

บทที่ 2

แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับการควบคุมการมีและใช้อาวุธปืน การกระทำทางปกครองและการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

การอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนของนายทะเบียนจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และระเบียบของกฎหมาย ต้องมีการใช้ดุลพินิจในการกระทำทางปกครองการออกคำสั่งทางปกครอง การตรวจสอบและการลงโทษ จึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะกล่าวถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายอาวุธปืนของประเทศไทย แนวความคิดบริการเกี่ยวกับการควบคุมอำนาจของรัฐ สิทธิและเสรีภาพเจตนารมณ์ของกฎหมายอาวุธปืน การกระทำทางปกครอง และการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้เป็นที่เข้าใจเสียก่อนในบทนี้จึงจะขอศึกษา ถึงแนวความคิดและหลักการดังกล่าวเพื่อนำไปสู่ความเข้าใจในเรื่องที่จะทำการศึกษานี้ต่อไป

2.1 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการควบคุมการมีและใช้อาวุธปืน

2.1.1 แนวคิดในการควบคุมอำนาจของรัฐด้วย “หลักนิติธรรม”

ลอน แอล ฟูลเลอร์ (Lon L.Fuller)¹ ได้เสนอว่า การใช้กฎหมายจะต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะของระบบกฎหมาย โดยกฎหมายต้องมีหลักศีลธรรมภายใน (inner Morality of Law) เป็นหลักยึดของกฎหมายต่าง ๆ อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งศีลธรรมภายในนี้มีองค์ประกอบ 8 ประการ คือ

- (1) เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เหมาะสม
- (2) มีการประกาศให้ทราบทั่วไป
- (3) การไม่ใช้บังคับย้อนหลังโดยผิดหลักการ
- (4) มีบทบัญญัติที่กระจ่างชัดเจน
- (5) ไม่มีการวางหลักที่ขัดแย้งกับกฎหมายอื่น
- (6) ไม่บังคับให้กระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้

¹ จาก กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 21), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์.

(7) ไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเกินควรและ

(8) มีความสอดคล้องระหว่างการกระทำของเจ้าหน้าที่กับบทบัญญัติของกฎหมาย

โจเซฟ เรซ (Joseph Rez)² ได้เสนอว่า หลักนิติธรรมหากเป็นเพียงการปกครอง โดยกฎหมายก็ไม่มี ความหมาย แต่ต้องมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานบางอย่างและเห็นว่า หลักนิติธรรมอย่างน้อยต้องประกอบด้วยหลักการต่อไปนี้

(1) บทกฎหมายจะต้องไม่ใช่บังคับย้อนหลัง และต้องเปิดเผยและชัดเจน

(2) กฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามควร

(3) บทกฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักทั่วไปที่เปิดเผย มั่นคงและชัดเจน

(4) ความอิสระขององค์กรตุลาการจะต้องมีการคุ้มครอง

(5) มีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Natural justice)

(6) ศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมาย (Review) ถึงความชอบด้วยกฎหมาย ของบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือของการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง

(7) บุคคลต้องสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลได้โดยง่าย โดยไม่ควรมีพิธีการยุ่งยากเกินควร ตลอดจนค่าใช้จ่ายไม่มากเกินไป

(8) องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควรมีดุลพินิจที่บิดเบือนกฎหมาย

หลักนิติธรรมมีความหมายหลากหลายตามความเห็นของแต่ละคน แต่ได้ก่อรูป ก่อร่าง ชัดเจนขึ้นว่าเป็นหลักการปกครอง โดยกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยเป็นธรรมทั้งต่อ เอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ (Individual interest) และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวม ของประชาชน (Public interest) ซึ่งรัฐมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อคุ้มครอง ทั้งประโยชน์เอกชนและ ประโยชน์มหาชน และในกรณีที่ประโยชน์ทั้งสองขัดกันก็ต้องคุ้มครองให้เกิดดุลยภาพที่เป็นธรรม การให้รายละเอียดของหลักนิติธรรมแม้ยังไม่เห็นตรงกันบ้างแต่ในสังคมประชาธิปไตย ที่รัฐเป็นของ ประชาชนนี้ อาจจำแนกสาระสำคัญของหลักนิติธรรมออกได้ดังนี้³

(1) การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ (Supremacy of law) ไม่ว่าจะ เป็น องค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ อันเป็นเรื่องของการจัดกลไกการใช้ อำนาจรัฐ โดยแต่ละองค์กรจะมีขอบเขตข้อจำกัดของการใช้อำนาจต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะ ที่แตกต่างกันและจะไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย

² แหล่งเดิม. (น. 22).

³ แหล่งเดิม. (น. 25-29).

(2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการเบื้องต้นเพื่อมิให้อำนาจอยู่ในบุคคลเดียวกันจนเกิดการใช้อำนาจโดยไม่มีคานและดุลกัน อันจะเป็นการเปิดช่องทางให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบได้ง่าย

(3) การมีกฎหมายที่ดี (Good law) อันจะเกี่ยวข้องกับทั้งในหลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมายโดยกฎหมายต้องมีความชัดเจน และคนในสังคมได้รับประโยชน์

(4) การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (Administrative legality) ฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน

(5) ความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) ประชากรรัฐนั้นจัดตั้งขึ้น เพื่อรักษาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่ดำเนินงานของรัฐ

(6) การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร นอกจากการวางกลไกการใช้อำนาจโดยวิถีทางการเมืองแล้ว การใช้อำนาจจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จะต้องมีการตรวจสอบทางกฎหมายโดยองค์กรอิสระ การฟ้องคดีต่อศาลในกรณีที่ใช้อำนาจผิดกฎหมาย

(7) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของเอกชน เป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองเป็นประชาธิปไตย การใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจบริหาร และการใช้อำนาจตุลาการ ล้วนแต่มีความมุ่งหมาย เพื่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมได้ตกผลึกทางความคิดจนได้ความแน่ชัดในหลักการที่เห็นตรงกันว่า หลักนิติธรรมจะต้องมีสภาพไม่ต่างไปจากหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ

2.1.2 แนวคิดของรัฐและเสรีภาพของประชาชน

รัฐเป็นการรวมตัวของกลุ่มคน ซึ่งเป็นราษฎร โดยจัดตั้งเป็นเมืองที่มีเอกราชและร่วมดำเนินการเมืองกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่พวกตนตามเจตนารมณ์อันร่วมกันการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นรัฐเป็นมาโดยปริยายตั้งแต่โบราณและสืบเนื่องตลอดมา โดยมีการจัดการภายในรัฐเปลี่ยนแปลงมาหลายระบบ ตั้งแต่ระบบผู้นำคนเดียว ระบบผู้นำเป็นกลุ่มประชาธิปไตย (Democratic society) นั้นเป็นที่ยอมรับกันในหลักการว่า ทุกคนมีเสรีภาพ (Liberalism) ที่จะคิดและกระทำตามที่ตนตัดสินใจแล้วว่าเหมาะสมแก่ตน (Self-determination) เสรีภาพดังกล่าวก่อให้เกิดสิ่งที่บุคคลอื่นต้องให้การยอมรับไม่ล่วงละเมิด ดังนั้น บรรดาสิทธิ (right) ชนิดต่าง ๆ จึงเกิดตามมาไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในทางการเมือง สิทธิในความเป็นบุคคลสิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น อย่างไรก็ตามในสังคมนั้นประกอบด้วยคนหลายคน การใช้สิทธิเสรีภาพของคนหนึ่งจึงยอม

กระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพของคนอื่นด้วยเสมอ ไม่น่าแปลกใจเลย เพราะประโยชน์บางอย่างที่เป็นประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์สาธารณะ (Public interests) ของกลุ่มสมาชิกอยู่ด้วยซึ่งแต่ละคนจะใช้สิทธิเสรีภาพของตนให้เสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวมนั้นไม่ได้เช่นกัน กรอบหรือข้อจำกัดของการใช้สิทธิและเสรีภาพจึงต้องมีอยู่เสมอเพื่อประโยชน์อันร่วมกันของสมาชิกในสังคม ดังที่ซอคราตีส (Socrates) เคยกล่าวว่า ที่ใดที่บุคคลใช้สิทธิเสรีภาพกันมากเกินไป ที่นั่นก็จะเปลี่ยนเป็นไม่มีเสรีภาพและทุกคนจะตกเป็นทาสของผู้ใช้อำนาจตามอำเภอใจแต่กรอบของการใช้สิทธิเสรีภาพเป็นที่ยอมรับในสังคมประชาธิปไตยว่าจะจำกัดลงได้แต่โดยกฎหมายเท่านั้น⁴

ในรัฐสมัยใหม่ที่ปกครองโดยกฎหมาย (นิติรัฐ) และเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ย่อมเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ามนุษย์แต่ละคนเกิดมาอย่างมีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ แต่ละคนมีตัวตนมาแต่กำเนิดนั้น ย่อมแสดงออกโดยการที่บุคคลนั้น สามารถแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างเสรีไม่ถูกบังคับข่มขู่โดยบุคคลอื่นใด การแสดงเจตจำนงต่าง ๆ ของบุคคลที่เป็นเรื่องส่วนตัว บุคคลนั้นย่อมสามารถกระทำได้โดยที่รัฐไม่เข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงหรือทำตัวเป็นผู้อนุบาล หลักการที่ยอมรับ “แดนอำนาจของเอกชน” (Private autonomy) นี้เป็นหลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายเอกชนและปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในเรื่องของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา⁵

การจำกัดสิทธิเสรีภาพ นั้น มี 2 ลักษณะ คือ⁶

- (1) สิทธิเสรีภาพที่ไม่สามารถจำกัดได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐจะฝ่าฝืนไม่ได้เลย และจะออกกฎหมายมาจำกัดก็ไม่ได้ เช่น เสรีภาพในความคิด ความเชื่อทางศาสนาหรือปรัชญา
- (2) สิทธิและเสรีภาพที่จำกัดได้ เป็นสิทธิเสรีภาพในการกระทำไม่ว่าโดยวาจาหรือกาย ย่อมมีขอบเขตที่กระทบต่อผู้อื่นได้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ว่ามานั้น จะต้องออกเป็นกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น

⁴ แหล่งเดิม. (น. 7-8).

⁵ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 15), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶ แหล่งเดิม. (น. 17-27).

