย่อมต้องห้ามมิให้ขับจักรยานยนต์ เมื่อได้รับใบอนุญาตแล้วจึงสามารถขับจักรยานยนต์ได้ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายโดยตรงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นอีก

2.5.1.3 คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ ซึ่งคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันนิติสัมพันธ์ในทางปกครองอันเป็นที่โต้แย้งกันว่ามีอยู่หรือไม่หรือมีอยู่ในลักษณะใดให้ได้ผลเป็นยุติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิหรือสถานะของบุคคล เช่น คำสั่งยืนยันว่า บุคคลผู้ได้รับคำสั่งเป็นบุคคลสัญชาติไทย หนังสือรับรองว่าเป็นผู้สำเร็จการศึกษา เป็นต้น

2.5.2 คำสั่งทางปกครองที่พิจารณาการให้ประโยชน์และการสร้างภาระ

หากพิจารณาจากผลของคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ผู้รับคำสั่ง อาจแบ่งคำสั่งทางปกครองได้ 3 ประเภท¹ คือ

2.5.1.1 คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ ซึ่งคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง ได้แก่ การก่อตั้งสิทธิให้แก่ผู้รับคำสั่ง หรือยืนยันสิทธิในทางที่เป็นคุณให้แก่ผู้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนประจำปี คำสั่งอนุมัติปริญญาบัตร คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร เป็นต้น โดยมีข้อสังเกตว่า คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งเสมอ และเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์

¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

แก่บุคคลผู้รับคำสั่งไปแล้ว การยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะกระทำได้ภายในขอบเขตที่จำกัดภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด¹

2.5.1.2 คำสั่งทางปกครองที่เพิ่มภาระ ซึ่งคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้าย โดยปกติมักจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น คำสั่งยึดใบอนุญาตขับจี้รถยนต์ส่วนบุคคล คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งปฏิเสธการต่ออายุใบอนุญาตร้านขายยา เป็นต้น โดยมีข้อสังเกตว่า คำสั่งปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นคุณถือว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระให้แก่บุคคลผู้ได้รับคำสั่งเช่นกัน และเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระแก่ผู้รับคำสั่งไปแล้วการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระย่อมกระทำได้ในเงื่อนไขที่ง่ายกว่าการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์

2.5.1.3 คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ซึ่งคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลสองฝ่ายในลักษณะที่เป็นคุณแก่ฝ่ายหนึ่งและเป็นผลร้ายหรือเป็นการสร้างภาระแก่อีกฝ่ายหนึ่ง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งแต่เป็นผลร้ายหรือสร้างภาระแก่บุคคลที่สาม หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นผลร้ายหรือสร้างภาระแก่ผู้รับคำสั่ง แต่มีผลในทางที่เป็นคุณหรือเป็นประโยชน์สำหรับบุคคลที่สาม เช่น คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างโรงงาน หรือคำสั่งอนุญาตให้จัดตั้งสถานบริการย่อมมีผลในทางที่เป็นคุณหรือเป็นประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่ง แต่เป็นผลร้ายหรือเป็นการสร้างภาระแก่เจ้าของอาคารหรือเจ้าของที่ดินที่อยู่ใกล้เคียง เป็นต้น คำสั่งทางปกครองที่มีผล

¹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 49, วรรคสอง มาตรา 51 และมาตรา 52.



สองทางนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อผลในทางกฎหมายที่ค่อนข้างซับซ้อน และยังไม่มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹

2.5.3 คำสั่งทางปกครองที่พิจารณากระบวนการ ขั้นตอน และรูปแบบ

เมื่อพิจารณาจากกระบวนการ ขั้นตอน และรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครองแล้วอาจแบ่งคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 3 ประเภท² คือ

2.5.3.1 คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการร้องขอ โดยปกติในการปฏิบัติราชการทางปกครององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถริเริ่มดำเนินการต่าง ๆ ได้เองโดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอจากบุคคลอื่น ลักษณะดังกล่าวเป็นลักษณะเด่นที่ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองแตกต่างไปจากองค์กรตุลาการที่จะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีคำร้องหรือคำฟ้องเท่านั้นไม่อาจริเริ่มการได้เอง เช่น ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพบว่าสถานบริการแห่งใดแห่งหนึ่งประกอบกิจการโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการมีอำนาจออกคำสั่งปิดสถานบริการนั้นได้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามมีคำสั่งทางปกครองหลายกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง คำสั่งทางปกครองในประเภทนี้มักจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น ใบอนุญาตต่าง ๆ

2.5.3.2 คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอม โดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายเดียวที่องค์กรฝ่ายปกครองมีอยู่เหนือเอกชนผู้ได้รับคำสั่ง ดังนั้น ความยินยอมของผู้รับคำสั่งย่อมไม่เป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง แต่มีคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่แม้จะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่ง แต่หากบุคคลผู้รับคำสั่งไม่ยินยอมแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ โดยที่บุคคลซึ่งได้รับการบรรจุไม่ยินยอม ซึ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้อาจจะรุนแรงถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้น

¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 43.

²เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ตกเป็นโมฆะหรืออาจจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่มีผลในทางกฎหมาย ซึ่งหากต้องการให้สิ้นผลทางกฎหมายจะต้องมีการเพิกถอน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและลักษณะของคำสั่งเป็นกรณี ๆ ไป

2.5.3.3 คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำตามแบบ โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองไม่มีแบบ หมายความว่า หากไม่มีกฎหมายกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้ โดยเฉพาะ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจย่อมสามารถออกคำสั่งทางปกครองนั้นโดยอาจทำเป็นหนังสือหรือโดยวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้¹ แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น มาตรา 36 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยต้องระบุวัน เดือน และปีที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น ซึ่งถือเป็นการกำหนดมาตรฐานหรือแบบขั้นต่ำของการทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองส่วนมากเจ้าหน้าที่จะทำเป็นหนังสือ²

2.5.4 คำสั่งทางปกครองที่พิจารณาในแง่ผลของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาสภาพของคำสั่งทางปกครองแล้ว อาจจำแนกผลของคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 2 ประเภท³ คือ

2.5.4.1 คำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายโดยตรง การเกิดผลจะสำเร็จในตัวทันทีที่คำสั่งทางปกครองมีผลโดยไม่ต้องปฏิบัติการใดอีก เช่น ออกใบอนุญาตให้ตั้งโรงงาน เป็นต้น การมีผลในกฎหมายโดยตรงนี้จะเป็นในทางสร้างสิทธิหรือจำกัดสิทธิหรือทำลายสิทธิก็ได้ การเพิกถอนใบอนุญาตให้ตั้งโรงงานก็มีผลในตัวทันทีที่มีคำสั่ง

¹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 34.

²ประเวศ อรรถศุภผล, “ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์-นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 24-30.

³ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542), หน้า 66.

เพิกถอนใบอนุญาต การสั่งให้อธิบดีพ้นจากตำแหน่งก็มีผลในทันทีที่สั่ง ส่วนมาตรการการบังคับการฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจใช้มาตรการบังคับทางอาญาหรือทางวินัยก็ได้ เช่น ผู้ประกอบกิจการโรงงานโดยไม่มีใบอนุญาตยอมถูกลงโทษอาญาตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งที่เป็นโมฆะนั้นแม้จะได้มีการทำคำสั่งขึ้นจริง แต่ไม่เกิดผลใด ๆ ในกฎหมายและไม่อาจจะให้วิธีการบังคับใด ๆ ได้

2.5.4.2 คำสั่งทางปกครองที่ต้องการผลทางกายภาพ ซึ่งมีคำสั่งทางปกครองเป็นจำนวนมากที่สั่งเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้อยู่ในคำสั่งทางปกครอง โดยให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เมื่อมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามก็ต้องมีมาตรการบังคับเพื่อให้เกิดผลต่อไปอีกชั้นหนึ่ง วิธีการบังคับให้เกี่ยวกับพฤติกรรมนี้อาจแยกออกได้เป็น

1) กรณีให้ชำระเงิน

2) กรณีให้กระทำหรือละเว้นกระทำการใด อันไม่ใช้การให้ชำระเงิน

การบังคับทางปกครองบางกรณีมิได้สืบเนื่องมาจากการต้องมีคำสั่งทางปกครองก่อนก็ได้ โดยกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอย่างใด (เป็นการกระทำทางกายภาพโดยแท้) ได้ทันที โดยไม่ต้องมีคำสั่งทางปกครองแก่ผู้ใด กรณีดังกล่าวเป็นการบังคับทางปกครองโดยตรงด้วยตนเอง เช่น ในกรณีที่ป้ายโฆษณาใดในที่สาธารณะมีข้อความหรือภาพที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือลามกอนาจาร เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจปลด รื้อ ขูด ลบ หรือล้างข้อความหรือภาพนั้นได้เอง¹ หรือในกรณีที่มีรถหยุดหรือจอดโดยฝ่าฝืนกฎจราจร โดยผู้ขับขี่ไม่อยู่ เจ้าพนักงานจราจรมีอำนาจเคลื่อนย้ายรถนั้นได้² เป็นต้น การใช้กำลังทางกายภาพนั้นจะกระทำได้เพียงใด ในกรณีใด ต้องมีอำนาจตามกฎหมายเป็นเฉพาะเรื่องไป

¹พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535, มาตรา 11 วรรคสอง.

²พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522, มาตรา 59.

3. หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip)

Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frish von Aretin นักคิดเยอรมัน ได้กล่าวถึงและให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ว่าหมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรูปแบบที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป

Friedrich Julius Stahl ได้อธิบายว่า รัฐควรจะเป็น “นิติรัฐ” ซึ่งเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหารัฐ และเป็นความพยายามที่จะพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ ดังนั้น รัฐจะต้องกำหนดแนวทาง และขอบเขตในการทำให้อำนาจรัฐมีความมุ่งหมาย โดยรัฐจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล และจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว นอกจากนั้นรัฐไม่ควรจะใช้อำนาจเหนือของรัฐบังคับบุคคลตามแนวจารีตที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล

ศาสตราจารย์ ดร. อิศระ นิธิรัตน์ประกาศ ได้ให้ความหมายว่า ระบบนิติรัฐ (System of Legal State) คือ ระบบซึ่งฝ่ายปกครองอยู่ใต้กฎหมายเช่นเดียวกับพลเมืองซึ่งเป็นเอกชน และอยู่ภายใต้การควบคุมในทางกฎหมายของศาล ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย พลเมืองซึ่งได้รับความเสียหายก็มีทางที่จะได้รับการเยียวยาในทางกฎหมาย เพราะศาลมีอำนาจควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง¹

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้อธิบายว่า “หลักนิติรัฐ” หมายถึง หลักการที่รัฐได้ยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ประชาชนจะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร รัฐประเพณีนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัด กล่าวคือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็น

¹ อิศระ นิธิรัตน์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คุณนัณท์อักษร, 2527), หน้า 4.