2.1.3 แนวคิดหลักการใช้อำนาจดุลพินิจ

ตามพจนานุกรมคำว่า “ดุลพินิจ” หมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร⁷ มีลักษณะเป็นคำนามตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Discretion” มาจากรากศัพท์ภาษาละตินว่า “Discretio” มีความหมายในทางกฎหมายว่าเป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (Privilege) ของศาลที่พิจารณาตามหลักความยุติธรรม”

ความสำคัญของดุลพินิจ มีภายิตกกฎหมายอยู่บทหนึ่งซึ่งกล่าวโดย อริสโตเติล (Aristotle) ปราชญ์ชาวกรีกว่า “ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย” เพราะเป็นที่ยอมรับกันดีในทุกสังคมว่า หากต้องการความสงบสุขภายในสังคมแล้วย่อมจะปราศจากเสียซึ่งกฎหมายไม่ได้ จากภายิตกกฎหมายดังกล่าวนี้เอง ต่อมาใน ค.ศ. 1933 Cohen ได้กล่าวว่า “เมื่อมีกฎหมาย ก็ย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่เคียงคู่” (Rules must be supplemented with discretion) เพราะเป็นสิ่งที่ยอมรับกันว่า หากจะบังคับใช้กฎหมายโดยตรงแต่ประการเดียวก็จะทำให้เกิดความอยุติธรรม เพราะไม่อาจสนองความยุติธรรมเป็นรายกรณีได้ ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความยุติธรรมเฉพาะบุคคลหรือกรณี จึงควรให้ดุลพินิจ ซึ่ง Cohen เรียกว่า “ชีวิตและความยืดหยุ่นได้” (The life and flexibility) มีส่วนร่วมอยู่ในการใช้กฎหมายด้วย⁸

ดุลพินิจนำมาใช้กับกฎหมายเมื่อใด พอสรุปได้ว่าเวลาที่จะใช้ดุลพินิจเป็นเวลาที่จะใช้กฎหมายปรับเข้ากับข้อเท็จจริงหรือเวลาที่ใกล้เคียงกับเวลาเช่นนั้น นอกจากนี้ยังมีเวลาที่จะใช้ดุลพินิจในกรณีอื่นที่สำคัญควรแก่การพิจารณา กล่าวคือ

1) เมื่อไม่มีกฎหมาย มีคำกล่าวที่ว่า “เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้ดุลพินิจก็เริ่มขึ้น” ซึ่งฟังดูก็เป็นคำกล่าวที่มีเหตุผลยิ่ง เพราะตามหลักกฎหมายนั้น หากมีช่องว่างกฎหมายเกิดขึ้นต้องเป็นหน้าที่ของศาลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจวางกฎเกณฑ์หาวิธีอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง หากจะมีการใช้อำนาจดุลพินิจวางกฎเกณฑ์เพื่ออุดช่องว่างจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะเหตุที่เป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิส่วนบุคคลโดยตรง หากปล่อยให้องค์กรใดใช้อำนาจดุลพินิจ โดยไม่มีขอบเขตแล้วสิ่งที่ประชาชนได้รับนั้นจะมีใช้ความยุติธรรม แต่จะเป็นการกดขี่ข่มเหงจากองค์กรหรือผู้มีอำนาจปฏิบัติการตามกฎหมายและด้วยเหตุเช่นนี้เองจึงได้มีคำกล่าวที่สำคัญ 5 คำ สลักจารึกในก้อนหินหน้าที่ทำการกระทรวงยุติธรรม ด้านถนนพินิจนิเวศ กรุงเทพฯ อิงต้ง ดิ.ซี. ว่า “Where law

⁷ จาก พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 (น. 357), โดย ราชบัณฑิตยสถาน, 2538, กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์.

⁸ จาก การใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย ชนิษฐา (รัชนิ) ชัยสุวรรณ, 2526, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ends Tyranny begins.” ซึ่งหมายความว่า “เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึงหรือยุติลง การกดขี่อันไม่เป็นธรรมก็จะเริ่มขึ้น” ซึ่งเป็นการเตือนการใช้ดุลพินิจของผู้ปฏิบัติการตามกฎหมายให้พึงสังวรณ เพื่อจะได้ใช้ดุลพินิจในทางถูกต้องเท่านั้น เพราะในบางโอกาสแม้เป็นการปฏิบัติการตามกฎหมายและเป็นช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ศาลหรือองค์กรที่ปฏิบัติตามกฎหมายก็จำต้อง “ใช้ดุลพินิจ” เช่นกัน ซึ่งการใช้ดุลพินิจนี้เองอาจเป็นที่มาของผลประโยชน์หรือการกดขี่ ยุติธรรมหรือ อยุติธรรม แม้กระทั่งการมีเหตุผลหรือไร้เหตุผล แล้วแต่ว่าผู้ใช้ดุลพินิจจะใช้เหตุผลหรืออำนาจของตนไปในทางใด ในเรื่องนี้มีผู้เห็นว่าเมื่อกฎหมายสิ้นสุดลงการกดขี่อันไม่เป็นธรรม ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้น เพราะเมื่อกฎหมายสิ้นสุดลงจะเป็นจุดเริ่มต้นของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งการใช้ดุลพินิจนั้นสามารถก่อให้เกิดได้ทั้งผลดีและผลร้าย ความยุติธรรมและความอยุติธรรมหรือความมีเหตุผลและความไร้เหตุผล ใครก็ตามที่เดินเข้าไปในกระทรวงยุติธรรมสหรัฐจะพบว่าเจ้าหน้าที่ในกระทรวงซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐได้ใส่ใจเกี่ยวกับการใช้กฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งการใช้กฎหมายปนกับการใช้ดุลพินิจ ซึ่งในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่เหล่านั้นจะเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจมากกว่าการใช้กฎหมาย และไม่มีเจ้าหน้าที่คนใดแม้แต่คนเดียวที่เข้าใจในบทบาทและหน้าที่ของตนจะเห็นด้วยกับคำกล่าวที่ว่า “เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึงหรือยุติลงการกดขี่อันไม่เป็นธรรมก็จะเริ่มขึ้น” แต่เจ้าหน้าที่เหล่านั้นตั้งแต่อัยการสูงสุดลงมาจะมีความมุ่งมั่นเพื่อยืนยันว่า เมื่อกฎหมายสิ้นสุดลง การใช้ดุลพินิจที่หลักแหลมและเป็นผลดีจะต้องเริ่มต้นขึ้น

2) แม้มีกฎหมาย แต่ใช้ดุลพินิจเพราะให้ผลที่ดีกว่า (A rule is undesirable when discretion will serve better) เวลาใช้ดุลพินิจในข้อนี้ เป็นการใช้อย่างละเอียดและเฉพาะกรณี โดยจะต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกโอกาสใช้ดุลพินิจมากกว่าการใช้ดุลพินิจในกรณีที่ไม่มียกเว้น และในกรณีเช่นนี้ไม่ว่าจะเป็นการใช้กฎหมายหรือกฎอย่างใดก็ตามไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง และอื่น ๆ ศาลหรือองค์กรเหล่านั้นจะต้องพึงใช้ความระมัดระวังการใช้ดุลพินิจแทนกฎเกณฑ์เป็นอย่างยิ่ง และจะพิจำนำดุลพินิจมาใช้แทนกฎหรือกฎหมายก็เฉพาะเป็นที่เห็นว่าเมื่อใช้ดุลพินิจแล้วจะอำนวยความยุติธรรม หรือเป็นสาระประโยชน์ยิ่งกว่าการใช้กฎเกณฑ์หรือกฎหมาย เพราะมิฉะนั้นหากใช้อย่างพร่ำเพรื่อไร้ขอบเขตแล้วดุลพินิจนั่นเองจะสร้างความอยุติธรรมอย่างหาสิ่งเปรียบประมาณมิได้⁹

⁹ จาก การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ (น. 12), โดย นพพล โพธิ์รังสิตยากร, 2524.

คูลพินิจที่ไม่เหมาะสม ซึ่งอาจถูกโต้แย้งได้ Lord Reid ได้วางหลักพิจารณาทั่วไปไว้

2 ประการ คือ

- 1) ใช้คูลพินิจโดยไม่สุจริต (bad faith)
- 2) ใช้คูลพินิจโดยไม่มีเหตุผลสมควร (unreasonable)

ทั้ง 2 ประการนี้แสดงว่าพฤติกรรมของคูลพินิจไม่ได้เป็นไปในทางที่เป็นจริง โดย ประการทั้งสอง

Lord Camden ผู้พิพากษาอังกฤษท่านหนึ่งถึงกับกล่าวว่า “อันอำนาจใช้คูลพินิจนั้นคุณเป็นกฎที่ทารุณ เพราะว่าคูลพินิจจะเป็นประการใดหาญได้ไม่ ต่างคนก็ต่างกัน คุณเป็นกรณีที่แล้วแต่จะเป็นและแล้วแต่ลักษณะนิสัยใจคอและอารมณ์ความรู้สึก อย่างดีที่สุดก็ไม่พ้นอยู่ในลักษณะเรววนเดี่ยวเป็นอย่างนั้น เดี่ยวเป็นอย่างนี้ ที่ร้ายที่สุดก็คือแล้วแต่กิเลส โมหะและอารมณ์ อันเป็นธรรมชาติของมนุษย์ปุถุชนที่ยังมีผิดมีพลาด¹⁰

อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับว่ากฎหมายในโลกนี้ ทุกระบบไม่อาจจะวางข้อกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการเฉพาะเจาะจงสำหรับทุกกรณีทุกอย่างได้ เป็นที่ยอมรับกันในวิชานิติศาสตร์ว่า “คูลพินิจ” ยังคงต้องมีบทบาทสำคัญอยู่ตรงท่าที่ผู้สร้างและผู้ใช้กฎหมายนั้นคือมนุษย์

ปัญหาที่มีอยู่ในเวลานี้ก็คือยังไม่มียกนักนิติศาสตร์คนใดให้คำอธิบายถึงความหมายของ “คูลพินิจ” อย่างแน่ชัดจนเป็นที่ยอมรับเป็นหลักสากล

ทั้งนี้อาจเป็นเพราะ โดยเนื้อแท้ทางภาษาคำว่า “คูลพินิจ” เป็นคำอันเป็นสัญลักษณ์ทางนามธรรมโดยสิ้นเชิง ไม่ใช่สิ่งรูปธรรมที่จะสัมผัสได้ ความหมายของคำ ๆ นี้จึงละเอียดอ่อนและค่อนข้างคลุมเครือ¹¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 คูลพินิจหมายความว่า การวินิจฉัยที่เห็นสมควร ส่วนคำว่าวินิจฉัย หมายความว่า ตัดสินชี้ขาดไต่ตรงใคร่ครวญ ดังนั้น คูลพินิจก็คือการวินิจฉัยที่เห็นสมควรหรือการตัดสินการชี้ขาดการใคร่ครวญ (ไต่ตรงพิจารณา) อนึ่ง การตีความกฎหมาย การตีความสัญญา การปรับบทกฎหมายก็เป็นการใช้คูลพินิจเช่นกัน เพราะฉะนั้นคูลพินิจจึงอาจมีได้ทั้งคูลพินิจในข้อเท็จจริงและคูลพินิจในข้อกฎหมาย

การใช้คูลพินิจในคดีจึงเป็นส่วนหนึ่งของภารกิจพื้นฐานของศาล คูลพินิจในคดีจึงเป็นของศาล คำว่าศาลในที่นี้คงไม่ได้หมายความถึงตัวอาคารศาล แต่หมายถึงตัวผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่ในศาลนั้น ซึ่งในแต่ละศาลจะมีผู้พิพากษาหลายคนจำนวนมากหรือน้อยก็แล้วแต่ปริมาณคดี

¹⁰ แหล่งเดิม. (น. 136).

¹¹ จาก *ชะลอการฟ้อง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 20), โดย เรวัต ฉ่ำเฉลิม, 2522, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ในศาลนั้น และจะต้องมีหัวหน้าหน่วยงานอาจจะเป็นผู้พิพากษาหัวหน้าศาล ประธานศาลอุทธรณ์ หรือประธานศาลฎีกาที่ต้องรับผิดชอบในราชการของศาลให้เป็นไปโดยเรียบร้อย รวมทั้งให้หัวหน้าหน่วยงานของศาลนั้นมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายกำหนด สามารถแบ่งบุคคลที่เป็นเจ้าของดุลพินิจในคดีได้เป็น 2 ฝ่าย คือ¹²

- 1) ดุลพินิจของฝ่ายบริหาร
- 2) ดุลพินิจของศาล

ดุลพินิจของฝ่ายบริหาร คือแม้ผู้พิพากษาจะมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่เมื่อศาลมีผู้พิพากษาหลายคน แต่ละคนอาจจะใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันได้ หากไม่มีการดูแลให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือใกล้เคียงกันก็ย่อมกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรม ดังนั้นฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจกำหนดวิธีการเพื่อใช้ดุลพินิจให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันได้โดยควรปรึกษาหารือกับผู้พิพากษาในศาลทั้งหมดเพื่อให้ได้ดุลพินิจที่เหมาะสม

ดังนั้นดุลพินิจของศาลก็คือการวินิจฉัยของผู้พิพากษาคณะใดคณะหนึ่งหรือองค์คณะผู้พิพากษาคณะใดคณะหนึ่ง

ความสำคัญของดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง เพราะหากใช้อย่างถูกต้องแล้วย่อมจะก่อให้เกิดความเป็นธรรม เป็นประโยชน์แก่สังคมและประเทศ โดยผู้ที่ใช้ดุลพินิจที่ต้องต้องยอมได้รับความยอมรับนับถือและได้รับการยกย่อง แต่หากใช้ดุลพินิจไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม ย่อมกระทบต่อสิทธิหน้าที่และทรัพย์สินของกลุ่มคน รวมทั้งกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมของประชาชนด้วย และผู้ที่ใช้ดุลพินิจนั้น รวมทั้งหน่วยงานผู้ที่ใช้ดุลพินิจนั้นอาจถูกวิพากษ์วิจารณ์ในทางไม่เหมาะสม ขาดการเคารพนับถือได้

ลักษณะของดุลพินิจ ดังกล่าวมาแล้วว่าดุลพินิจมิได้ทั้งดุลพินิจในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซึ่งทั้งสองประเภทนั้นสามารถแบ่งลักษณะได้ 2 ประการ¹³

1) ดุลพินิจเด็ดขาด หมายความว่า เมื่อผู้พิพากษาหรือองค์คณะผู้พิพากษามีดุลพินิจอย่างไรแล้วก็ยุติเพียงเท่านั้น โดยอุทธรณ์หรือฎีกาไม่ได้ตามที่กฎหมายบัญญัติหรือที่เห็นได้ว่าเป็นที่สุด

2) ดุลพินิจไม่เด็ดขาด หมายความว่า เมื่อผู้พิพากษา หรือองค์คณะผู้พิพากษามีดุลพินิจอย่างไรแล้ว อาจอุทธรณ์หรือฎีกาได้ทันที หรืออุทธรณ์หรือฎีกาได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติครบถ้วนตามกฎหมายแล้ว

¹² จาก *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (น. 71-92), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554, กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.

¹³ จาก “การใช้ดุลพินิจในคดีแพ่ง,” โดย กิรติ กาญจนรินทร์, 2550, *ดุลพินิจ*, 54(3), น. 43-44.

คุณพินิจในการฟังข้อเท็จจริงหรือชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน การฟังข้อเท็จจริงหรือชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นเรื่องที่ศาลใช้คุณพินิจว่าจะเชื่อตามพยานหลักฐานหรือไม่ ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการรับฟังพยานหลักฐานซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลจะใช้คุณพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐานตามที่คู่ความประสงค์จะนำเสนอหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องมาก่อนการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

หลักพิสูจน์ความแน่นอน หรือการพิสูจน์ความจริง มี 4 ประการ คือ¹⁴

1) หลักแห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน คือ เหตุการณ์อันหนึ่งจะมีความจริงได้ ประการเดียวจะมีความจริงหลายประการไม่ได้

2) หลักความขัดกัน หมายความว่า เหตุการณ์หรือประเด็นที่ขัดกันย่อมแสดงว่าไม่เป็นความจริง

3) หลักแห่งความเป็นครั้ง ๆ กลาง ๆ หมายความว่า อะไรที่เป็นความจริงนั้นต้องเป็นความจริงตั้งแต่ต้นจนจบจะเป็นจริงครั้งหนึ่งไม่จริงครั้งหนึ่งหรือจริงบ้างไม่จริงบ้างไม่ได้

4) หลักแห่งความมีเหตุผลอันสมควรเป็นข้อพิสูจน์ในทางบวก เพื่อประกอบข้อเท็จจริงแล้วตัดสินใจว่าเชื่อได้ เนื่องจากหลักสามประการแรกเป็นหลักพิสูจน์ในทางปฏิเสธ กล่าวคือ เพียงแต่พิสูจน์ในทางที่ว่าถ้าไม่เป็นอย่างนั้นแล้วไม่จริง กล่าวคือ ถ้าไม่ใช่เรื่องเดียวกันหรือขัดกันหรือครั้ง ๆ กลาง ๆ ก็ไม่จริง แต่ถ้าตรงกันไม่ขัดกัน ไม่ครั้ง ๆ กลาง ๆ จะถือว่าเป็นจริงยังไม่ได้ คงต้องอาศัยหลักประการที่สี่เข้ามาประกอบ

คุณพินิจของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีอำนาจคุณพินิจในการพิจารณาและตัดสินใจ แต่คุณพินิจดังกล่าวต้องเป็นอำนาจที่เกิดจากกฎหมาย และฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจคุณพินิจนั้นให้เป็นไปตามกฎหมายและภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดนั้น ในที่นี้จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับคุณพินิจของฝ่ายปกครองโดยละเอียด ดังต่อไปนี้

(1) ความหมายของคุณพินิจของฝ่ายปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วิสสุตพิชญ์ ได้สรุปความหมายของอำนาจคุณพินิจว่า หมายถึง ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจคุณพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า

¹⁴ แหล่งเดิม. (น. 72-73).

เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น สมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ หรือสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร¹⁵

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้อธิบายว่า ถ้าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจแล้วศาลจะก้าวเข้ามาวินิจฉัยแทนมิได้ เพราะตรงนั้นเป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง ซึ่งตามหลักนิติรัฐฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจโดยอิสระมิได้ และดุลพินิจจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยในขอบเขตของกฎหมาย

ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง อาจเทียบได้กับดุลพินิจในการลงโทษของศาล เช่น กฎหมายให้อำนาจศาลในการลงโทษจำคุกจำเลย 1-3 ปี ศาลอาจจะใช้ดุลพินิจลงโทษ 1 ปี ก็ได้ 2 ปีก็ได้ หรือ 3 ปีก็ได้

ในการตรากฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถออกกฎหมายให้ชัดเจนทุกกรณีได้ ดังนั้น จึงเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจเป็นรายกรณี ๆ ไปได้ แต่ขณะเดียวกัน ถ้าฝ่ายบริหารใช้อำนาจดุลพินิจทะลุกรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ก็จะมีองค์กรที่มีอำนาจควบคุมเข้ามาตรวจสอบได้ แต่ถ้าอยู่ในกรอบแล้วองค์กรหรือศาลไม่สามารถจะเข้าไปตรวจสอบได้ จะเห็นได้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้ และเมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยและเมื่อคำวินิจฉัยนั้นถึงที่สุดด้วยแล้ว เราเรียกอำนาจตรงนี้ว่า “ดุลพินิจ” แต่ถ้าส่วนใดที่ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้เราไม่เรียกว่าดุลพินิจ แต่เราถือว่ามีอำนาจตัดสินใจสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอำนาจนี้อาจไม่ใช่ดุลพินิจก็ได้¹⁶

(2) ลักษณะของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ในทางวิชาการแบ่งโครงสร้างของกฎหมายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองเป็น 2 ส่วน คือ

ก. เงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจ หรือองค์ประกอบในกฎหมายปกครอง (Tatbestand)

ข. ผลในทางกฎหมาย (Rechtsfolge)

เปรียบเทียบง่าย ๆ กับความผิดอาญา ซึ่งแบ่งเป็น

1. องค์ประกอบของความผิด เช่น ผู้ใดลักทรัพย์ผู้อื่น

2. ผลทางกฎหมาย เช่น ผู้นั้นต้องรับโทษจำคุกหรือปรับ

¹⁵ จาก การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ (รวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์) (น. 199), โดย วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2531.

¹⁶ จาก “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” โดย วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2532, วารสารกฎหมายปกครอง, 3.