การที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย การกระทำใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่รัฐ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่าง ชัดแจ้งและเป็นไปภายในขอบเขตแห่งกฎหมายด้วย หากกระทำการใดโดยไม่มีกฎหมาย ให้อำนาจอย่างชัดแจ้งหรือเกินขอบเขตของกฎหมาย ประชาชนสามารถฟ้องร้องให้องค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบในการกระทำความผิดได้¹

หลักนิติรัฐ คือ หลักการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การใช้อำนาจ ในทางปกครองในทุกระดับนั้น จะต้องมีความชอบด้วยกฎหมายให้อำนาจและหน้าที่ไว้และ การใช้อำนาจตามกฎหมายนั้น สามารถควบคุมตรวจสอบให้อยู่ในความเหมาะสมได้ด้วย และหลักการดังกล่าวนี้เป็นต้นกำเนิดของกฎหมายมหาชนในปัจจุบัน ทั้งนี้เพราะกฎหมาย ทุกประเภทถูกถ่ายทอดออกมาจากอำนาจทางปกครองทั้งสิ้น²

Hartmut Maurer ได้ให้ความหมายว่า “หลักนิติรัฐ” ประกอบไปด้วยหลักย่อย ดังนี้

ก. หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ข. หลักการแบ่งแยกอำนาจ ค. หลักความ-
ผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ ง. หลักเงื่อนไขการกระทำของฝ่ายปกครอง
จ. หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ฉ. หลักความรับผิดชอบของรัฐ ช. หลักพื้นฐาน
ของกฎหมายอาญา และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซ. หลักความมั่นคงของกฎหมาย
และ ฉ. หลักความได้สัดส่วน

ส่วน Theodor Maunz เห็นว่า “หลักนิติรัฐ” ประกอบไปด้วยหลักการสำคัญดังนี้
ก. หลักการแบ่งแยกอำนาจ ข. หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ค. หลักความชอบด้วย
กฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง ง. หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
จ. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฉ. หลัก “ความไม่มีความผิด และไม่มีความโทษ

¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2

(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 129.

² ภิรัชญา วัฒนรุ่ง และกิตติ ก้องเบญจกุล, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชา
ปรัชญาและกฎหมายมหาชน (LA 703, ส่วนที่ 2) (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัย-
รามคำแหง, ม.ป.ป.), หน้า 21.

โดยไม่มีกฎหมาย” และ ข. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการพิจารณาหลักนิติรัฐจึงต้องพิจารณาจากหลักการดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ

3.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Das Prinzip der Gewaltentrennung)

การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการปกครองระบอบประชาธิปไตยต้องมีขอบเขตจำกัดเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกล่วงละเมิด หลักการหนึ่งที่สำคัญที่เป็นขอบเขตในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power)¹

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and Balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

3.2 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (Die Gewährleistung persönlicher Grundrechte)

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐเพราะถือว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น

¹มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 63.

การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตยมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่สำคัญ 2 ประการ¹ ดังนี้

3.2.1 ให้องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างเพียงพอต่อการดำเนินงานเพื่อธำรงไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน

3.2.2 ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการแทรกแซงการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรฝ่ายปกครอง

3.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit von Justiz und Verwaltung)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หรือเรียกว่าหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักในเรื่องนี้เป็น การเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการก็ดี หรือฝ่ายปกครองก็ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้น จะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชน จึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว ซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองได้ดังนี้

¹ ยุทธศิลป์ กระแสร์กุล, “ปัญหาในการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 9.



3.3.1 ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Justiz) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ รูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมี 3 รูปแบบ ดังนี้

3.3.1.1 ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือเรียกว่า ความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

3.3.1.2 ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

3.3.1.3 ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใด ๆ ทั้งสิ้น

3.3.2 ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อย 2 หลัก ดังนี้

3.3.2.1 หลักความมาก่อนของกฎหมาย (Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหลาย

จึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3.2.2 หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องในทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่เป็น การขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่า ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมาย

3.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (Materielle Gesetzmeassigkeit)

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาเป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นไปตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง และหลักความพอสมควรแก่เหตุ

3.4.1 หลักความแน่นอนของกฎหมาย (Das Prinzip der Rechtssicherheit)

หลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย ซึ่งหลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักที่เรียกร้องว่า การบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากเขาจะกระทำการอันใดอันหนึ่งและกฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอย่างใดบ้าง จากข้อเรียกร้องดังกล่าวบุคคลจึงสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายและทำให้เกิดความแน่ใจว่า การกระทำของตนจะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย หลักความแน่นอนของกฎหมายประกอบด้วย 2 หลัก กล่าวคือ

3.4.1.1 หลักความชัดเจนของกฎหมาย ซึ่งเรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติรวมทั้งฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรอง ในการบัญญัติกฎหมายว่า จะต้องมิ

ความชัดเจนอย่างเพียงพอเพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองภายใต้สภาพการณ์ในทางกฎหมาย

3.4.1.2 หลักคุ้มครองความสุจริต ซึ่งเรียกร่องฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อโดยสุจริตว่า คำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้ชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้น ๆ แล้ว ในกรณีที่เห็นควรให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้ให้นำหลักคุ้มครองความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองมาใช้เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

3.4.2 หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (Verbot Rückwirkender Gesetze)

หลักนี้หมายถึง กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการนั้นจะต้องมีการแจ้งหรือประกาศให้ประชาชนทราบล่วงหน้าก่อนที่จะนำไปใช้บังคับ และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ได้มีการประกาศโฆษณา กฎหมายนั้นไม่ได้¹ ซึ่งหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นการเรียกร่องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว การมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย หรือเรียกว่า การมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย กรณีนี้ได้แก่ กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้วและกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว

กรณีที่สอง คือ การมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ หมายถึงกรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีตแต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมีได้สิ้นสุดลง

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่อง การติดตามและ การประเมินผลการทำงานของศาลปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2547), หน้า 21.

ในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้น ในอนาคต

รูปแบบของการมีผลย้อนหลังทั้งสองกรณี หากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีที่เกิดภาระหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้มีผลย้อนหลังในกรณีนี้ย่อมมีขอบเขตตามหลักของหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับหลักการคุ้มครองความสุจริต ซึ่งตามหลักทั้งสองมิได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง แต่การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษนั้นย่อมนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา ส่วนในขอบเขตของกฎหมายอื่น ๆ นั้น ในกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้จำเป็นจะต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว และสำหรับการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้จะต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริตกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการจะมุ่งคุ้มครองแต่อย่างไรก็ตามจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนทั้งสองกรณีว่า ประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์อยู่ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่

3.4.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Ueberschussverbot)

หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน มีหลักที่เป็นสาระสำคัญ 3 หลัก กล่าวคือ



3.4.3.1 หลักความเหมาะสม หมายถึง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลुวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลुวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลुวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก

3.4.3.2 หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลुวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่า มาตรฐานที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่า มาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

3.4.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ หมายความว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อย ย่อมถือว่า ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

3.5 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Unabhaengigkeit der Richter)

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมาย และทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตน หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ ความมุ่งหมายของหลักดังกล่าว มุ่งคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของความเป็นอิสระจาก 3 ประการ กล่าวคือ ความเป็นอิสระจากคู่ความ ความเป็นอิสระจากรัฐ และความเป็น

อิสระจากสังคม ความไม่เป็นอิสระจากทั้งสามประการดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ ล้วนมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอาจแบ่งได้เป็น 3 ประการ กล่าวคือ ความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ ความเป็นอิสระในทางองค์กร และ ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคล

3.6 หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum Crimen (Nulla Poena) Sine Lege)

หลักการนี้เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา นอกจากเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาแล้วยังมีผลใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง เรื่องโทษทางวินัยและการลงโทษในทางวิธีเรียงตามข้อบังคับขององค์กรในทางวิชาชีพด้วย หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนั้นอยู่บนพื้นฐาน 4 ประการ กล่าวคือ

3.6.1 หลักการกระทำ กฎหมายอาญาตามหลักนิติรัฐนั้น ย่อมผูกพันอยู่กับการกระทำ แต่มิได้ผูกพันอยู่กับความคิด ดังนั้น พื้นฐานในการกำหนดความผิดหรือกำหนดโทษจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของ “การกระทำ” ซึ่งหมายความว่ารวมถึงการไม่กระทำด้วย

3.6.2 หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมายหรือการกำหนดโทษจะต้องได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งหลักการดังกล่าวหมายถึงหลักการอยู่ภายใต้เงื้อมมือของกฎหมาย การกำหนดโทษโดยกฎหมายมีความหมายเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติ

3.6.3 หลักความแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งเรียกร้องว่า บุคคลควรจะต้องรู้ตั้งแต่เบื้องต้นว่า กฎหมายอาญาห้ามกระทำการใดบ้าง และหากบุคคลละเมิดการกระทำดังกล่าวจะได้รับโทษเพียงใด ทั้งนี้เพื่อให้ปัจเจกบุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้

3.6.4 หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในทางอาญานั้นเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด โดยข้อห้ามดังกล่าวเป็นการห้าม

องค์กรณีบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในทางจะก่อให้เกิดความผิดสำหรับการกระทำอันใดอันหนึ่ง และห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อกำหนดโทษที่มีอยู่ให้สูงขึ้นและห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคล

3.7 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung)

หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐในบางประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมันถือว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักที่เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งเท่ากับเป็นการยืนยันหรือทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นต่อหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญในการมุ่งคุ้มครองต่อหลักนิติรัฐ กล่าวโดยสรุปหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายในการมุ่งคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ทั้งนี้ไม่ว่าจะพิจารณาจากหลักย่อยหลักใดของหลักนิติรัฐล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะจำกัดขอบเขตอำนาจของรัฐ หรือเพื่อถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ในสภาพการณ์ที่อำนาจรัฐมีข้อจำกัด ถูกผูกพันต่อกฎหมาย รวมทั้งถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมทำให้สิทธิของปัจเจกบุคคลได้รับการคุ้มครอง¹

¹บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 21-32.

4. นิติปรัชญาและหลักการกฎหมายมหาชน

นิติปรัชญาและหลักการกฎหมายมหาชน หมายถึง “การสร้างดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นการประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล”¹

นิติปรัชญาและหลักการกฎหมายมหาชน มีสาระสำคัญ 3 ประเด็น คือ

- 1) ประเด็นที่หนึ่ง ได้แก่ สารบัญญัติ เนื้อหาของกฎหมายมหาชนเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ สาระสำคัญของกฎหมายมหาชน คือ ทำอย่างไรจึงจะประสานประโยชน์เอกชนกับประโยชน์สาธารณะให้อยู่ในภาวะสมดุลที่ดีที่สุด
- 2) ประเด็นที่สอง ได้แก่ อำนาจอรรถเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐ และการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กรของรัฐ ทำหน้าที่ในการประสานผลประโยชน์
- 3) ประเด็นที่สาม ได้แก่ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และวิธีการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยวิธีการต่าง ๆ เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของเอกชน และประโยชน์ส่วนรวม

เนื่องจากปัจจุบันสังคมไทยเป็นสังคมที่มีความขัดแย้งระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ และมีความขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนรวม นิติปรัชญาของกฎหมายมหาชน คือ การประสานผลประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์ส่วนรวม รัฐจำเป็นต้องใช้ปรัชญากฎหมายมหาชน เพราะเป็นปรัชญาที่คำนึงถึงประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะ

4.1 การแบ่งประเภทกฎหมาย

การแบ่งกฎหมายโดยใช้เนื้อหาของกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการแบ่งนั้น สามารถแบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ

¹ ฐิติธาดา วัฒนรุ่ง และกิตติ ก้องเบญจกุล, เรื่องเดิม, หน้า 65-72.