เพราะฉะนั้นในรูปแบบของกฎหมาย จะต้องมืองค์ประกอบหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจ กับผลทางกฎหมายประกอบกัน ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายปกครอง ในการพิจารณาถึง นิติกรรมทางปกครองที่จะไปกระทบสิทธิของประชาชน

ในส่วนผลทางกฎหมายถ้าเงื่อนไขของการใช้อำนาจครบถ้วนก็เกิดอำนาจในการสั่งการ แต่ถ้าเงื่อนไขไม่ครบ เช่น กฎหมายบัญญัติว่าต้องยื่นคำร้องแต่ไม่ยื่น เงื่อนไขไม่ครบ อำนาจที่จะใช้ สั่งการก็ไม่มี เช่น ไม่ยื่นขอใบอนุญาตหรือยื่นไม่ครบ ก็จะสั่งการอนุญาตไปไม่ได้ เพราะนั้น เงื่อนไขต้องครบถ้วนก่อนเมื่อครบแล้วเจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการได้

กฎหมายแต่ละฉบับก็จะต่างกันไปตามฉบับไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจไว้เลย เมื่อเงื่อนไข ครบถ้วนเจ้าหน้าที่ต้องกระทำการ เช่น เมื่อมีทารกเกิดมาและมีเอกสารครบถ้วนเจ้าหน้าที่ต้องออก สูติบัตรให้ จะไม่ออกไม่ได้ และต้องออกให้ถูกต้องด้วย

ปกครองที่ไม่มีอำนาจดุลพินิจ เมื่อข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายทุกประการแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องกระทำการออกนิติกรรมทางปกครองให้เสมอไป

ในบางกรณีกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจไว้ แม้เงื่อนไขเกิดแต่ก็มีได้บังคับว่าเจ้าหน้าที่ ผู้นั้นจะต้องกระทำการ เจ้าหน้าที่อาจออกใบอนุญาตอนุมัติหรือไม่ก็ได้ ซึ่งก็แสดงว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ แต่บางทีก็เป็นการให้โดยมีเงื่อนไขว่า ต้องคำนึงถึงศีลธรรมอันดีของ ประชาชนหรือผลประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ สิ่งเหล่านี้คือเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาให้ครบถ้วนจึงจะสั่งการได้

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในทางวิชาการ แบ่งได้เป็น

1. ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะใช้หรือไม่ใช้อำนาจสั่งการ
2. ดุลพินิจในการวินิจฉัย

ดุลพินิจในการตัดสินใจ เช่น นายคำซื้อใบขับขี่มา ใบขับขี่นั้นก็ออกโดยมิชอบด้วย กฎหมายแต่ยังมีผลบังคับเพราะไม่เป็นโมฆะต่อมาพบว่าเป็นการออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายแทนที่ จะต้องยกเลิกเพิกถอน ถ้ากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่จะยกเลิกเพิกถอนหรือไม่ก็ได้ ตรงนี้ คือดุลพินิจในการตัดสินใจ ถ้าไม่ยกเลิกเรื่องก็จบแต่ถ้าใช้ดุลพินิจยกเลิกก็ต้องมาคู่กันว่าจะยกเลิก อย่างไร เมื่อไร จะให้มีผลในอนาคต ปัจจุบันหรือย้อนหลัง ซึ่งส่วนนี้เรียกว่า “ดุลพินิจในการ วินิจฉัย”

แต่กฎหมายบางฉบับก็ไม่ได้ให้อำนาจในการตัดสินใจไว้ เช่น ถ้าข้าราชการทำผิดวินัย อย่างร้ายแรง คณะกรรมการตัดสิน ไม่มีอำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจ เพราะเขาจะต้องรับโทษ อย่างเดียว คณะกรรมการจะเลือกไม่ใช้อำนาจมิได้ เพราะจะเป็นการข้ามขั้นของดุลพินิจในการ

ตัดสินใจไปสู่ดุลพินิจในการวินิจฉัยทันที กล่าวคืออำนาจในการตัดสินใจไม่มี ต้องตัดสินใจลงโทษอย่างเดียว ส่วนดุลพินิจในการวินิจฉัยมี โดยวินิจฉัยว่าจะปล่อยหรือปลดออก

ส่วนขอบเขตในการวินิจฉัยว่าจะให้ปล่อย ปลดออก เมื่อมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล ศาลจะเข้ามาแก้ไขเปลี่ยนแปลงในขอบเขตดุลพินิจวินิจฉัยมิได้ศาลเพียงแค่ตรวจสอบว่าได้กระทำการอย่างที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ กระทำผิดวินัยร้ายแรงหรือไม่ซึ่งถ้าเป็นอย่างที่กล่าวหาแล้ว ศาลก็จะเข้ามาวินิจฉัยว่าการที่คณะกรรมการสั่งลงโทษปล่อยนั้นเป็นการเกินสมควร สมควรจะปลดออก ดังนี้ทำไม่ได้ เพราะตรงนั้นคืออำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง¹⁷

(3) เจื่อนใจแห่งการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายบริหาร มักเห็นว่าดุลพินิจของตนนั้นอยู่ในขอบเขตของเจื่อนใจแห่งการใช้อำนาจได้ เพราะถ้าเมื่อใดที่ดุลพินิจเข้ามาอยู่ในเจื่อนใจแห่งการใช้อำนาจได้ ศาลก็จะเข้ามาตรวจสอบควบคุมมิได้

ฝ่ายตุลาการมักเห็นว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองอยู่ในเจื่อนใจแห่งการใช้อำนาจได้ เฉพาะผลของกฎหมายเท่านั้น

ตัวอย่าง ขอบประกอบกิจการกักตักคาร์ ของตั้ง โรงงาน แต่ถ้าเราดูเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติ เห็นได้ว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องอยู่ในผลของกฎหมายอย่างเดียว อาจอยู่ในเจื่อนใจได้ด้วย เพราะฉะนั้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงอาจเกิดได้ทั้งสองส่วน แต่โดยหลักส่วนใหญ่แล้วจะอยู่ในส่วนผลของกฎหมาย ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบจึงเป็นเพียงข้อยกเว้น เช่นอำนาจประเมินผล การปรับใช้กฎหมายที่ต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะด้าน หรือการปรับใช้ในรูปแบบของคณะกรรมการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งขึ้นมา เพราะฉะนั้น ถ้าคณะกรรมการวินิจฉัยแล้ว ศาลจะก้าวล่วงมิได้ เพราะคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (Expert) เป็นคนที่ฝ่ายนิติบัญญัติไว้วางใจ นอกจากนั้น ดุลพินิจที่อยู่ในองค์ประกอบจะพบในกรณีที่ธนาคารแห่งประเทศไทยสั่งขึ้นอัตราดอกเบี้ย ศาลจะเข้ามาตรวจสอบมิได้ในนิติกรรมทางปกครองบางอย่างแม้ไม่มีกฎหมายเขียนไว้ แต่ฝ่ายปกครองก็ทำได้ถ้าเป็นกรณีที่ทำเพื่อประโยชน์ของประชาชน เช่น การที่รัฐให้เงินช่วยเหลือ ดังนั้นไม่มีกฎหมายเขียนว่าฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจอย่างไร กรณีนี้ ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยผูกพันตามหลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น “หลักความเสมอภาค” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” หรือที่เรียกกันว่า “หลักความสมควรแก่เหตุ” ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังต้องถูกควบคุมโดยอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป

¹⁷ กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 49-52). เล่มเดิม.

การควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่แบ่งออกเป็น

1. ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย
2. ควบคุมวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmaessigkeitskontrolle) เป็นการควบคุมของศาล ในการกระทำของฝ่ายปกครองและเป็นการดูแลให้เป็นไปตามกรอบของกฎหมาย ถ้าหากอยู่ภายใน กรอบไม่ว่าจะอยู่ตรงไหน ก็ถือว่าชอบแล้ว ศาลจะไม่เข้าไปควบคุม ซึ่งเราเรียกว่า “การตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมาย” ตรงข้ามกับ “การตรวจสอบความชอบในเนื้อหาของวัตถุประสงค์” (Zweckmaessigkeitskontrolle) ซึ่งถ้าไม่ใช่องค์กรศาลตรวจสอบ แต่เป็นผู้บังคับบัญชาที่ตรวจสอบ ได้ทั้งหมดและสามารถก้าวล่วงเข้าไปในดุลพินิจได้ด้วย เปรียบเสมือนว่า ถ้าสั่งให้เอาเก้าอี้ไว้ในห้องต่อมาเห็นว่ากะกะก็ยังสามารถสั่งให้เอาไว้ที่มุมได้ เพราะฉะนั้น ผู้บังคับบัญชาสามารถเข้าไปเปลี่ยนแปลงในเนื้อหาดุลพินิจได้ด้วย แต่องค์กรตรวจสอบที่ไม่ใช่ผู้บังคับบัญชา เช่น ตุลาการ ที่อยู่ในลักษณะถ่วงดุลอำนาจระหว่างนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ไม่ได้ทำให้ตุลาการมีลักษณะสูง ขึ้นมาเป็นฝ่ายบริหารได้ แต่อยู่ในลักษณะเสมอกากัน เพื่อ ตรวจสอบให้ปฏิบัติตามกฎหมายฝ่าย นิติบัญญัติออกมา ศาลจึงไม่สามารถก้าวเข้ามาเป็นผู้บังคับบัญชาเปลี่ยนแปลงดุลพินิจเสียเองได้ ศาลคงมีแต่เพียงอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เพราะว่าศาลเองมีฐานะเท่าเทียมกับ ฝ่ายบริหาร

สรุปองค์กรตุลาการตรวจสอบฝ่ายบริหารได้เฉพาะ

1. ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย
2. จะตรวจสอบให้เป็นผลเสียต่อผู้ร้องมิได้ (Verbot reformatio in peius)¹⁸

2.1.4 แนวความคิดและเจตนารมณ์หลักกฎหมายเกี่ยวกับอาวุธปืน

เนื่องจากปัญหาอาชญากรรมที่รัฐไม่สามารถคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่ประชาชนได้ ทำให้รัฐจำต้องให้ประชาชนมีสิทธิในการป้องกันชีวิตและทรัพย์สินของตนเอง อันถือเป็น สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรับรอง แต่การที่จะอนุญาตให้มีหรือใช้อาวุธปืนดังกล่าวได้ อย่างเสรี ถ้าไม่มีหลักเกณฑ์การควบคุมที่เหมาะสมหรือผู้ขออนุญาตไม่รู้จักวิธีใช้ที่ถูกต้อง ก็จะทำให้เกิดโทษกับตนเองและสังคมยิ่งขึ้น

ในประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายควบคุมการมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองโดย เริ่มตั้งแต่ พ.ศ. 2477 ได้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และ ดอกไม้เพลิง พ.ศ. 2477” ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมกับสถานการณ์ 5 ครั้ง จนท้ายที่สุด

¹⁸ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 52-54), โดย กมลชัย รัตนสากววงศ์ ก, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ได้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন พ.ศ. 2490” ซึ่งได้มีการบังคับใช้มาตั้งแต่วันที่ 10 กันยายน พ.ศ. 2490 จนถึงปัจจุบัน โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติม 9 ครั้ง ตามสภาพสังคมและนโยบายการควบคุมอาวูรปীনของรัฐบาลและเมื่อมีนโยบายควบคุมอาวูรปীনไม่แน่นอน ส่วนใดของกฎหมายที่จำเป็นต้องอาศัยดุลยพินิจเป็นหลัก จึงมีการเปลี่ยนแปลงตามกระแสสังคมไปด้วย โดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับความหมายของอาวูรปীন การมีอาวูรปীন การพาอาวูรปীনติดตัว และหลักข้อยกเว้นในการพาอาวูรปীনติดตัวโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการตีความและการพิจารณาหลักว่ากรณีใดมีเหตุจำเป็นและเร่งด่วนตามสมควรแก่พฤติการณ์ที่ประชาชนสามารถนำอาวูรปীনติดตัวเพื่อป้องกันตัวหรือทรัพย์สินได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

นอกจากนี้การที่กฎหมายกำหนดข้อห้ามต่าง ๆ เกี่ยวกับการมีอาวูรปীনถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับนโยบายหรือการปกครองของประเทศในลักษณะความผิดที่เรียกกันว่า “ผิดเพราะกฎหมายห้าม” การห้ามมิให้ประชาชนกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอันถือว่าเป็นความผิด จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเพื่อมิให้เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักสิทธิมนุษยชนโดยสมควร การพิจารณาแนวการควบคุมอาวูรปীনของประเทศไทยว่ามีกรอบในการควบคุมเข้มงวดเพียงใด โดยศึกษาเจตนารมณ์ในการพาอาวูรปীনติดตัว ตลอดจนหลักเกณฑ์การขออนุญาตมี ใช้ และพาอาวูรปীনติดตัว และสภาพปัญหาตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

2.2 แนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

การศึกษาแนวความคิด ทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงความหมายและลักษณะเฉพาะของฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักการพื้นฐานของการกระทำทางปกครอง รูปแบบการกระทำทางปกครอง คุณลักษณะของฝ่ายปกครอง และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครอง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 ความหมายและลักษณะของฝ่ายปกครอง

นักวิชาการหลายท่านได้อธิบายความหมายและลักษณะของฝ่ายปกครอง ซึ่งในที่นี้จะขอยกคำอธิบายของนักวิชาการบางท่านมากล่าว ดังต่อไปนี้

(1) ความหมายและลักษณะของฝ่ายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับฝ่ายปกครองว่า “ในการปกครองจำต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ ซึ่งเรียกว่า “รัฐบาล” รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ใน

การบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแนวทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ”¹⁹

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบายว่า “คำว่า “ฝ่ายปกครอง” ในที่นี้มุ่งหมายถึงฝ่ายปกครองของรัฐที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับภารกิจสาธารณะ ฝ่ายปกครองเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการปกครอง ตลอดจนบริหารกิจการเพื่อให้ภารกิจของรัฐบรรลุผล ในองค์การเอกชน เราจะพบหน่วยที่ทำหน้าที่ในลักษณะที่ถือว่าเป็นการปกครองหรือบริหารจัดการภายในองค์การ เช่นเดียวกัน เช่น หน่วยที่ทำหน้าที่บริหารงานบุคคลในบริษัท หรือหน่วยที่ทำหน้าที่บริหารจัดการภายในสมาคม หน่วยดังกล่าวอาจมีการกระทำในลักษณะที่คล้ายคลึงกับการกระทำของรัฐได้ แต่หน่วยของเอกชนดังได้กล่าวมานี้ไม่เป็นวัตถุในการศึกษาในวิชากฎหมายปกครอง”²⁰

โดยปกติทั่วไปคำรากฎหมายของไทยมักจะอธิบายความหมายของฝ่ายปกครองในแง่ของการจัดองค์กร หรือพิเคราะห์ฝ่ายปกครองจากลักษณะในทางรูปแบบ ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่มุมนี้ ฝ่ายปกครองก็คือ บรรดาหน่วยงาน องค์กร ตลอดจนเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งซึ่งใช้อำนาจในทางปกครองด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายว่า “การให้ความหมาย “ฝ่ายปกครอง” ในที่นี้พยายามจะให้ความหมายฝ่ายปกครองในแง่ของการจัดองค์กร โดยเริ่มต้นจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้แยกอำนาจออกเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ในกรณีขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ ไม่มีปัญหาในเรื่องการจัดองค์กรมากนัก เนื่องจากลักษณะขององค์กรทั้งสองมีความชัดเจนในแง่ของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรตุลาการ หรือไม่ องค์กรที่ค่อนข้างมีปัญหาในการพิจารณาคือ องค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งในส่วนขององค์กรฝ่ายบริหารอาจจำแนกเป็นรัฐบาลและฝ่ายปกครอง”²¹

¹⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 13-16), โดย ประยูร กาญจนดุล, 2523, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²⁰ กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 1-8). เล่มเดิม.

²¹ จาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 14-15), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(2) ความหมายและลักษณะของการกระทำทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้ให้คำอธิบายการกระทำทางปกครองไว้ว่า กฎหมายปกครองภาคทฤษฎีทั่วไปศูนย์รวมความคิดอยู่ที่ อะไรคือการกระทำของฝ่ายปกครอง ถ้ามิใช่การกระทำที่มีผลในทางปกครองก็อาจแยกออกมาเป็นการกระทำทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางการเมือง

การกระทำทางปกครองมีลักษณะหลากหลายมาก เพราะการกระทำในทางกฎหมายทั้งหมดอาจเป็นการกระทำในทางแพ่ง หรือทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเกินหรือปราศจากอำนาจ การกระทำนั้นก็ต้องถูกยกเลิกเพิกถอน และถ้ามีผู้เสียหายเขาก็อาจฟ้องร้องขอให้ลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาหรือให้ใช้คำสั่งใหม่ทดแทนในทางแพ่งด้วยก็ได้²²

ความหมายของการกระทำทางปกครอง

ก. การนิยามเชิงปฏิเสธ (Negative Definition) ของการกระทำทางปกครอง

การกระทำของรัฐที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ แต่เป็นอำนาจในฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ข้าราชการประจำซึ่งเป็นฝ่ายปฏิบัติการทางปกครองนั่นเอง

การกระทำทางการเมืองจัดอยู่ในองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารเช่นเดียวกับฝ่ายปกครอง แต่จะต้องดำเนินไปภายใต้ขอบเขตของรัฐธรรมนูญ หากฝ่ายนิติบัญญัตินำเอาเรื่องใดไปบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว และไม่มีกฎหมายให้คลุมพินิจไว้ ฝ่ายการเมืองจะเข้าไปแทรกแซงข้าราชการประจำซึ่งเป็นฝ่ายปฏิบัติการไม่ได้

การตรวจสอบการกระทำทางการเมืองโดยมากไม่ถูกตรวจสอบโดยศาล แต่จะถูกตรวจสอบโดยรัฐสภา ฉะนั้น จะเอาคดีการเมืองไปฟ้องศาลไม่ได้ เพราะมิใช่การกระทำในทางปกครอง ดังนั้นการตรวจสอบการกระทำทางการเมืองกับทางปกครองจึงต่างกัน แต่ทั้ง 2 กรณีนี้ก็มิได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจน ตัวอย่างคือ หากรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งมาใช้อำนาจทางปกครอง (มิใช่อำนาจทางการเมือง) มาออกใบอนุญาตและใช้อำนาจโดยมิชอบ รัฐมนตรีอาจถูกตรวจสอบได้ทั้งทางการเมืองและโดยศาลปกครองได้ การตรวจสอบทางการเมืองจึงมีขอบเขตกว้างกว่า กล่าวคือ สภาตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรี ทั้งในส่วนที่เป็นนโยบายทางการเมือง และในส่วนที่เป็นคำสั่งในทางปกครองได้ แต่ตรงกันข้ามศาลปกครองไม่อาจเข้าไปตรวจสอบทางการเมืองได้

²² กฎหมายปกครอง (น. 25). เล่มเดิม.

ข. การนิยามเชิงเนื้อหา (positive Definition) ของการกระทำทางปกครอง จะต้องศึกษาจากลักษณะของการกระทำทางปกครอง ดังนี้

1. การกระทำทางปกครองคือ การกระทำที่รัฐเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชน เช่น มีมาตรการต่าง ๆ มีคำสั่งหรือวางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในสังคม ทำให้ประชาชนผู้รับคำสั่งนั้น ๆ จะต้องปฏิบัติตาม

2. จะต้องมีการกระทำบางอย่างที่ให้คุณให้โทษแก่ประชาชน เช่น การให้เงินช่วยเหลือผู้ประสบอุบัติเหตุ ให้อุปการะศึกษา หรือให้เงินกู้เพื่อการศึกษา เป็นต้น

3. การกระทำทางปกครองในลักษณะการวางแผน เช่น การตัดถนน สร้างสนามบิน คลองส่งน้ำ สร้างทางด่วน ซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งการกระทบสิทธิและให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน เป็นลักษณะของการวางแผน แต่เมื่อนำแผนดังกล่าวไปปฏิบัติก็จะอยู่ในลักษณะของข้อ 1

1. การกระทำที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติ ตุลาการ หรือการเมือง

2. มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของประชาชน การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน รวมถึงการวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย

หน้าที่หลักของส่วนราชการ ก็คือ กระทำการเกี่ยวกับเนื้อหาในทางปกครองโดยแท้และส่วนสนับสนุนกิจกรรมทางปกครองที่มีลักษณะของการกระทำในทางแพ่ง เช่น การจัดซื้อ การว่าจ้างหรือการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ แต่ละส่วนราชการจะมีหน้าที่ในทางปกครอง และจะมีกฎหมายให้อำนาจหน้าที่แก่เจ้าพนักงาน ส่วนในทางแพ่งจะมาสสนับสนุนให้วัตถุประสงค์ของส่วนราชการบรรลุสมดังเจตนารมณ์ที่ตั้งขึ้นมา

การกระทำในทางปกครองโดยแท้ก็คือ การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเหนือประชาชน และใช้อำนาจนั้นสั่งการมากระทบสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชนภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชน ฉะนั้น ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจเหนือก็มีใช้อำนาจทางฝ่ายปกครอง จะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง²³

การออกคำสั่ง การเก็บภาษี การออกใบอนุญาต ฯลฯ เป็นการใช้อำนาจของรัฐที่อยู่เหนือประชาชน ดังนั้นจึงมีลักษณะในทางปกครอง แต่ถ้าอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค “เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง” มิใช่ “การกระทำในทางปกครอง” ถ้าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่งเกิดการผิดสัญญา เป็นคดีแพ่ง ต้องฟ้องยังศาลยุติธรรม แต่ถ้าเป็นการกระทำ

²³ จาก *ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง* (สรุปหลักกฎหมายปกครอง), โดย สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2548, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