4.1.1 กฎหมายสารบัญญัติ เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลโดยตรง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา รัฐธรรมนูญ เป็นต้น

4.1.2 กฎหมายวิธีสบัญญัติ เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาที่เป็นการกล่าวถึงกระบวนการวิธีการที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติ กำหนดวิธีการเยียวยาเมื่อมีการละเมิดสิทธิหรือหน้าที่ขึ้น อันเป็นสิทธิหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายสารบัญญัติ เช่น วิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา วิธีพิจารณาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ วิธีพิจารณาคดีปกครอง เป็นต้น

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า นิติปรัชญาทางกฎหมายมหาชนนั้นแตกต่างจากนิติปรัชญาทางกฎหมายเอกชน กล่าวคือ นิติปรัชญาทางกฎหมายมหาชนมุ่งประสานจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาสมดุลของประโยชน์ทั้งสอง ส่วนนิติปรัชญาทางกฎหมายเอกชนนั้นมุ่งต่อผลประโยชน์ของเอกชนด้วยกัน ด้วยเหตุที่นิติปรัชญาของกฎหมายทั้งสองนี้ต่างกัน จึงมีผลทำให้สารบัญญัติหรือเนื้อหาของกฎหมายทั้งสองแตกต่างกันไป กฎหมายมหาชนเป็นเครื่องมือของรัฐ เป็นกฎหมายที่รัฐตราขึ้นมาเพื่อการบริหารบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ และรัฐเป็นผู้จัดตั้งสถาบันทางกฎหมายขึ้นโดยมุ่งหมายให้สถาบันทางกฎหมายเป็นกลไกของรัฐในการชี้ขาดและสร้างสภาพบังคับของกฎหมาย

สถาบันทางกฎหมายที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด เป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการกำหนดและอุดช่องว่างของตัวบทกฎหมายโดยอาศัยคำวินิจฉัยที่ถึงที่สุด ซึ่งมีบางกรณีที่จะมีการอธิบายตัวบทกฎหมายให้ชัดเจนขึ้น ดังนั้น คำวินิจฉัยของสถาบันทางกฎหมายจึงมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติราชการของส่วนราชการต่าง ๆ และของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้มีการจัดให้องค์กรของสถาบันทางกฎหมาย (องค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาด) ได้เปิดโอกาสให้ส่วนราชการต่าง ๆ ของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับทราบถึง “เหตุผลของคำวินิจฉัย” เหล่านั้นด้วย



4.2 สารบัญญัติทางกฎหมายเอกชน

สารบัญญัติทางกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะกฎหมายแพ่งได้มีพัฒนาการต่อเนื่องมาเป็นเวลานานแล้ว การจัดทำ Corpus Juris Civilis ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกของโลก ได้มีการจัดทำขึ้นตั้งแต่สมัยโรมันในรัชสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียน ประมวลกฎหมายดังกล่าวนี้ได้มีการศึกษามีการวิพากษ์วิจารณ์โดยนักนิติศาสตร์อย่างต่อเนื่องมาเป็นเวลานานนับพันปี จึงทำให้กฎหมายแพ่งมีความสมบูรณ์จนถึงขนาดใช้เป็นแม่บทในการจัดทำประมวลกฎหมายที่มีชื่อเสียงของโลกหลายเล่ม เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (เมื่อปี ค.ศ. 1804) ต่อมาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอื่นตามมาอีก 4 เล่ม และการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ปี ค.ศ. 1900) ซึ่งถือได้ว่าเป็นความสมบูรณ์สูงสุดทางนิติศาสตร์ในทางกฎหมายแพ่ง กฎหมายเอกชน หรือกฎหมายแพ่งได้รับการศึกษา มีการสอนกันอย่างกว้างขวางในมหาวิทยาลัยที่มีชื่อเสียงของยุโรป แต่กฎหมายมหาชนเองกลับไม่มีการสนใจศึกษาในฐานะที่เป็นกฎหมายโดยตรง ทั้งนี้ด้วยเหตุผลสองประการ คือ

ประการแรก กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ต้องวิพากษ์วิจารณ์เป็นลักษณะจำกัดอำนาจรัฐและอำนาจผู้ปกครอง จึงเป็นเรื่องอันตรายที่จะศึกษาในยุคทระราชย์ครองเมือง

ประการที่สอง มีแนวคิดว่า เรื่องการเมืองการปกครองนั้นไม่ใช่เรื่องกฎหมาย แต่เป็นศิลปะของการปกครอง ซึ่งมีการถ่ายทอดกันในหมู่ผู้ใกล้ชิดเท่านั้น

ดังนั้น พัฒนาการของสารบัญญัติกฎหมายมหาชนจึงขาดความต่อเนื่อง โดยเฉพาะช่วงยุคกลาง ในยุคศักดินาสวามิภักดิ์ซึ่งอำนาจในการปกครองนั้นขึ้นอยู่กับบรรดาเจ้าผู้ปกครองแว่นแคว้น ในยุคดังกล่าวนี้ศาสตราจารย์ทางกฎหมายมหาชนหลายท่าน เรียกว่า เป็นยุคที่กฎหมายเอกชนครอบงำกฎหมายมหาชน

ยุคหลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส (ค.ศ. 1789) สิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงได้รับการให้ความสำคัญอย่างมาก หลักเรื่องนิติรัฐ ได้รับการยอมรับในอารยประเทศ ทำให้กฎหมายมหาชนซึ่งมีปรัชญาสำคัญอยู่ที่การประสานผลประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ จึงพัฒนาอย่างรวดเร็วเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง

4.3 สารบัญญัติทางกฎหมายมหาชน

ประเทศที่มีระบบศาลในกฎหมายมหาชน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลภาษีอากร ฯลฯ ซึ่งเป็นประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปนั้น นอกจากจะมีการแยกระบบศาลแล้ว หลักกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ในการพิจารณาคดีในกฎหมายมหาชนก็แตกต่างจากหลักกฎหมายสารบัญญัติในกฎหมายเอกชนด้วย เช่น เรื่องสัญญาทางปกครองนั้น มีหลักกฎหมายแตกต่างจากสัญญาในกฎหมายเอกชนโดยสิ้นเชิง เช่น ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ต้องถือหลักการเปลี่ยนแปลงไม่ได้ของสัญญา จนกว่าคู่กรณีทุกฝ่ายจะยินยอม แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นถือว่า ประโยชน์สาธารณะและบริการสาธารณะมีความสำคัญเหนือสิ่งอื่นใด ดังนั้น ถ้าเป็นประโยชน์สาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองก็สามารถเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องให้อีกชนคู่สัญญาให้ความยินยอมเสียก่อน และการเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองก็ย่อมจะมีผลบังคับได้เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป เหตุที่หลักกฎหมายเอกชนนั้นต่างจากหลักกฎหมายมหาชน เพราะปรัชญาที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย 2 ประเภทนี้แตกต่างกัน กล่าวคือ

ปรัชญาของกฎหมายเอกชน เน้นความยุติธรรมที่เท่าเทียมกันและตั้งอยู่บนเสรีภาพของคู่กรณี ส่วนรัฐและหน่วยงานของรัฐเป็นเพียงกรรมการผู้ควบคุมดูแลกติกาเพื่อให้คู่กรณีในกฎหมายเอกชนปฏิบัติไปตามกฎเกณฑ์แห่งตัวบทกฎหมายในเรื่องที่เอกชนผูกนิติสัมพันธ์เรื่องนั้น ๆ

ส่วนปรัชญาของกฎหมายมหาชน มุ่งเน้นความยุติธรรมที่สมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน

ศาลในกฎหมายมหาชนจึงต้องหาจุดที่พอเหมาะพอดีของดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน คือ ต้องไม่ให้หนักไปข้างใดข้างหนึ่งมากเกินไป เพราะถ้าคุ้มครองเอกชนมากเกินไป ประโยชน์สาธารณะก็จะเสียหายหรือไม่สามารถบรรลุจุดมุ่งหมายได้ ในทำนองเดียวกันถ้าให้เอกสิทธิ์แก่รัฐมากเกินไป สิทธิเสรีภาพของเอกชนก็ถูกกระทบกระเทือน กฎหมายมหาชนจะกลายเป็นกฎหมายอภิสิทธิ์ของรัฐไป

ดังนั้น แนวคิดทางสารบัญญัติในกฎหมายมหาชน จึงประกอบด้วยแนวคิดเรื่อง “ประโยชน์สาธารณะ” และ “สิทธิเสรีภาพของประชาชน” เป็นพื้นฐาน

4.3.1 ประโยชน์สาธารณะ

4.3.1.1 ความหมาย “ประโยชน์สาธารณะ เป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ส่วนอำนาจมหาชนเป็นวิธีดำเนินการที่ให้อำนาจเหนือปัจเจกชนเพื่อดำเนินการให้ประโยชน์สาธารณะนั้นบรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมาย”

การที่บุคคลมารวมกันเป็นสังคมนั้น แต่ละคนไม่อาจตอบสนองความต้องการที่จำเป็นของตนได้ทุกเรื่อง แม้ว่าในหลายเรื่องกิจการอันเกิดจากความคิดริเริ่มของเอกชนสามารถบำบัดความต้องการนั้นได้โดยผ่านกระบวนการแบ่งงานกันทำตามความถนัด และโดยการแลกเปลี่ยนหมุนเวียนบริการและสินค้ากัน แต่กิจการบางอย่างมีความสำคัญมากจนไม่ว่าเอกชนคนใดก็ไม่อาจทำได้ เช่น การป้องกันประเทศ หรือรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน หรือกิจกรรมบางประเภทเป็นกิจกรรมที่เอกชนไม่สนใจดำเนินการเพราะปราศจากกำไรอันเป็นมูลเหตุจูงใจที่สำคัญของเอกชน เช่น การศึกษาที่ให้เปล่า การสังคมสงเคราะห์ ซึ่งเป็นกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นสำหรับสมาชิกทุกคนในสังคม และอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐ¹

หัวใจของกฎหมายมหาชนอยู่ที่วัตถุประสงค์ของกิจกรรมของรัฐที่ต้องดำเนินไปเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ซึ่งต่างจากกิจกรรมของเอกชนที่มุ่งตอบสนองความต้องการส่วนตัวของตนเอง แม้ว่ากฎหมายเอกชนนั้นก็ตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย แต่ในกฎหมายเอกชนนั้น ประโยชน์สาธารณะเป็นปลายเหตุ ส่วนต้นเหตุ คือ การให้เครื่องมือแก่เอกชนแต่ละคนที่จะตอบสนองความต้องการส่วนตัวให้ดีที่สุด ดังที่ โอดอง (Odent) รองประธานสภาแห่งรัฐ กล่าวว่า “กฎหมายเอกชนจัดระบบเสรีภาพของประโยชน์ส่วนบุคคล และไม่กำหนดขอบเขตประโยชน์นั้น เว้นแต่จะต้องเคารพความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹บรรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 298-301.

เท่านั้น” แต่กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ครอบงำด้วยแนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกฎหมายมหาชนบังคับให้ประโยชน์ส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็นของบุคคลใด-บุคคลหนึ่งหรือของกลุ่มต้องอยู่ภายใต้ประโยชน์สาธารณะนั้น การคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะไม่ใช่ว่าจะไม่มีเสียเลยทีเดียวในกฎหมายเอกชน ด้วยเหตุนี้หลักการหลายหลักการเป็นพื้นฐานของประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น เสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญากรรมสิทธิ์ ความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดอันเกิดจากความประมาท เหล่านี้เป็นหลักที่ผู้บัญญัติกฎหมายในต้นศตวรรษที่ 19 คิดว่าเป็นหลักที่เหมาะสมที่สุดที่จะกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ของชาติ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายเอกชนกับประโยชน์สาธารณะยังความสัมพันธ์ทางอ้อมเป็นความสัมพันธ์ลำดับรอง ในทางตรงกันข้ามกฎหมายมหาชนกลับมีวัตถุประสงค์โดยตรงและเป็นวัตถุประสงค์หลักในการตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะ การจำแนกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนจึงไม่ใช่การจำแนกที่ไม่ได้เป็นไปตามทฤษฎีวิชาการแต่เป็นความจริงที่ลึกซึ้ง

4.3.1.2 ลักษณะของประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชน

ประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชนมีลักษณะ ดังนี้

ประโยชน์สาธารณะ คือ การตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ จึงแบ่งประโยชน์สาธารณะได้เป็น 2 มิติ

1) มิติแรก คือ มิติทางจิตวิทยา ประโยชน์สาธารณะแสดงถึงความต้องการของคน แต่ความต้องการของคน ๆ เดียว หรือคนหมู่น้อยไม่มีทางเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าความต้องการของคนแต่ละคนในสังคมตรงกันมากขึ้นเรื่อย ๆ นั้นแหละที่จะทำให้ความต้องการส่วนตัวของแต่ละคนกลายเป็นความต้องการส่วนรวม ด้วยเหตุนี้เองการป้องกันประเทศ การศึกษา ล้วนเป็นความต้องการส่วนบุคคลที่ตรงกันเป็นส่วนใหญ่ จึงเป็นความต้องการส่วนรวมที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ”