ในทางปกครองคือมีการใช้อำนาจเหนือ โดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในการสั่งการ จะเป็นการกระทำในทางปกครอง ถ้าเกิดการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครองจะไม่ฟ้องศาล แต่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจตามกฎหมายไปบังคับให้ปฏิบัติได้ เช่น คดีสั่งรื้อถอนอาคาร ถ้าไม่รื้อถอนตามกำหนดเวลา เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจเข้าดำเนินการรื้อถอนเองได้

การกระทำทางปกครองอาจมีส่วนประกอบร่วมกันกับการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง เช่น การให้เงินช่วยเหลือ โดยพิจารณาเงื่อนไขของผู้ได้สิทธิ การได้รับเงินช่วยเหลือเป็นสาระสำคัญซึ่งการพิจารณาเงื่อนไขของผู้ได้สิทธินี้จะเป็นลักษณะของการกระทำทางปกครอง เช่น การสอบชิงทุน ก.พ. ซึ่งมีวัตถุประสงค์คัดเลือกบุคคลไปศึกษาต่อ ต้องมีการคัดเลือกบุคคล ตรงนี้จะเป็นลักษณะในทางปกครอง ซึ่งมีการใช้อำนาจเหนือในการกำหนดข้อสอบ วันสอบ แต่หลังจากสอบได้ ก็ต้องมีการทำสัญญา (ทางแพ่ง) คือ เมื่อไปศึกษาสำเร็จกลับมาแล้วก็ต้องมีการทำงานชดใช้ทุนและต้องมีผู้ค้ำประกัน กิจการดังกล่าวของฝ่ายปกครองจึงประกอบด้วย การกระทำในทางปกครอง และการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง²⁴

2.2.2 หลักการพื้นฐานสำหรับการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในนิติรัฐนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจำต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง หลักการดังกล่าวมีที่มาจากบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายปกครองระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ รวมทั้งหลักเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอีกด้วย²⁵ อันประกอบด้วยหลักการดังต่อไปนี้

(1) หลักความเสมอภาค

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 รับรองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลในการดำเนินการทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจหลุดพ้นความผูกพันตามหลักความเสมอภาคไปได้ โดยเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิดังกล่าวจึงผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

โดยเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคมีลักษณะเป็นนามธรรมสูง กรณีจึงอาจมีปัญหากำหนดให้ต้องพิเคราะห์อยู่เสมอว่า การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิในความเสมอภาคหรือไม่ หลักการเบื้องต้นในเรื่องดังกล่าวคือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะ

²⁴ กฎหมายปกครอง (น. 25-29). เล่มเดิม.

²⁵ แหล่งเดิม. (น. 57-58).

ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยอำเภอใจไม่ได้ หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันโดยอำเภอใจก็ไม่ได้เช่นกัน การปฏิบัติโดยอำเภอใจ หรือ การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหา “เกณฑ์แห่งความแตกต่าง” อันมีน้ำหนักสำคัญระหว่างสองสิ่งหรือหลายสิ่งมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้²⁶ นั่นเอง

(2) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังเผยตัวให้เห็นในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอย่างชัดเจนด้วย แต่แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดไม่ได้ทำให้หลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏตัวอย่างชัดเจนก็ไม่ได้หมายความว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ โดยละเลยหลักการดังกล่าวนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง โดยเหตุที่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับเสมอ ไม่ว่าจะมีความหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม²⁷

(3) หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง

โดยเหตุที่การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ยึดหมายได้จากปัจเจกชนผู้ตกอยู่ใต้อำนาจปกครอง ความชัดเจนแน่นอนตลอดจนความคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง ถือเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 อนุมาตรา 1 วรรคแรก วรรคสอง วรรคสาม วรรคสี่ วรรคห้า วรรคหก วรรคเจ็ด วรรคแปด วรรคนั้น อาจแตกต่างกันออกไป

²⁶ แหล่งเดิม. (น. 63-64).

²⁷ แหล่งเดิม. (น. 57-58).

ตามสภาพของการกระทำทางปกครอง แม้กระนั้นเราอาจกล่าวเป็นหลักการทั่วไปได้ว่า ยิ่งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการล่วงล้ำสิทธิ หรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชนมากเท่าใด องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดเนื้อหาของกฎเกณฑ์ให้ชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้นเท่านั้น²⁸

(4) หลักสุจริตและหลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ

ในระบบกฎหมายไทย หลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ส่วนหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 แม้หลักการทั้งสองประการดังกล่าวจะได้รับการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่อันที่จริงแล้วหลักการทั้งสองประการข้างต้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย หากพิจารณาจากหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว เราย่อมสืบสาวทั้งหลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ ออกมาจากหลักนิติรัฐได้ ด้วยเหตุนี้ในการใช้อำนาจปกครอง หรืออำนาจมหาชนในลักษณะอื่นใด องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมต้องใช้อำนาจโดยสุจริต การบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการกลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ นอกจากจะผูกพันองค์กรฝ่ายปกครองแล้วยังผูกพันราษฎรที่เข้ามาปฏิบัติสัมพันธ์กับรัฐด้วย ราษฎรคนใดกระทำการโดยไม่สุจริต รัฐย่อมไม่คุ้มครองประโยชน์ที่ราษฎรนั้นได้จากการกระทำโดยไม่สุจริตนั้น²⁹

(5) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นหลักในทางกฎหมายที่กำหนดว่า ปัจเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐย่อมสามารถเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐและความเชื่อมั่นดังกล่าวนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครอง ในกฎหมายปกครองหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นหลักการที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการกำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกไปนั้น หากเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์กับบุคคลผู้รับคำสั่งแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นได้หรือไม่ ในเงื่อนไขเช่นใด หากพิจารณาถึงไปในรายละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจมีผลสนับสนุนความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ หรือสิทธิหน้าที่ของบุคคล อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวนี้อาจขัดแย้งกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ เช่นในกรณีที่องค์กร

²⁸ จาก *กฎหมายมหาชน*, โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

²⁹ *กฎหมายปกครอง* (น. 64-65). เล่มเดิม.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง หากผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต กรณีดังกล่าวย่อมมีปัญหาค่าสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ หากถือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอย่างเคร่งครัดแล้ว ย่อมจะต้องตอบว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขสิ่งที่ผิดพลาดให้เป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งหมายความว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่หากพิจารณาในแง่มุมมองของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าว ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมจะต้องคัดค้านการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตน โดยอ้างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับ โดยเหตุที่หลักการทั้งสองประการดังกล่าวเป็นหลักการที่มีน้ำหนักใกล้เคียงกัน ในการดำเนินงานทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวไว้เสมอ โดยปกติแล้ว หากเป็นเรื่องคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมอาศัยกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการแก้ปัญหาได้ แต่แม้การกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดปัญหาไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง หรือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการออกคำสั่งไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจตัดสินใจออกคำสั่งต้องเอาหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยสั่งการ ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่จะกล่าวต่อไปด้วย³⁰

(6) หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

“ประโยชน์สาธารณะ” เป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักการในทางกฎหมายปกครองที่เรียกว่า ให้อำนาจการกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นหลักการที่อธิบายได้จากการยอมรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งปรากฏเป็นอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในระบอบประชาธิปไตย การกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวง เพื่อสันติสุขและความดีงามร่วมกัน หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักการสำคัญในการใช้กฎหมายและ

³⁰ จาก *ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*, โดย ชีระ สิงห์พันธ์, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

การตีความกฎหมาย ดังนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากปรากฏชัดว่าการเวนคืนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์คนใดคนหนึ่งได้ประโยชน์ ไม่ปรากฏว่า สาธารณะจะได้ประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น คำสั่งเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม มีข้อพึงระวังว่าการกระทำทางปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะนั้น อาจจะเป็นการกระทำที่ให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งพร้อมกันไปด้วยได้ เช่น การที่รัฐให้ทุนการศึกษาหรือให้เงินอุดหนุนเกษตรกร กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าองค์กรฝ่ายปกครองมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในการดำเนินการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองต่าง ๆ เนื่องใจในการดำเนินการดังกล่าวก็คือ องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าการกระทำของตนนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไร³¹

2.2.3 รูปแบบการกระทำทางปกครอง

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้ให้คำอธิบายการกระทำทางปกครองไว้ว่า การกระทำทางปกครอง (Administrative action) คือ การกระทำหรือการละเว้นกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งผลในทีนี้อาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนก็ได้หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครองก็ได้³²

องค์กรทางปกครองเป็นผู้ดำเนินการงานของรัฐในหลายกรณีองค์กรทางปกครองจึงได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ดำเนินการต่าง ๆ ทำให้องค์กรทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ ซึ่งอาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับผู้อื่นได้ โดยอาจเปลี่ยนแปลงสภาพทางกฎหมายของสิทธิหน้าที่ของเอกชน (Ordonnancement juridique) อันต่างกับเอกชนซึ่งมีสิทธิหน้าที่โดยสิทธินั้นเป็นเพียงประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นยอมรับไม่กล่าวล่วงให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของตนเท่านั้น แต่จะไปบังคับเปลี่ยนสิทธิของผู้อื่นที่มีได้มีความสัมพันธ์กันในเชิงนิติกรรมไม่ได้ การกระทำทางปกครองที่องค์กรทางปกครองกระทำโดยการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของเอกชนนั้นในทางทฤษฎีเรียกกันว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง ในการดำเนินการบางกรณีองค์กรทางปกครองอาจกระทำการต่อเอกชนโดยไม่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน แต่อาจใช้

³¹ จาก การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ, โดย ณรงค์เดช สุระโฆมิต, 2553, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³² จาก วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 99), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์.