ประโยชน์สาธารณะจึงต่างจากประโยชน์ส่วนบุคคล หรือประโยชน์ของกลุ่ม การพิจารณาว่าอะไร คือ ความต้องการของคนหมู่มากจึงเป็นเรื่อง “อัตวิสัย” แต่สามารถทำให้เป็น “ภาวะวิสัย” ได้โดยถือว่า ผู้บัญญัติกฎหมายหรือรัฐสภาและศาลปกครองเท่านั้นที่จะชี้ขาดในขั้นสุดท้ายว่า สิ่งนั้นเป็นความต้องการส่วนรวมหรือเป็นประโยชน์สาธารณะ

2) มิติที่สอง คือ มิติทางตัวบุคคลผู้มีความต้องการ ถ้ารัฐทำสิ่งนั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของรัฐ เช่น เพื่อหารายได้ เรียกกิจกรรมของรัฐประเภทนี้ว่า “กิจกรรมเพื่อกำไรให้มากที่สุด” ซึ่งโดยปกติแล้วไม่ถือว่าเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ จึงไม่ถือเป็นบริการสาธารณะ เว้นแต่จะเป็นการหากำไรมาเพื่อทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการคนส่วนใหญ่ แต่ถ้าวรรณการดำเนินการทำสิ่งนั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ โดยเรียกกิจกรรมของรัฐประเภทนี้ว่า “กิจกรรมเพื่อให้บริการให้มากที่สุด” ซึ่งแสดงให้เห็นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะชัดเจนยิ่งขึ้น

4.3.2 สิทธิเสรีภาพของประชาชน

4.3.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองเสรีภาพนั้น อาจเป็นสิทธิด้วยซึ่งมักเรียกรวม ๆ กันไปว่า สิทธิและเสรีภาพ

4.3.2.2 การรับรองสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรวมกันทั้งสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิพลเมืองซึ่งได้แก่ เสรีภาพทางการเมือง เช่น การเลือกตั้งจะดำเนินไปได้เป็นอย่างดีก็ต่อเมื่อสิทธิมนุษยชนได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ เช่น สิทธิในความมั่นคงปลอดภัยของชีวิต ร่างกาย เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐอาจบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ในระดับที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องสิทธิเสรีภาพของแต่ละสังคมเป็นสำคัญ

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้แบ่งระดับการให้หลักประกันหรือรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ 3 ประเภท คือ

1) การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างเด็ดขาด คือ การไม่ยอมให้ออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพเลย เช่น บทบัญญัติที่รับรองถึงเสรีภาพเกี่ยวกับศาสนาของรัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับ

2) รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างเป็นกลาง คือ การยอมให้มีการตัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้บางประการ โดยการออกกฎหมายเฉพาะบางประเภท หรือเฉพาะบางกรณี หรือบางเงื่อนไข

3) รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย คือ ยอมให้มีการออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพได้เสมอ ตัวอย่างเช่น ในเรื่องเสรีภาพในการร่วมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันมิให้มีการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายที่จะไปจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้ ต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยเจตนาร่วมกันของประชาชนผ่านทางรัฐสภา ซึ่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชกำหนด¹

4.3.3 การประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

กฎหมายมหาชนมีหน้าที่สร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐและหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่รับผิดชอบ กับสิทธิของปัจเจกชน เพื่อให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสมไม่หนักไปข้างใดข้างหนึ่ง เพราะถ้านักไปทางใดทางหนึ่งก็จะเกิดความเสียหายขึ้นได้

ดังนั้น หน้าที่ของกฎหมายมหาชน จึงต้องพิจารณาให้เหตุผลความจำเป็นวิธีดำเนินการ และประสิทธิภาพของฝ่ายปกครองไปพร้อม ๆ กับสัดส่วนในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเสมอ

¹จิรนิติ หะวานนท์, “หลักความชอบด้วยกฎหมาย,” เอกสารประกอบการบรรยายภาคหนึ่ง สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปีการศึกษา 2549, กรุงเทพมหานคร, 23 มิถุนายน 2549.



5. นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

5.1 ความหมาย¹

นิติวิธี คือ วิธีการทางกฎหมายซึ่งกฎหมายแต่ละประเภทจะมีระบบวิธีคิดและการวิเคราะห์ปัญหาตามปรัชญาพื้นฐานและวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละประเภทนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า นิติวิธี คือ วิธีการทางกฎหมายซึ่งมีระบบวิธีคิดและมีการวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในแนวทางของกฎหมาย นิติวิธีจึงเป็นการมองปัญหาหรือเป็นการวิเคราะห์ปัญหาจากทัศนะของนักกฎหมาย

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน หมายถึง วิธีการทางกฎหมายที่มีระบบวิธีคิดวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายมหาชน เพื่อให้สอดคล้องสามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์และเพื่อให้ได้มา ซึ่งความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชน

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน² หมายถึง หลักหรือแบบแผนของการคิดวิเคราะห์หรือการพิจารณาปัญหาอย่างเป็นระบบในเรื่องทางกฎหมายมหาชน ตามแนวทางหรือตามแบบแผนของกฎหมายมหาชน กล่าวอีกนัยว่า เป็นหลักวิธีคิดและมองปัญหารวมทั้งแก้ไขปัญหาทางกฎหมายมหาชน ที่เกิดจากการที่คู่กรณีมีฐานะไม่เท่ากัน เพราะฝ่ายหนึ่งเป็น “รัฐ” หน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งอยู่ในฐานะสูงกว่า มีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือเอกชน

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนโดยทั่วไปจะมี 2 ระดับ คือ นิติวิธีทั่วไปซึ่งเป็นนิติวิธีสำหรับนักกฎหมายมหาชนทุกสาขา กับนิติวิธีเฉพาะซึ่งเป็นนิติวิธีในฐานะใด-ฐานะหนึ่ง

¹ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา ปรัชญาและกฎหมายมหาชน (LA 730) (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 58-59.

² คีรติ วรรณสมาคม, กฎหมายมหาชนแนวประยุกต์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 149.

นักกฎหมายมหาชนในทุกสาขาจะต้องใช้นิติวิธีทั่วไปในเรื่องของกฎหมายมหาชนไม่ว่าจะเป็นการวิเคราะห์เพื่อการใด เช่น เพื่อการใช้กฎหมาย เพื่อการตีความกฎหมาย เพื่อการบัญญัติกฎหมาย เพื่อการตัดสินหรือว่าเพื่อการศึกษาก็ตาม เพราะว่าการคิดวิเคราะห์ตามแบบแผนของกฎหมายมหาชนทำให้สามารถแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายอื่น นิติวิธีจึงมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับนักกฎหมายมหาชนทุกฐานะ

5.2 ประเภทของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

นิติวิธีทั่วไปทางกฎหมายมหาชน แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติวิธีหลัก กับนิติวิธีประกอบ

5.2.1 นิติวิธีหลัก¹ คือ วิธีการทางกฎหมายซึ่งเป็นวิธีหลักในการวิเคราะห์เรื่องนั้น ๆ ในที่นี้ คือ การวิเคราะห์ปัญหากฎหมายมหาชนในแนวทางของกฎหมายมหาชน อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักของวิธีการในการพิจารณาปัญหาในแนวทางของกฎหมายมหาชน ซึ่งนิติวิธีหลักยังแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติวิธีเชิงปฏิเสธ และนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์

5.2.1.1 นิติวิธีเชิงปฏิเสธ คือ การห้ามนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงกับปัญหาในเรื่องของกฎหมายมหาชน

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมีความมุ่งหมายเพื่อให้สามารถคิดวิเคราะห์ปัญหาในเรื่องของกฎหมายมหาชนได้อย่างมีเหตุผลสอดคล้องกับระบบของกฎหมายมหาชน นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน จึงเป็นเครื่องมือในการเข้าถึงจุดอันเป็นแก่นสารของปัญหาทางกฎหมายมหาชน และสามารถใช้กฎหมายมหาชนได้อย่างเป็นระบบ เพราะเหตุว่ากฎหมายแต่ละประเภทย่อมมีปรัชญาพื้นฐานและวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน

ในประเทศที่มีระบบศาลคู่ซึ่งระบบกฎหมายมหาชนกับระบบกฎหมายเอกชนแยกออกจากกันนั้น นักกฎหมายมหาชนจะไม่นำหลักกฎหมายเอกชนซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและเสรีภาพมาใช้โดยตรงกับนิติสัมพันธ์ที่รัฐ

¹ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, เรื่องเดิม, หน้า 59-63.

หรือฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีกับเอกชน ถ้าต้องการจะให้นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองกับเอกชนอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันในเรื่องใด ก็จะมีกฎหมายพิเศษแยกออกไปจากกฎหมายมหาชน เพราะกฎหมายมหาชนนั้นมีทฤษฎี มีแนวคิด และมีหลักกฎหมายของกฎหมายมหาชนเอง และกฎหมายมหาชนต้องมีสาส์นพิเศษทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทโดยใช้นิติวิธีพิเศษในแบบของกฎหมายมหาชนด้วย นิติวิธีที่ใช้ในประเทศที่มีระบบศาลคู่ นั้น จะยึดหลักประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนบุคคล แต่จะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายใช้อำนาจรัฐอย่างเคร่งครัด แต่นิติวิธีในประเทศที่มีระบบศาลเดี่ยว คือ มีศาลยุติธรรมประเภทเดียว ในระบบนี้ตามปกติจะยึดหลักความเท่าเทียมกันของคู่กรณีที่มิใช่นิติสัมพันธ์ต่อกัน แต่จะแยกให้รัฐหรือฝ่ายปกครองมีฐานะเหนือกว่าเอกชน โดยเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยการออกกฎหมายเฉพาะมาให้อำนาจกับรัฐหรือฝ่ายปกครองในเรื่องนั้น

สาระสำคัญของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนเชิงปฏิเสธร ได้แก่ การไม่นำกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงในกฎหมายมหาชน เมื่อพิจารณาด้วยเหตุผลและโดยสภาพของลักษณะกฎหมายเอกชนแล้ว จะเห็นได้ว่า ลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้นมีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชน ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้จึงไม่อาจนำกฎหมายเอกชนไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายเอกชน วิธีการใช้การตีความ หรือวิธีการอย่างอื่นใดที่ใช้สำหรับกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงได้กับปัญหาในกฎหมายมหาชน แต่อาจนำแนวความคิด ทฤษฎี หรือหลักกฎหมายบางอย่างมาประยุกต์ใช้ในกฎหมายมหาชนได้หรืออาจจะนำมาใช้ได้โดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพของปัญหาทางกฎหมายมหาชน

ในการปฏิเสธโดยไม่นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ในกฎหมายมหาชน จะมีวิธีการปฏิเสธอยู่ 2 ระดับ คือ การปฏิเสธในระดับองค์กรและวิธีพิจารณา และการปฏิเสธในระดับหลักกฎหมายพิเศษที่จะนำมาใช้ในกฎหมายมหาชน

1) การปฏิเสธในระดับองค์กรและวิธีพิจารณา

ระบบศาลคู่ซึ่งแบ่งแยกระบบศาลปกครองออกจากระบบศาลยุติธรรมกับระบบศาลเดี่ยว ซึ่งมีแต่ศาลยุติธรรมเพียงประเภทเดียวนั้นจะมีวิธีปฏิเสธ

ในระดับองค์กรและวิธีพิจารณาที่แตกต่างกัน คือ ในระบบศาลจะใช้วิธีการเน้นเอกสิทธิ์และอำนาจของฝ่ายปกครอง โดยจะติดตามควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังที่ได้ทำนิติกรรมทางปกครองไปแล้ว และใช้วิธีการควบคุมโดยศาลพิเศษที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรม เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลภาษีอากร เป็นต้น โดยที่ศาลดังกล่าวนี้จะแยกออกจากศาลยุติธรรมเป็นระบบศาลอีกระบบหนึ่ง ตัวอย่างเช่นในประเทศฝรั่งเศสจะมีศาลยุติธรรมกับศาลปกครองที่แยกจากกันทั้งระบบ โดยมีศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดในกฎหมายเอกชน และมีสภาแห่งรัฐเป็นศาลสูงสุดในคดีปกครอง และมีศาลคดีขัดกันทำหน้าที่ในการชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจศาล

ส่วนการปฏิเสธรูปแบบในการพิจารณา คือ การใช้วิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลยุติธรรมจะใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญา แต่ในศาลปกครองใช้กฎหมายจากการบัญญัติและจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐกำหนดเป็นวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ในระบบศาลเดี่ยว ศาลยุติธรรมจะพิจารณาคดีทุกประเภททั้งที่เป็นคดีตามกฎหมายมหาชนและที่เป็นคดีตามกฎหมายเอกชน วิธีการของระบบนี้รัฐสภาจะบัญญัติกฎหมายออกมา 2 แนวทางด้วยกันเพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างในกฎหมายมหาชน กล่าวคือ

แนวทางแรก คือ การให้ความสำคัญกับการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนการกระทำทางปกครองโดยกำหนดขั้นตอนและกระบวนการต่าง ๆ ให้ฝ่ายปกครองต้องยึดถืออย่างเคร่งครัด เช่น การรับฟังความคิดเห็นของสาธารณชน การให้เอกชนสามารถดูข้อมูลของทางราชการได้ การให้เอกชนสามารถนำพยานหลักฐานเข้าสืบหักล้างการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่จะเป็นโทษแก่เอกชนได้ เป็นต้น

แนวทางที่สอง คือ การเพิ่มการควบคุมทางอื่นที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรมเพื่อให้การกระทำของฝ่ายปกครองมีความชอบด้วยกฎหมาย พร้อม ๆ ไปด้วยการตอบสนองประโยชน์สาธารณะได้

2) การปฏิเสธรูปแบบการสร้างกฎเกณฑ์พิเศษสำหรับนิติสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชน

ในระบบศาลคู่ เช่น ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งมีศาลพิเศษนั้นจะมีผู้พิพากษาที่มีความรู้ มีความชำนาญอย่างมากและมีประสบการณ์สูง ในกฎหมายมหาชน ศาลเหล่านี้จึงพยายามสร้างกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะกฎหมายปกครองขึ้นมาอย่างเป็นระบบ โดยมีทฤษฎีแนวความคิดหลักกฎหมายซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเอกชนเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องที่มีความสัมพันธ์สอดคล้องและกลมกลืน

กฎเกณฑ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องเหล่านี้เกิดขึ้นมาจากการประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักกฎหมายเอกชนบางเรื่องศาลก็อาจนำมาเป็นแนวทางได้บ้าง โดยจะปรับให้สอดคล้องกับการประสานประโยชน์ของสาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนให้มากที่สุด การทำกฎหมายมหาชนให้เป็นระบบ สามารถเข้าใจได้ง่ายและอธิบายได้อย่างมีเหตุผลสอดคล้องเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลพิเศษเหล่านี้ และนักกฎหมายมหาชนในระบบนี้ก็จะผู้นำคำพิพากษาที่ตัดสินโดยศาลพิเศษมาอธิบายโดยเชื่อมโยงกับคำพิพากษาเรื่องอื่น ๆ เพื่อแสดงหลักกฎหมาย แสดงข้อยกเว้น วิพากษ์วิจารณ์ และเสนอแนะ จึงทำให้การทำความเข้าใจในกฎหมายมหาชนเป็นไปได้โดยสะดวกและง่ายมากยิ่งขึ้น

ส่วนในระบบศาลเดี่ยวหรือในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จะมีกฎหมายพิเศษที่เป็นกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ เพื่อให้ฝ่ายปกครองต้องยึดถือปฏิบัติตามขั้นตอนของกระบวนการและรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ด้วยวิธีการนี้จึงทำให้ศาลสามารถควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองก่อนตัดสินใจทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา ตัวอย่างหลักกฎหมายพิเศษกรณีหนึ่ง คือ เรื่องการขาดคุณสมบัติของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง และผู้นั้นได้กระทำการไปโดยสุจริต ต่อมาภายหลังบุคคลนั้นได้พ้นจากตำแหน่งไป การกระทำในระหว่างที่ยังไม่พ้นจากตำแหน่งก็ไม่เสียไป กรณีนี้ถ้าหากพิจารณาโดยยึดหลักกฎหมายทางแพ่งแล้วจะต้องถือว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจและย่อมไม่ผูกพันหน่วยงาน แต่ในทางกฎหมายมหาชนนั้นมีความจำเป็นพิเศษที่จะให้การกระทำในลักษณะเช่นนี้ยังคงมีผลอยู่ เพราะจะเกิดความเสียหายกับหลักสำคัญอย่างน้อย 2 หลัก กล่าวคือ หลักในเรื่องความต่อเนื่องของระบบ-

ราชการ และหลักในเรื่องความมั่นคงของนิติสัมพันธ์ ซึ่งผลเสียหายที่ตามมาจะมากมาย และส่งผลกระทบไปไกลมาก เรื่องที่คล้ายคลึงกันนี้ในประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐได้สร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมาที่เรียกว่า “ข้าราชการในความเป็นจริง” แต่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ถ้าศาลไม่ใช่ผู้สร้างหลักกฎหมายมหาชน ก็ต้องเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายไว้ให้ชัดเจนเป็นเรื่อง ๆ ไป

5.2.1.2 นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์¹ คือ การคิดวิเคราะห์โดยการสร้างสิ่งใหม่ ๆ ขึ้นมา ได้แก่ การสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมาใช้กับกรณีอันเป็นปัญหาที่เกิดขึ้น คล้ายกับการสร้างหลักกฎหมายโดยศาลในแบบ Common Law ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติที่ใช้อยู่ ไม่มีบทบัญญัตินั้น ๆ ยึดหลักการประสานความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น

หลักเรื่องสิทธิป้องกันตนเอง ในการมีหน่วยงาน เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครอง จะเปิดโอกาสให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิเพื่อป้องกันตนเอง เช่น มีสิทธินำพยานหลักฐานมาหักล้าง มีสิทธิอุทธรณ์จนเอกสารได้

หลักเรื่องความเสมอภาค ในเรื่องบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นมาให้แก่ประชาชนทุก ๆ คน ไม่เลือกปฏิบัติต่อคนบางกลุ่มบางพวกเท่านั้น จึงเป็นหลักที่ทุกคนมีสิทธิเข้าถึงและจะได้รับบริการสาธารณะของรัฐได้

5.2.2 นิติวิธีประกอบ² คือ วิธีคิดวิเคราะห์ในทางกฎหมายมหาชนเพื่อช่วยให้สามารถเข้าถึงนิติวิธีหลักได้รวดเร็วและมีความถูกต้องยิ่งขึ้น กล่าวคือ เป็นการหาทางหาหลักต่าง ๆ ที่จะนำมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาด้านกฎหมายมหาชน จึงเปรียบได้กับการเดินออกจากแนวทางนิติวิธีหลักแต่ใช้ทางเดินสำรองหรือเส้นทางอ้อม เพื่อให้เกิดผลดีในการใช้ การตีความกฎหมายมหาชนนั่นเอง ตัวอย่างนิติวิธีประกอบ ได้แก่

การเปรียบเทียบกฎหมาย หมายถึงการนำเอาหลักกฎหมายของประเทศหนึ่งมาปรับใช้กับอีกประเทศหนึ่ง จึงต้องมีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแล้วนำมาสร้างมาปรับกับหลักกฎหมายของตน ทั้งนี้การเปรียบเทียบในหลายระดับได้แก่ การศึกษา

¹ดิเรก วรรณาคม, เรื่องเดิม, หน้า 150-151.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 153-154.



เปรียบเทียบเพื่อนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย มักใช้ในการยกร่างกฎหมายขึ้นมาใช้ใหม่ หรือปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่แล้วให้ทันสมัยยิ่งขึ้น เช่น การนำหลักทางกฎหมาย ด้านการค้าระหว่างประเทศมาใช้ในกฎหมายภายในประเทศ หลักในเรื่องลิขสิทธิ์ เป็นต้น ตลอดจนการเปรียบเทียบเพื่อการปฏิรูปกฎหมาย

นอกจากนี้แล้ว อาจมีการศึกษาเปรียบเทียบในอีกหลายด้าน เช่น การเปรียบเทียบเพื่อการตีความ ในกรณีกฎหมายมีช่องว่าง คลุมเครือ ไม่ชัดเจน ผู้ใช้อาจต้องเข้าใจหลักการตีความกฎหมายให้ถูกต้องเพื่อการตีความเกิดผลที่ถูกต้องชอบธรรม

การเปรียบเทียบกฎหมายมหาชนอาจเป็นเรื่องการนำ หักห้ามหลักการที่ดีของกฎหมายมหาชนที่มีอยู่ในประเทศต่าง ๆ ไม่เฉพาะแต่เป็นระบบกฎหมายเดียวกัน แม้แต่กฎหมายต่างระบบกันก็มีการถ่ายเท ถูกลำมาใช้อีกประเทศหนึ่งอยู่เสมอ ๆ เช่น ระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วนแบบแบ่งเขต แบบรวมเขต การให้มีองค์กรใหม่ในกฎหมายมหาชน เช่น ให้มีศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองขึ้น การนำหลักองค์กรอิสระของรัฐจากประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศฝรั่งเศสมาตั้งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญของไทย เป็นต้น

6. แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจอรัฐ

รัฐตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นรัฐที่ยอมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง ซึ่งเรียกว่า Legal State ดังนั้น ฝ่ายปกครองของรัฐสมัยใหม่จึงต้องไม่ดำเนินการปกครองตามอำเภอใจ¹ อีกทั้งฝ่ายปกครองของรัฐจะต้องไม่ใช้อำนาจไป ลิดรอนสิทธิเสรีภาพ หรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่ประชาชน ในทางกลับกันฝ่ายปกครองของรัฐจะต้องกระทำการเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ประชาชนโดยรวมและเสมอภาค จากสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมือง ในแต่ละสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว จึงเป็นผลให้ต้องมีการบัญญัติกฎหมายปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการกระทำ

¹ โทคิน พลกุล, “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 12 (มิถุนายน 2524): 39.

การประกอบวิชาชีพต่าง ๆ และการดำรงชีวิตอยู่ของประชาชน กฎหมายปกครองเหล่านี้ จึงได้ไปกระทบสิทธิเสรีภาพในทางด้านร่างกาย ทรัพย์สิน การประกอบอาชีพธุรกิจต่าง ๆ ของประชาชนและครอบคลุมถึงกิจกรรมทุกประเภทของประชาชน ดังนั้น การวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ได้ใช้อำนาจตามอำเภอใจอยู่เสมอ ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยสั่งการได้ทันที โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจจากคำพิพากษาของศาล จึงทำให้เกิดความไม่สมดุลกันในทางความสัมพันธ์ ระหว่างฝ่ายปกครองของรัฐกับประชาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือผู้อยู่ใต้การปกครอง ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงได้เปรียบในเรื่องความสัมพันธ์โดยทั่วไป

จากหลักการและเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการจัดระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองและหากลไกในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้มีประสิทธิภาพสูงสุด และเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง อีกทั้งเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่ไปกับการบริการสาธารณะด้วย

6.1 ความเป็นมาของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

รัฐสมัยใหม่ที่มีโครงสร้างทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานการผลิตแบบทุนนิยม หรือเสรีนิยม การต่อสู้เพื่อสิทธิเสรีภาพของชนชั้นกลางให้สิทธิประโยชน์ของตนได้รับการคุ้มครองมากที่สุด เพื่อมิให้สิทธิและประโยชน์นั้นต้องเสียหายไป เพราะการใช้อำนาจการปกครองของกษัตริย์และขุนนางทั้งหลาย การต่อสู้จึงออกมาในรูปแบบต่าง ๆ เช่น Magna Carta และกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ ในประเทศอังกฤษ และประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส และกฎบัตรสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

แนวความคิดแห่งการคุ้มครองในสิทธิของชนชั้นกลางดังกล่าว จึงเป็นหัวใจแห่งการพัฒนาทางด้านการบริหาร และการปกครองของประเทศตะวันตกมานานหลายศตวรรษ ประเทศต่าง ๆ จึงหากลไกและวิธีการที่จะคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ รูปแบบกลไกตลอดจนเทคนิคต่าง ๆ ในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของ

ฝ่ายปกครองได้รับการพัฒนามาเป็นลำดับอาจจะคล้ายคลึงหรืออาจจะแตกต่างกันบ้าง ย่อมอยู่ที่แนวความคิดตลอดจนประวัติศาสตร์ของสังคมนั้น ๆ แต่วัตถุประสงค์หลักที่เป็นจุดร่วม คือ ทำอย่างไรจึงจะสามารถควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ไปในทางที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายหรือกระทบต่อสิทธิและประโยชน์ของประชาชนที่จะพึงมีพึงได้ หรือคุ้มครองหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองให้ดีที่สุด

6.2 วัตถุประสงค์ของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นมาตรการป้องกันในระบบการบริหารที่กำหนดขึ้น เพื่อให้สามารถควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบเขตแห่งอำนาจที่กฎหมายกำหนดโดยคำนึงถึงสิทธิประโยชน์ที่ประชาชนพึงได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานฝ่ายปกครองของรัฐเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองของรัฐและเป็นองค์กรขนาดใหญ่ การดำเนินกิจการทั้งหลายจึงมีขอบเขตกว้างขวางมาก มีการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสลับซับซ้อน ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนเป็นหลัก รวมทั้งเพื่อสนองตอบต่อความต้องการของประชาชนด้วย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การรักษาสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดิน การจัดทำเพื่อบำรุงส่งเสริม เช่น กิจการอันเป็นสาธารณูปโภค และสาธารณูปการต่าง ๆ ดังนั้น การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิประโยชน์ของประชาชนได้ จึงได้มีระบบควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่เป็นวิธีการหนึ่งในทางป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติงานตามอำเภอใจ อันเป็นการขัดต่อกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ หรือเป็นการป้องกันมิให้ปฏิบัติหน้าที่เกินไปกว่าขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ที่พึงมี ทั้งนี้เพื่อมิให้ประชาชนเสียสิทธิประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ก็เพื่อทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างงานของรัฐกับสิทธิและประโยชน์ของประชาชน

6.3 หลักการของระบบการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่มีวัตถุประสงค์ให้เกิดดุลยภาพระหว่างการบริหารงานของรัฐกับสิทธิประโยชน์ของประชาชนเป็นหลัก แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้น จำเป็นต้องมีหลักการของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ดังนั้น ระบบการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐประชาธิปไตย จึงเป็นระบบสำคัญที่เป็นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะขาดเสียมิได้ และความสำเร็จหรือความล้มเหลวของการปกครองโดยกฎหมายที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของผู้มีอำนาจก็ดี แต่ขึ้นอยู่กับระบบการตรวจสอบควบคุมองค์กรทั้งหลายที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้นั่นเอง ซึ่งระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ดีควรจะต้องมีลักษณะ ดังนี้

6.3.1 ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ ควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เนื่องจากเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างทั่วถึงและอย่างจริงจัง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบ จึงต้องมีหลายองค์กร เพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐที่มีหลากหลายมีประสิทธิภาพ เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือมีน้อยขององค์กร อาจไม่พอเพียงต่อการตรวจสอบดูแลกิจกรรมของรัฐในทุกด้านได้ แต่องค์กรที่มาทำหน้าที่ในการตรวจสอบนั้น จะต้องไม่ซ้ำซ้อนกันแต่จะต้องมาทำหน้าที่เสริมซึ่งกันและกัน และไม่มีประเทศใดในโลกที่มีระบบการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐเพียงองค์กรเดียว แต่จะใช้หลายรูปแบบผสมกันเสมอ

6.3.2 องค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบต้องมีความเป็นอิสระ ในระบบการตรวจสอบ องค์กรที่จะเข้ามาตรวจสอบการกระทำหรือการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องมีความเป็นอิสระและองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบนั้น จะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย สิ่งที่สำคัญยิ่งที่จะทำให้การควบคุมโดยองค์กรดังกล่าวเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ คือ การได้มาซึ่งบุคคลที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบที่มีคุณสมบัติเหมาะสม การกำหนดวิธีดำเนินการหรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบในลักษณะอิสระเป็นกลางและถูกตรวจสอบได้ ซึ่งถ้าองค์กรที่มาทำหน้าที่ในการควบคุมการใช้อำนาจ



อำนาจขององค์กรอื่นหรือบุคคลอื่นไม่อาจถูกตรวจสอบควบคุมได้ก็อาจจะกลายเป็น
ผู้ใช้อำนาจควบคุมที่ไม่ชอบเสียเอง

6.3.3 ปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่
องค์กรได้อย่างกว้างขวาง แต่การให้สิทธิแก่ประชาชนในการตรวจสอบควบคุมการใช้
อำนาจรัฐ จะต้องไม่กว้างขวางเกินไปจนไม่มีขอบเขต ซึ่งจะทำให้การบริการสาธารณะ
ของเจ้าหน้าที่ของรัฐถูกขัดขวางได้โดยผลประโยชน์ส่วนตัวของคนเพียงบางคน ดังนั้น
จึงมีหลักว่า เฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยง
ได้จากการใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาให้องค์กรควบคุมพิจารณาได้¹

6.3.4 ระบบการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ นอกจากรัฐ
จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหรือหลักนิติรัฐแล้ว รัฐสมัยใหม่ยังต้องเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย
ซึ่งเป็นรัฐที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรมอีกด้วย ดังนั้น การดำเนินการใด ๆ ของ
รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของ
ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้การปกครองของรัฐมิได้ ถึงแม้การกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครอง
สิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรม ชื่อเสียงหรือเกียรติยศของบุคคลใดหรือเพื่อ
ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม ยกเว้นจะมีกฎหมายบัญญัติให้
อำนาจไว้ และได้กระทำการไปภายในขอบเขตของอำนาจแห่งกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งกรณีนี้
ถือได้ว่า กฎหมายนั้นเป็นทั้งที่มาและแหล่งอำนาจด้วย

จากหลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้นจะมีผลบังคับได้อย่างจริงจังในทาง
ปฏิบัติก็ต่อเมื่อ มีระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของรัฐหรือ
เจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการดำเนินกิจการทั้งหลาย หรือการกระทำทางปกครอง แต่การควบคุม
การใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหลายระบบและโดยหลักใหญ่แล้วสามารถ
จำแนกออกได้เป็น 2 ระบบ คือ ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และ
ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

¹ ภูริชญา วัฒนรุ่ง และกิจปติ ก้องเบญจภูษ, เรื่องเดิม, หน้า 165.

6.3.4.1 ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง เป็นการควบคุมตามลำดับชั้นของสายการบังคับบัญชา ซึ่งเป็นการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่โดยผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในตำแหน่งสูงสุด อันถือได้ว่าเป็นกลไกสำคัญในการควบคุมความประพฤติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการเสริมสร้างให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือระเบียบที่ได้วางไว้ คือ เป็นวิธีการป้องกันการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมิชอบในหน่วยงานได้อีกทางหนึ่ง ตามปกติการควบคุมโดยวิธีการนี้จะไม่มีวิธีการที่แน่นอนและไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาท การร้องเรียนในลักษณะนี้อาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้ที่ดำเนินการหรือสั่งการนั้นเองหรืออาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้ที่รับผิดชอบสูงกว่าผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการนั้น ซึ่งระบบการควบคุมดังกล่าวนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) การควบคุมบังคับบัญชา

การควบคุมบังคับบัญชา เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจของตนที่มีอยู่ตามกฎหมายตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมของการกระทำต่าง ๆ ของผู้ที่อยู่ใต้การบังคับบัญชาและหากผู้บังคับบัญชาเห็นว่า การกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชานั้นก็มีอำนาจที่จะให้ยกเลิกเพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้น ๆ เสียก็ได้ โดยอำนาจของผู้บังคับบัญชานี้ สามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบใด ๆ บัญญัติให้อำนาจโดยเฉพาะ

2) การกำกับดูแล

การกำกับดูแลเป็นกรณีที่องค์กรการปกครองส่วนกลาง หรือองค์กรของการปกครองส่วนภูมิภาคใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรส่วนท้องถิ่น และรวมตลอดถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรมหาชน หรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งความแตกต่างของการควบคุมบังคับบัญชากับการกำกับดูแลนั้นมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดขึ้นจากการจัดระเบียบภายในหน่วยราชการหรือหน่วยงานนั้นโดยไม่จำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ส่วนอำนาจกำกับดูแล จะเป็นการควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนและเป็นอำนาจที่จะต้องมิบัพัญญติของกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งการใช้อำนาจในการกำกับดูแลนั้น ผู้ที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลจะใช้อำนาจควบคุมเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ดังสุภาษิตที่ว่า “ไม่มีการกำกับดูแลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจและไม่มีการกำกับดูแลเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้”

(2) ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจในการควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของตนนั้น สามารถควบคุมได้ทั้งในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมาย และในเรื่องของความเหมาะสม แต่ผู้ที่ทำหน้าที่กำกับดูแล จะมีอำนาจกำกับดูแลได้ก็เฉพาะในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จะไปควบคุมความเหมาะสมของการกระทำนั้น ๆ มิได้ มิฉะนั้นจะกลายเป็นการทำลายความเป็นอิสระขององค์กรส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนได้ และจะเป็นการจัดต่อหลักการกระจายอำนาจ

6.3.4.2 ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แบ่งการควบคุมโดยทางรัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัติและการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล¹

1) การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจกระทำได้หลายวิธี คือ การควบคุมในด้านนโยบายของรัฐบาล การควบคุมในด้านการใช้จ่ายเงินงบประมาณ การควบคุมโดยการตั้งกระทู้ถามรัฐบาล การควบคุมโดยการขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล การควบคุมในด้านนโยบายของรัฐบาล สามารถจะทำหน้าที่ควบคุมการบริหารงานของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาโดยอำนาจ

¹ถาวร เกียรติทับทิว, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 312-316.

การควบคุมการบริหารงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐมักจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมในด้านการใช้จ่ายงบประมาณ รัฐสภาจะเป็นผู้พิจารณาอนุมัติงบประมาณตามที่ฝ่ายบริหารได้ตั้งงบประมาณทั้งหมด หรืออาจจะตัดทอนบางส่วนได้ การควบคุมโดยการตั้งกระทู้ถามรัฐบาล ในระบบรัฐสภา รัฐสภามีสิทธิที่จะตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีถึงการบริหารงานที่อยู่ในอำนาจหน้าที่รัฐมนตรีนั้น ๆ รับผิดชอบได้หรืออาจจะตั้งกระทู้ถามนายกรัฐมนตรีในปัญหาเชื่อมโยงระหว่างประชาชนกับรัฐบาลได้ การควบคุมโดยการขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล รัฐสภามีสิทธิที่ไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายตัวในการบริหารงานของรัฐบาลโดยตรงได้

2) การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยองค์กรตุลาการหรือศาลนั้น เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายให้เอกชนซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครอง มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่า การกระทำนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้นั้น และการกระทำนั้นมีชอบด้วยกฎหมายขอให้ยกเลิกเพิกถอนการกระทำนั้นหรือให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายให้แก่ตนแล้วแต่กรณี การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยองค์กรตุลาการนั้นจะเป็นกรณีที่อาศัยอำนาจตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่นี้จะแบ่งออกได้เป็นสองระบบ คือ ระบบศาลเดี่ยว และระบบศาลคู่

(1) ระบบศาลเดี่ยว เป็นระบบที่มอบอำนาจให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีทุกชนิดซึ่งรวมถึงคดีปกครองด้วย โดยระบบนี้จะมีศาลคดีปกครองชั้นต้นเป็นศาลชำนาญพิเศษ ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยเฉพาะแยกจากศาลชั้นต้นอื่น เช่น ศาลแพ่ง ศาลอาญา ศาลภาษี ศาลแรงงาน แต่จะมีศาลสูงเพียงศาลเดียวเท่านั้น ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบคำพิพากษาของศาลล่างทุกศาล รวมทั้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นด้วย และในศาลฎีกาอาจมีองค์คณะหนึ่งซึ่งได้รับมอบหมายให้ควบคุมคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น โดยเฉพาะก็ได้

(2) ระบบศาลคู่ เป็นระบบที่มีศาลปกครอง แยกต่างหากจาก ศาลยุติธรรมอย่างสิ้นเชิง โดยศาลปกครองจะมีศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด เป็นเอกเทศ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่พอใจคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นก็ต้อง อุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดและเมื่อศาลปกครองสูงสุดพิพากษาแล้วคดีเป็นอันถึงที่สุด¹

7. หลักเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง

7.1 แนวความคิดเกี่ยวกับเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง²

รัฐสมัยใหม่ ซึ่งเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นเอง และได้ยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในเรื่องของการกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด ซึ่งการยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ของรัฐดังกล่าว มีผลเป็นการจำกัดอำนาจรัฐ โดยการให้อำนาจของรัฐนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ในระบบศาลเดิวนักกฎหมายมักจะมีแนวโน้มในการใช้กฎหมายเอกชนเป็นหลักในการตีความกฎหมาย ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับโดยปริยายว่า ปัจเจกชนที่มีประโยชน์ส่วนตนเป็นหลักต้องเท่าเทียมกับฝ่ายปกครอง ซึ่งได้ทำกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะเพราะเป็นการนำกฎหมายเอกชนมาใช้กับฝ่ายปกครองทุกเรื่องเท่ากับการปฏิบัติลักษณะพิเศษและความสำคัญของประโยชน์สาธารณะเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคลนั่นเอง แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่มีระบบกฎหมายใดที่จะถือว่า ฝ่ายปกครองเท่าเทียมกับฝ่ายเอกชน แต่เมื่อทัศนะของนักกฎหมายในระบบนี้เป็นอย่างนี้ การที่จะให้ฝ่ายปกครองและประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือปัจเจกชนและประโยชน์ส่วนตัว คงมีอยู่ทางเดียว คือ การให้รัฐสภาออกกฎหมายมาเป็นพิเศษโดยให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในแต่ละเรื่อง ๆ ไป โดยเฉพาะในปัจจุบันนี้ยังมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นมามากเท่าใด

¹ ธรรมนูญ สมศักดิ์, “วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครอง,”

(วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), หน้า 17-28.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม, หน้า 278-280.

เท่ากับทำให้อำนาจของฝ่ายปกครองที่อยู่เหนือเอกชนมากเป็นเงาตามตัวขึ้น ซึ่งแต่ละเรื่องนั้นจะเกิดความจำเป็นแห่งเรื่องที่รัฐสภาออกกฎหมายพิเศษมาให้อำนาจรัฐ และฝ่ายปกครอง ผลที่ตามมาก็คือ การก่อให้เกิดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองขึ้นมา

7.2 ลักษณะของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

การที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้แทนรัฐต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสนองตอบต่อความต้องการของประชาชนคนหมู่มาก ผู้ซึ่งอยู่ใต้การปกครองของรัฐในระบบนิติรัฐ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจำต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ผลทางกฎหมายที่ตามมาก็คือ รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชนที่เรียกว่า “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” ในระบบกฎหมายมหาชน เมื่อรัฐหรือองค์กรของรัฐได้กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ กฎหมายมหาชนจึงมีหน้าที่ยืนอยู่บนความไม่เสมอภาค ความไม่เท่าเทียมกันของกลุ่มหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องอยู่เหนือเอกชนจึงเป็นบ่อเกิดของเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองขึ้น การที่จะแสดงให้เห็นถึงลักษณะของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง จะต้องมีกฎหมายที่จะแสดงถึงวิธีการ จำนวน 3 ระดับ¹ คือ

7.2.1 กิจกรรม และผลทางกฎหมาย

กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการหรือประโยชน์สาธารณะนั้น แบ่งแยกได้เป็น 2 ประการ คือ

7.2.1.1 การใช้อำนาจควบคุมหรือตำรวจทางปกครอง

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชน หรือป้องกัน ไม่ให้เกิดความเสียหายและความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองโดยเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้าในการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่ต้องสมัครใจ หรือเป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยการใช้อำนาสดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจโดยทั่วไป และเป็นการใช้อำนาจเฉพาะ

¹บรรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 300-330.



รายด้วยเมื่อปัจเจกชนเห็นว่า การใช้อำนาจฝ่ายเดียวดังกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย
ปัจเจกชนผู้ได้รับผล กระทบย่อมนำคดีมาสู่ศาลปกครองได้

7.2.1.2 การบริการสาธารณะ

เป็นกิจกรรมที่ทางตำรวจปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวควบคุม
รักษาความสงบเรียบร้อยในรูปของการห้าม การจำกัดเสรีภาพ ซึ่งจะแตกต่างจากกิจกรรม
ของรัฐที่ได้กระทำเพื่อบำบัดความต้องการของส่วนรวม โดยกระทำในรูปของการให้บริการ

7.2.2 วิธีการที่ใช้ในการกระทำกิจกรรมและผลทางกฎหมาย

ตามกฎหมายเอกชนได้ยึดถือในหลักของความเสมอภาค และเสรีภาพ
ในการก่อกำเนิดสัมพันธภาพ โดยวิธีการที่ใช้ในกฎหมายเอกชนเพื่อก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่
ระหว่างเอกชนกับเอกชน นั่นคือ สัญญา แต่ในระบบกฎหมายมหาชนนั้น ฝ่ายปกครองมี
สิทธิเลือกใช้วิธีการต่าง ๆ ตามความจำเป็นได้อย่างน้อย 3 ประการ คือ

7.2.2.1 การใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้น โดยที่ปัจเจกชน
ไม่ต้องสมัครใจหรือนิติกรรมทางปกครอง

7.2.2.2 การใช้อำนาจฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชนหรือสัญญา
ทางปกครอง

7.2.2.3 การทำสัญญาในทางแพ่งกับเอกชน ในฐานะเอกชน

จากวิธีการดังกล่าวข้างต้นในสองประการแรกนั้น ฝ่ายปกครองจะมี
เอกสิทธิ์เหนือคู่กรณี คือ ฝ่ายเอกชน เนื่องจากการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ
แต่ผลในทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น ก็จะมีหลักกฎหมายมหาชนเข้ามา
ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายที่เหนือกว่า คือ รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยนิติกรรมทาง
ปกครองนั้นถ้าไม่ถูกต้องในเรื่องของแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือ
กระทำผิดวัตถุประสงค์ หรือเนื้อหาของการกระทำนั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมาย ซึ่งศาล
ก็จะเป็นผู้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นรวมถึงการกระทำที่นอกขอบอำนาจหรือไม่
มีอำนาจด้วย ในส่วนของสัญญาทางปกครองนั้น ต้องใช้หลักการของกฎหมายมหาชน
ในเรื่องของคู่สัญญา และพิจารณาถึงในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จะต้องกระทำการ
เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการบริการสาธารณะ หรือมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง
มากเป็นพิเศษ ในส่วนที่สามของสัญญาในทางแพ่งนั้น ฝ่ายปกครองจะไม่มีเอกสิทธิ์หรือ

เอกสิทธิ์เหนือฝ่ายเอกชนเพราะต้องใช้หลักกฎหมายเอกชนมาบังคับกับสัญญาและต้องขึ้นศาลยุติธรรม

7.2.3 การบังคับตามหลักเอกสิทธิ์¹

ในระบบกฎหมายมหาชน การที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและรัฐเองก็มีอำนาจในการบังคับโดยตรงอยู่แล้วนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจดำเนินการบังคับได้เองตามนิติกรรมทางปกครองหรือตามสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจศาลเข้าไปบังคับแต่อย่างใด ซึ่งการดำเนินการในลักษณะเช่นนี้จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการกระทำไปก่อน คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกระทำการบังคับไปตามนิติกรรมทางปกครองนั้นไปก่อน ถ้าเอกชนเห็นว่าการดำเนินการตามนิติกรรมทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนก็สามารถฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ ถ้าศาลปกครองเห็นว่า การกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าว ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะเพิกถอนการกระทำนั้นหรือพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้

ผลในทางกฎหมายของหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการกระทำไปก่อนที่สำคัญ คือ

ประการที่ 1 การยอมรับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับตามนิติกรรมทางปกครองได้เองตามที่บัญญัติของกฎหมายได้รองรับไว้ โดยที่ไม่ต้องมาใช้อำนาจศาลนั้นเท่ากับมีข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า นิติกรรมทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายอยู่จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลเป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นหน้าที่ของเอกชนที่จะเป็นผู้ฟ้องฝ่ายปกครอง โดยอ้างว่า คำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครอง หรือสัญญาทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่ 2 นับแต่เวลาที่นิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลใช้บังคับไม่ว่าเป็นนิติกรรมที่มีผลเป็นการทั่วไป หรือมีผลเฉพาะรายก็ตาม ก็จะทำให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชน ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าว ทั้งที่ปัจเจกชนไม่ได้สมัครใจด้วย ดังนั้น วิธีการที่จะทำให้นิติกรรมทางปกครอง

¹ ธรรมนูญ สมศักดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 15-17.

นั่นสิ้นผลก็คือ ปัจเจกชนผู้ได้รับผลกระทบจะต้องนำวิธีการทางศาลมาใช้ โดยการฟ้องร้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นเสีย อนึ่งในส่วนการที่ปัจเจกชนไม่ได้ดำเนินการตามที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครอง ปัจเจกชนนั้นอาจถูกดำเนินคดีอาญาได้ และรวมตลอดถึงอาจถูกฝ่ายปกครองบังคับให้ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้ด้วย เช่น อาจทำการรื้อถอนอาคารได้ เป็นต้น

ประการที่ 3 นับแต่เวลาที่นิติกรรมทางปกครองมีผลใช้บังคับ ฝ่ายปกครองย่อมยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้นให้สิ้นผลไปในอนาคตได้นับแต่วันที่ยกเลิกนั้น แต่ถ้าฝ่ายปกครองเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังก็อาจทำได้ในบางกรณี แต่ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบอื่น ๆ ด้วย เช่น ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว เป็นต้น

7.3 ประเภทของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ¹

7.3.1 คำสั่งที่มีผลบังคับทันที เอกชนจะมีความสัมพันธ์กับเอกชนด้วยกันก็ได้ แต่โดยความสมัครใจของกลุ่มหรือโดยการดำเนินการของศาลในขณะที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวของตนเองสร้างความสัมพันธ์ขึ้นได้โดยไม่ต้องรอให้เอกชนคู่กรณีตกลงใจหรือไม่ต้องรอให้ศาลสั่งก่อน อำนาจฝ่ายเดียวที่ฝ่ายปกครองใช้ในการสั่งการนี้เป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการที่จะทำการฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องขอให้ศาลสั่ง ซึ่งหมายถึง เมื่อฝ่ายปกครองมีคำสั่งออกไป คำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นก็จะมีผลบังคับทันที คำสั่งที่มีผลบังคับทันทีที่ฝ่ายปกครองจะนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองทั้งหมดมีรูปแบบที่แตกต่างกัน เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป อันได้แก่ การวางกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป ซึ่งจะได้แก่ อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่มีผลเป็นกฎหมาย ที่ไม่ว่าจะ

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 382-384.

เป็นนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ก็สามารถออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล อันได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งห้าม การอนุมัติ การอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น นอกจากนี้ การสั่งการต่าง ๆ ของตำรวจที่รักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมก็ถือเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับทันทีเช่นกัน

7.3.2 สัญญาทางปกครอง ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญากับเอกชน เพื่อให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะบางประเภท สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองอยู่เหนือเอกชน เช่น อำนาจพิเศษในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรืออำนาจพิเศษในการเลิกสัญญาได้ในทุกเวลา เป็นต้น

7.3.3 อำนาจพิเศษเหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง ทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากการกิจของฝ่ายปกครอง เป็นภารกิจเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น ทรัพย์สินของรัฐที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะจึงต้องรักษาไว้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม

อำนาจพิเศษที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง คือ ผู้ใดจะยึดทรัพย์สินอันเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินไม่ได้ และนอกจากนี้ การครอบครองปรปักษ์เพื่อเอากรรมสิทธิ์ หรือการยกเอาอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับรัฐในเรื่องทรัพย์สินที่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินก็ไม่สามารถทำได้เช่นกัน เช่นเดียวกับที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถโอนทรัพย์สินที่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินให้แก่เอกชนได้หากไม่มีกฎหมายออกมาให้โอนเป็นการเฉพาะกรณี ๆ ไป

กล่าวโดยสรุป การที่ฝ่ายปกครองจะจัดทำบริการสาธารณะให้ได้ผลสมบูรณ์ตามความต้องการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมี “เครื่องมือ” หรือวิธีการพิเศษสำหรับใช้ในการจัดทำ ซึ่งก็ได้แก่มาตรการทางกฎหมายที่จะเป็นตัวกำหนดอำนาจหน้าที่และขอบข่ายงานของฝ่ายปกครอง บุคลากรซึ่งจะเป็นผู้บริหารและดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ทรัพย์สินซึ่งนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นอำนาจที่มีอยู่เหนือเอกชน และเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่จะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปได้ตามความประสงค์ของฝ่ายปกครอง

8. ลักษณะทั่วไปของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง

วัตถุประสงค์หลักของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง คือ การที่ศาลสามารถตัดสินใจโดยผานประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนเข้าด้วยกันอย่างมีคุณภาพเพื่อให้การบริหารราชการมีประสิทธิภาพ ขณะเดียวกันก็สามารถคุ้มครองปกป้องสิทธิเสรีภาพของเอกชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ

ในประเทศฝรั่งเศสมีการจำแนกลักษณะทั่วไปของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองออกเป็น 5 ประการ¹ คือ

8.1 เป็นกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวน

กระบวนการพิจารณาแบบไต่สวน ศาลจะเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเอง ดังจะเห็นได้จากการกำหนดระยะเวลาเพื่อการแสวงหาข้อเท็จจริงในการจัดทำคำให้การ คำคัดค้านคำให้การ คำแถลง ฯลฯ การสั่งให้ฝ่ายปกครองส่งพยานหลักฐานต่าง ๆ ให้ศาล การซักถามคู่กรณีและพยาน เป็นต้น แม้ว่าโดยหลักแล้วระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองจะเป็นแบบไต่สวนแต่ก็มีการนำบางลักษณะในกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหามาใช้ เช่น การฟ้องคดีต้องเป็นการเริ่มของคู่กรณีมิใช่โดยศาล ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาไปตามกรอบของคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้อง เว้นแต่จะเป็นปัญหาเรื่องความสงบเรียบร้อย การใช้หลักกว่าด้วยการโต้แย้ง การคัดค้านตุลาการ เป็นต้น ในปัจจุบันระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้นำเอาวิธีการแสวงหาข้อเท็จจริงแบบระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้มากขึ้นทั้งนี้ เพื่อแก้ปัญหาคความล่าช้าและการที่ไม่อาจคาดการณ์ได้ถึงวิธีการดำเนินการของคู่กรณีของคู่ความในคดีโดยให้ศาลมีอำนาจมากขึ้นด้วยการใช้วิธีการไต่สวนแต่กระบวนการพิจารณาทั้งระบบยังคงเป็นแบบกล่าวหา

¹ ฌัก สันตสว่าง และสถาพร สระมาลีชัย, เรื่องเดิม, หน้า 5-7.



8.2 เป็นกระบวนการพิจารณาแบบกึ่งลับ

โดยประเพณีปฏิบัติฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสทำงานในลักษณะแบบปิดลับ กระบวนการขั้นตอนภายในก่อนมีการกระทำทางปกครองจะไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ การเปิดเผยจะเป็นกรณีของการออกกฎเท่านั้น ส่วนคำสั่งจะเป็นการแจ้งไปยังผู้รับคำสั่งโดยตรง ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองได้รับอิทธิพลมาจากประเพณีการปฏิบัติราชการ ในลักษณะปิดลับดังกล่าว คือ การพิจารณาจะไม่กระทำโดยเปิดเผยเว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำโดยเปิดเผย แต่ลักษณะของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองดังกล่าว จะถูกคานโดยหลักกว่าด้วยการโต้แย้ง นั่นคือ ศาลจะต้องให้คู่กรณีรับรู้ถึงกำหนดนัดต่าง ๆ และต้องให้คู่กรณีได้รับหรือสามารถขอหรือตรวจดูเอกสารหลักฐานที่แต่ละฝ่ายเสนอต่อศาล หรือที่ศาลหาตนเองเพื่อทำคำชี้แจงโต้แย้งต่าง ๆ

8.3 เป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นระบบที่กระบวนการพิจารณาจะกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรเกือบทั้งหมดตั้งแต่ คำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ คำแถลง ฯลฯ ดังนั้น การแถลงด้วยวาจาในวันนั่งพิจารณา คู่กรณีจะนำเสนอประเด็นหรือพยานหลักฐาน ซึ่งมีได้ปรากฏอยู่ในเอกสารต่าง ๆ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ได้เคยเสนอต่อศาลไว้แล้ว ไม่ได้ ศาลจะไม่ยอมให้การแถลงการณ์ด้วยวาจาจากปากหรือแทนที่เอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่เป็นลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลก็อาศัยเอกสารหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรในสำนวนเป็นสำคัญ

8.4 เป็นกระบวนการพิจารณาที่เสียค่าใช้จ่ายน้อย

ค่าใช้จ่ายในกระบวนการพิจารณาทางปกครองจะถูกกว่ากระบวนการพิจารณาแพ่ง เพราะในคดีที่ฟ้องว่า ฝ่ายปกครองกระทำเกินอำนาจ ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยกฎหมายทั้งหลายของการกระทำทางปกครอง และคดีส่วนใหญ่ของศาลปกครอง ไม่จำเป็นต้องมีทนายความ เอกสารต่าง ๆ ไม่ต้องผ่านการรับรองของเจ้าหน้าที่ศาล โดยสามารถส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือจะส่งตามระบบราชการตามปกติก็ได้ ค่าธรรมเนียมศาลก็ถูกกว่าในคดีแพ่ง

8.5 เป็นกระบวนการพิจารณาที่ได้รับอิทธิพลจากการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็น

ฝ่ายปกครอง

นิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น เป็นนิติสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไม่เสมอภาค ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะกระทำการฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าด้วยการออกกฎหรือคำสั่งอันส่งผลกระทบต่อสถานภาพทางกฎหมายของบุคคล ดังนั้น การใช้อำนาจในลักษณะของการกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าวจึงต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสถือหลักให้สันนิษฐานว่า การกระทำทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการบริหารราชการแผ่นดินถ้าฝ่ายเอกชนเห็นว่า การกระทำใดไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถฟ้องคดียังศาลปกครองได้ ด้วยเหตุนี้คดีปกครองส่วนใหญ่จะเป็นคดีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ถูกฟ้องคดี และแม้เมื่อมีการฟ้องคดีแล้วการฟ้องคดีนั้นก็มิได้เป็นเหตุให้มีการทุเลาการบังคับตามการกระทำทางปกครอง หากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะขอให้ทุเลาการบังคับดังกล่าวจะต้องร้องขอต่อศาล ซึ่งศาลจะสั่งให้กักในกรณีที่มีเหตุผลอันสมควรจริง ๆ มิเช่นนั้นจะทำให้การทำงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของฝ่ายปกครองต้องชะงักได้

จากลักษณะทั่วไปที่กล่าวมาข้างต้น กระบวนการพิจารณาในคดีปกครองจึงมุ่งสร้างความสมดุลในความไม่เสมอภาคระหว่างคู่กรณีที่เป็นฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน ด้วยการใช้ระบบไต่สวนที่เน้นบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการแสวงหาข้อเท็จจริง ทั้งนี้เพื่อช่วยฝ่ายเอกชนโดยไม่ผลัการะการนำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่าง ๆ ไปที่เอกชนผู้ฟ้องคดี เช่น ในระบบวิธีพิจารณาความแพ่งและเนื่องจากพยานหลักฐานส่วนใหญ่มักจะเป็นเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นการยากที่เอกชนจะสามารถนำเสนอเอกสารดังกล่าวต่อศาล

9. หลักความชอบด้วยกฎหมาย

9.1 ความเป็นมา¹

การปกครองในสมัยอดีต อำนาจอธิปไตยจะอยู่ที่ผู้ปกครองรัฐเพียงคนเดียว หรืออยู่ที่คณะบุคคลที่ปกครองประเทศ การใช้อำนาจอธิปไตยจึงไม่ค่อยมีกฎเกณฑ์แน่นอน ไม่ค่อยมีการตรวจสอบทำให้ประชาชนไม่มีหลักประกันในเรื่องสิทธิเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะมีอย่างน้อยเพียงใดและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์อย่างไร ขึ้นอยู่กับผู้ปกครองรัฐว่าจะใช้อำนาจอย่างไร ต่อมาเมื่อแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติเกิดขึ้น สิทธิเสรีภาพของประชาชน และประชาธิปไตยเริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้น เริ่มมีแนวคิดในเรื่องนิติรัฐ ซึ่งประกอบด้วยหลักกฎหมาย ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจอธิปไตยไม่ควรรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง ต้องมีองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจซึ่งกันและกัน เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากหลักการดังกล่าว ทำให้มีการจัดโครงสร้างและองค์กรของรัฐให้มีการแยกอำนาจอธิปไตยขององค์กรหลายองค์กร โดยให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการบริหารและปกครองประเทศ และฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนมีอำนาจในการออกกฎหมายและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร โดยฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจหรือกระทำการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ การกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติ ซึ่งต่อมาก็ขยายความถึงหลักเกณฑ์อื่นหรือกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกด้วย ซึ่งเรียกรวม ๆ กันว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย”

¹ อนุ สันตสว่าง และสถาพร สระมาลีย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 9-11.

9.2 หลักการและความหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง มีหลักว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นปฏิบัติการทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครองที่จะกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ถ้าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน และถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เอกชน ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบด้วย หากเป็นการปฏิบัติการทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบค่าเสียหาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง แบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย¹

9.2.1 หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐ รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกว่า ในทางปฏิเสธรว่า การกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

9.2.2 หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมาย เรียกร้องในทางปฏิเสรมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่า ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคล หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำ

¹บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 26-27.

การดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว

สาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง มี 3 ประการ ที่ต้องยึดถือ คือ

9.2.2.1 ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะขอบเขตของการกระทำทางปกครอง

9.2.2.2 ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะรากฐานของการกระทำทางปกครอง

9.2.2.3 ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะกระบวนการที่ถูกต้อง