ความยินยอมพร้อมใจตามหลักกฎหมายเอกชนก็ได้ เช่น การทำสัญญาเป็นต้น ด้วยเหตุนี้การกระทำทางปกครองจึงมิได้หลายลักษณะ บางลักษณะจะไม่มีผลทางกฎหมายต่อภายนอก เช่น การเตรียม การทบทวน การสอบถาม หรือการยืนยันสภาพขอสิทธิหน้าที่ส่วนการกระทำที่มีผลในกฎหมาย นั้น ในทางทฤษฎีจำแนกได้ดังนี้³³

- (1) คำสั่งทางปกครอง
- (2) คำสั่งทางตุลาการ
- (3) กฎทางปกครอง
- (4) สัญญาทางปกครอง
- (5) การกระทำทางกายภาพ

คำสั่งทางปกครอง ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในมาตรา 5 ได้มีคำนิยามไว้โดยเฉพาะซึ่งในทางทฤษฎีคำสั่งทางปกครองจะมีสาระสำคัญ คือ³⁴

1. กระทำโดยเจ้าหน้าที่ (Authority) ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย
2. เป็นการใช้อำนาจรัฐแต่ฝ่ายเดียว (Acte unilateral) บังคับแก่เอกชน
3. เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย (Regulating) มุ่งประสงค์กำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น
4. เกิดผลเฉพาะกรณี (Particular case) คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร หรือออกคำสั่งให้บุคคลออกจากพื้นที่รูกล้ำทางสาธารณะ
5. มีผลภายนอกโดยตรง (direct legal effect) คำสั่งทางปกครองเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะต้องเกิดผลทางกฎหมายขึ้นซึ่งเท่ากับมีผลต่อภายนอกโดยตรงกับผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางตุลาการ (Judicial Act) กฎหมายปกครองของหลายประเทศยอมรับว่ามีคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษทำนองการใช้อำนาจของศาล จึงเรียกคำสั่งนี้ว่าคำสั่งทางตุลาการอันเป็นชื่อเพื่อความเข้าใจในทางวิชาการ

กฎทางปกครอง เป็นกฎที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ตั้งแต่พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ และข้อบังคับ ไม่ว่าจะออกโดยองค์กรทางปกครองแห่งใด โดยหลักแล้ว

³³ แหล่งเดิม. (น. 100-177).

³⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5.

ถ้ามาตรการใดมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะแล้ว มาตรการนั้นก็คือกฎหมายไม่ว่าจะใช้ชื่อเรียกว่าอะไร

กฎหมายแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. กฎโดยสภาพ เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าถ้ามีข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นตรงตามที่กำหนดแล้วก็จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้

2. กฎโดยสมมุติ สิ่งเหล่านี้โดยสภาพไม่เป็นกฎหมายตามทฤษฎี แต่ถือกันว่าเป็นกฎหมายเพื่อให้เกิดผลในกฎหมายที่องค์กรทางปกครองตามที่กำหนดออกกฎหมายได้ กฎประเภทนี้จะมีการบังคับผลในทันทีที่ออกกฎหมาย เช่น ออกกฎกระทรวง โดยกำหนดบทเฉพาะกาล หรือการออกพระราชกฤษฎีกายกเว้นภาษีเงินได้แก่การบริจาคแก่สถาบันการกุศลบางแห่ง

สัญญาทางปกครอง ในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางปกครองด้วยกันหรือระหว่างองค์กรทางปกครองกับเอกชน อาจมีการเลือกทำสัญญากันแทนการมีคำสั่งทางปกครองก็ได้ แม้ในกรณีนั้นจะมีกฎหมายให้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองไว้แล้วก็ตามหรือเป็นกรณีไม่มีกฎหมายให้อำนาจบังคับโดยตรง การผูกพันกันก็จำเป็นต้องใช้วิธีตกลงทำสัญญา

สัญญาจะแตกต่างจากคำสั่งเพราะเป็นกรณีที่ต้องมีความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งด้วย สัญญาที่องค์กรทางปกครองนำมาใช้อาจมี 2 ชนิด คือ สัญญาตามกฎหมายเอกชน โดยองค์กรทางปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าและสัญญาประเภทนี้อยู่ในบังคับของกฎหมายปกครอง³⁵

การกระทำทางกายภาพ (Physical act) มิใช่การกระทำที่มุ่งต่อผลให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย (มิใช่นิติกรรม) แต่เป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากเหตุของข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ

การกระทำทางกายภาพอาจเกิดใน 2 กรณี

(1) มีกฎหมายให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองแต่ไม่มีการปฏิบัติตาม ถ้าเจ้าหน้าที่เห็นว่ามีความสำคัญที่จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเข้าไปปฏิบัติการเองและเรียกค่าใช้จ่ายจากผู้ฝ่าฝืน

(2) ไม่มีกฎหมายให้อำนาจแต่เจ้าหน้าที่กระทำการไปเอง ทั้งนี้ เพราะรัฐเป็นองค์กรทางปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคล จึงต้องมีบุคคลธรรมดา อันได้แก่ บรรดาเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ เป็นผู้ดำเนินการ การเคลื่อนไหวทางกายภาพต่าง ๆ จึงเป็นเรื่องปกติ เช่น การสร้างเงื่อนไซ การทำถนน การทำคลองส่งน้ำ

³⁵ จาก วิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (น. 63), โดย จิรนิติ หะวานนท์, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

การกระทำทางกายภาพ แยกออกเป็นอีก 2 ชนิด คือ

(1) การสื่อความหมาย เช่น การให้ข้อมูลข่าวสาร การปิดป้ายเตือน เป็นต้น

(2) การกระทำจริง ๆ ได้แก่ การชำระเงิน การเดินทางโดยรถราชการ การสร้างถนน หรือการก่อสร้างสถานที่ราชการ แม้ว่าการกระทำทางกายภาพมิได้มุ่งโดยตรงต่อการให้เกิดผลในกฎหมาย แต่ก็ต้องระวังให้การกระทำนี้ถูกต้องและไม่ขัดต่อกฎหมายไม่เช่นนั้นจะเกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางละเมิดปกครองหรือความรับผิดอื่นนอกเหนือสัญญาได้ (Non-contractual liability) เช่น จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ หลักการกระทำโดยมีเหตุอันควร (Reasonableness) อันเป็นหลักทั่วไปจะมีความสำคัญอย่างมากต่อการกระทำทางกายภาพ ผลของการกระทำทางกายภาพมิใช่เรื่องโมฆะหรือเพิกถอนการกระทำ แต่จะเป็นการขอให้เจ้าหน้าที่ระงับการกระทำโดยให้หยุดและให้ผู้เสียหายคืน สถานะเดิมโดยได้รับการปฏิบัติการเพื่อชดใช้ความเสียหาย

การกระทำทางปกครองจะไม่จำกัดแต่เพียงการกระทำ 5 ประเภท ข้างต้น เพราะการกระทำเรื่องต่าง ๆ จะมีกฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดการแก้ไขที่เป็นธรรมอยู่เสมอ เช่น รัฐหรือองค์กรทางปกครองอาจมีอำนาจหน้าที่ดูแลทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดความสัมพันธ์ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน กับเอกชนย่อมมีอยู่ อันจะต้องศึกษาในเรื่องทรัพย์สินของแผ่นดิน (Bien administrative) ต่อไป และความสัมพันธ์บางกรณีมิใช่เรื่องในทางสัญญาหรือละเมิด แต่ผลที่ทำได้ อาจเป็นการสัมพันธ์ในเรื่องลาภมิควรได้หรือจัดการงานนอกสั่ง³⁶

2.2.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายปกครองที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนซึ่งโดยปกติแล้วรัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน โดยกฎหมายได้ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวในการกระทำการ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกครอง ซึ่งมุ่งประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญบรรลุผลได้ ด้วยเหตุดังกล่าวหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าการกระทำนั้นก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิของเอกชนแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบดูเสมอว่า มีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำเช่นนั้นหรือไม่ เราอาจกล่าวเป็นหลักได้ว่าในระบบกฎหมายปกครอง “หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้

³⁶ จาก *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น. 154-155), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์.

หลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง ที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่มีระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ประการหนึ่ง และหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” อีกประการหนึ่ง³⁷

(1) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ

มีข้อพึงสังเกตว่า โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของตนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ อันเป็นการก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิของราษฎรได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ สิทธิที่กล่าวถึงไม่ได้หมายความว่าเฉพาะสิทธิต่าง ๆ ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่หมายถึงสิทธิที่ราษฎรได้รับมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย กรณีที่กล่าวมานี้จะไม่มีปัญหาใด ๆ สำหรับการบังคับใช้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” แต่หากเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการอันเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล แต่กระทำการ

³⁷ จาก คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง (น. 311), โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ในลักษณะที่ส่งเสริมสนับสนุนให้บุคคลนั้นใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ หรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เป็นการให้ความช่วยเหลือประชาชน กรณีดังกล่าวนี้ ยังจำเป็นต้องเรียก้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำการ โดยมีฐานทางกฎหมายรองรับหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง จำเป็นที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวและมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่ ปัญหานี้ยังเป็นปัญหาที่หาข้อยุติในทางวิชาการไม่ได้ แม้ในต่างประเทศการยึดถือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ก็มีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ย่อมมีความหมายดังนี้

ก. มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระก้ำว้างเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎร จำเป็นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว นั้นเสมอ เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลไปเข้ารับราชการทหาร การเข้าตรวจค้นเคหะสถาน การลงโทษทางวินัยแก่นักศึกษา เป็นต้น

ข. มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎรนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ความชอบธรรมในทางกฎหมาย อันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกร การอนุญาตให้กู้ยืมเงิน ไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรม จะต้องมีการกำหนดวงเงินงบประมาณเพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากมาตรการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งให้ประโยชน์แก่เอกชนรายใดรายหนึ่งหรือหลายราย เป็นมาตรการที่เห็นได้ชัดว่ากระทบกับสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนรายอื่นแล้ว จำเป็นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครองอย่างชัดเจนเสมอ มิฉะนั้นแล้ว การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญได้

ค. มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ เช่น ข้าราชการนักเรียน นักโทษ ทหารเกณฑ์ ฯลฯ ย่อมเป็นมาตรการที่มีฐานทางกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน หากมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษเหล่านั้น แต่หากมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับกับบุคคลดังกล่าวในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่กระทบสิทธิส่วนบุคคลที่บุคคลนั้นมี (ซึ่งนี้ต้องคำนึงด้วยว่าสิทธิส่วนบุคคลของ

บุคคลกลุ่มนี้อาจถูกจำกัดลงโดยสภาพของความสัมพันธ์) องค์กรฝ่ายปกครองอาจกำหนดมาตรการต่าง ๆ ได้ แม้จะไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดแจ้งมาตรการใดเป็นมาตรการที่กระทบกับสิทธิส่วนบุคคล มาตรการใดเป็นมาตรการที่เพียงแต่กำหนดขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ขององค์กรบรรลุผล และยิ่งถือไม่ได้ว่ากระทบกับสิทธิส่วนบุคคล จะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป เช่น การที่โรงเรียนประกาศกำหนดตารางสอนเทอมถัดไป สลับชั่วโมงเรียนวิชาคณิตศาสตร์เป็นวิชาแนะแนว ยิ่งถือไม่ได้ว่าการกระทำดังกล่าวกระทบสิทธิของเด็กนักเรียน จึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดแจ้งเป็นต้น³⁸

(2) หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย”

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะคือ การที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจาก หลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

ถึงแม้ว่า “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” จะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวไม่ได้มีเนื้อหาลงไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นหากองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย การกำหนดผลดังกล่าวถือเป็นเรื่องนิติบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน อย่างไรก็ตามเป็นที่ประจักษ์ชัดอยู่ในตัวว่า หากระบบกฎหมายต้องการให้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีผลบังคับแล้ว ระบบกฎหมายนั้น ๆ จะต้องกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวไว้ด้วย ในทางวิชาการและในระบบกฎหมายไทย

³⁸ กฎหมายปกครอง (น. 50-55). เล่มเดิม.

การกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายอาจเกิดผลในทางกฎหมายได้แตกต่างกันหลายกรณี เช่น การกระทำทางปกครองนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการดังกล่าวต้องการ หรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง เป็นต้น³⁹

2.2.5 ผลบังคับและการสิ้นผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลบังคับ แต่หากคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจต้องถูกยกเลิกหรือเพิกถอนให้สิ้นผลบังคับได้ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง

โดยหลักทฤษฎีทั่วไปทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับใช้เมื่อบุคคลที่ระบุไว้ในคำสั่งได้รับคำสั่ง หรือนิติกรรมทางปกครองนั้น ซึ่งแตกต่างไปจากความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ศาลอาจยกหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ เช่น เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในคำสั่งนั้นหรือต้องรับฟังผู้รับคำสั่งทางปกครอง (ผู้จะถูกกระทบสิทธิ) ก่อนที่จะสั่งการ อีกหลักหนึ่งคือหลักการให้เหตุผลในคำสั่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องทำให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายทั้งหมดจึงจะถือว่าคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งของรัฐเมื่อออกไปแล้วต้องถือว่ามีผลบังคับ ส่วนจะชอบหรือไม่ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่ง ถ้าชอบก็มีผลบังคับถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าไม่ชอบก็ต้องมีองค์การชี้ขาดว่าไม่ชอบเพราะอะไร ตราบใดที่ยังไม่มีองค์การชี้ขาดว่าชอบหรือไม่ชอบแล้ว นิติกรรมทางปกครองนั้นก็จะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักนี้อาจเทียบได้กับนิติกรรมทางแพ่งที่เป็นโมฆียะที่มีผลบังคับจนกว่าจะถูกลบออกล้าง แต่นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจให้สัตยาบันได้ แต่อาจถูกลบออกล้างโดยยกเลิกเพิกถอนได้ หรืออาจใช้ดุลพินิจไม่ไปยกเลิกเพิกถอนมันก็ได้ขึ้นอยู่กับว่ารัฐได้รับผลกระทบหรือผลเสียหายหรือไม่เพียงใด⁴⁰

³⁹ จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน พื้นฐานความรู้ทั่วไป* (น. 71-73), โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ช, 2537, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴⁰ จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1* (น. 143-146), โดย มานิตย์ จุมปา, 2549, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

(2) การสิ้นผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการออกคำสั่ง ย่อมมีอำนาจตรวจสอบ และมีอำนาจสั่งการ ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ถ้าพบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันคำสั่งทางปกครองบางอย่างมีผลบังคับในครั้งเดียวแล้วจบสิ้นไป ผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง มี 2 ประการ คือ (1) มีผลครั้งเดียวแล้วจบสิ้นไป เช่น ให้เงินช่วยเหลือในครั้งเดียวแล้วก็จบไป (2) นิติกรรมที่มีความต่อเนื่องในการใช้ เช่น ใบอนุญาตเปิดร้านอาหาร ใบอนุญาตขับขี่ ใบอนุญาตประกอบการค้ามีผลบังคับตลอด เว้นแต่ในคำสั่งนั้นจะกำหนดว่าให้มีผลบังคับกี่ปีก็มีผลไปจนถึงกำหนด (Expire) ถ้าไม่มาต่อใบอนุญาต ใบอนุญาตก็สิ้นผลในตัวของมันเอง

ประเด็นสำคัญของคำสั่งทางปกครอง ก็คือ

1. การมีผลบังคับ
2. การชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย
3. เมื่อมีการยกเลิกเพิกถอนแล้ว จะให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตตั้งแต่แรกหรือตั้งแต่วันที่ใด หรือมีผลตั้งแต่วันที่เพิกถอนไปจนถึงอนาคตก็ได้

ตัวอย่าง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ยังมีผลใช้บังคับ เพราะยังไม่มีใครไปชี้ว่ามันชอบหรือไม่ชอบ และองค์กรที่ชี้ขาดโดยหลักทั่วไปก็คือเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งนั่นเอง หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่าชอบ แต่ประชาชนผู้รับคำสั่งเห็นตรงข้าม เขาอาจอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาสูงสุดซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นก็อุทธรณ์ไม่ได้จะต้องข้ามมายังองค์กรตุลาการให้ตรวจสอบ แต่อำนาจตรวจสอบขององค์กรตุลาการ กับองค์กรผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในฝ่ายบริหารนั้น ต่างกันตรงที่ผู้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหารจะตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและการใช้ดุลพินิจ ถ้ากรณีนั้นกฎหมายให้อำนาจเรื่องดุลพินิจไว้ด้วย เพราะเป็นผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจแก้ไขได้เต็มที่ โดยผูกพันกับหลักกฎหมายปกครองที่ว่ากระทำการทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ (Rechtsmaessigkeit und Zweckmaessigkeit)

อำนาจตุลาการไม่มีอำนาจไปปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขอำนาจดุลพินิจได้ แก้ไขได้แต่เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นเอง เพราะดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารไม่ใช่อำนาจฝ่ายตุลาการ ตุลาการมีอำนาจเพียงแต่ตรวจสอบให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น เช่น คำสั่งของการลงโทษทางวินัยของทางราชการ ในกรณีที่ผิดวินัยอย่างร้ายแรง ถ้ามีกฎหมายเขียนไว้ก็ไม่มีปัญหา หากไม่มีก็ต้องมีการตีความ โดยใช้ดุลพินิจว่าแก้ไขโทษเพียงใดที่ถือว่าร้ายแรง ซึ่งโทษก็คือปลดออกและไล่ออก

เมื่อมีการผิวนัยอย่างร้ายแรง ฝ่ายบริหารก็จะใช้ดุลพินิจว่า โทษควรอยู่ตรงไหนซึ่งองค์กรศาลไม่สามารถมาปรับเปลี่ยนตรงนี้ได้ เว้นแต่ว่าความจริงไม่ใช่เรื่องร้ายแรง แต่ฝ่ายบริหารเห็นว่าร้ายแรง ศาลจะสั่งให้ปรับแก้แล้วให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจใหม่

จะเห็นได้ว่าอำนาจในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการนั้น จะตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่จะไม่ก้าวล่วงไปปรับเปลี่ยนดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย เว้นแต่ดุลพินิจนั้นทะลุขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหมือนกับมีนิติกรรมทางปกครองบางประการที่ออกมาแล้วผู้รับคำสั่งไม่จำเป็นต้องปฏิบัติก็ได้ หรือไม่จำเป็นต้องรองจนกว่าจะมีผู้ชี้ขาดหรือยกเลิกเพิกถอน ถ้าหากว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง โดยสภาพแล้วเป็นไปไม่ได้ ไม่ชอบด้วยเหตุผลในตัวของมันเอง (เช่น ตึกสูง 15 เมตร กฎหมายกำหนดว่าห้ามสูงเกิน 15 เมตร แต่เจ้าหน้าที่มาสั่งให้รื้อ ดังนั้นเราไม่ต้องรื้อ เพราะไม่ได้สูงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด นิติกรรมทางปกครองก็ไม่เป็นผล เช่นเดียวกับการให้สัญชาติไทยกับคนที่มีสัญชาติไทยอยู่แล้ว หรือถ้าคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ทราบว่าเป็นของหน่วยงานใด ที่ถือว่านิติกรรมนั้น ไม่มีผลบังคับเพราะไม่รู้ว่าจะปฏิบัติได้อย่างไร และไม่รู้ว่าเป็นคนสั่ง⁴¹

(3) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

การจะต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ฝ่ายที่เคร่งครัดเห็นว่า เมื่อไม่ชอบแล้วก็ต้องทำให้หมดไปโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนไปเสีย แต่มีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า มาดูในรายละเอียดว่าสมควรยกเลิกหรือไม่เพราะหากยกเลิกทั้งหมด ย่อมไม่อยู่ในวิสัยที่จะทำได้ เพราะกำลังเจ้าหน้าที่อาจมีไม่พอ หรือไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐ และประชาชน จึงควรให้เป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้บังคับใช้กฎหมายนั้น ๆ ให้ยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

สำหรับข้อพิจารณาในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ในประเด็นนี้แทบทุกประเทศคงจะยอมรับกันว่าไม่อยู่ในวิสัยที่กฎหมายจะไปบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเสมอไป เพราะมีมากมาย อีกทั้งจำนวนเจ้าหน้าที่การตรวจสอบก็มีน้อย โอกาสที่จะควบคุมยากมาก คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คุณสมบัติของผู้ได้รับอนุญาตจะต้องมีอยู่ตลอดไป เช่น การขอเปิดร้านอาหารโดยมีข้อกำหนดว่าผู้ขออนุญาตต้องไม่เป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง ต่อมาข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปผู้ขออนุญาต

⁴¹ จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ค., 2544, กรุงเทพฯ: มปท.

เป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง ดังนั้นคุณสมบัติที่จะได้ใบใบอนุญาตก็หมดไปด้วย แต่ตัวใบอนุญาตยังอยู่ ซึ่งในทางกฎหมายแล้วเขาไม่ควรจะได้รับใบอนุญาตเปิดร้านอาหารอีกต่อไป

ในกรณีที่ข้อกำหนดเปลี่ยนแปลงไป หรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป จะเป็นคุณหรือภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเข้ามาให้ความเป็นธรรมเป็นกรณีเฉพาะราย โดยทฤษฎีแล้วต้องเข้ามายกเลิกเพิกถอน และเข้ามาปรับปรุงคำสั่งทางปกครองนั้นให้ชอบด้วยกฎหมาย

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ที่สามารถเข้ามาแก้ไขได้ตลอดเวลาไม่ว่าขณะออกจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมาย แต่ในอนาคตข้อกำหนดหรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป ทำให้สิ่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ตัวคำสั่งยังมีผลอยู่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องเข้ามายกเลิกเพิกถอนเป็นกรณีเฉพาะราย

ในประเด็นเรื่องผลย้อนหลัง โดยหลักแล้วจะย้อนหลังเป็นโทษมิได้แต่เป็นคุณได้ ซึ่งจะต้องดูเป็นราย ๆ ไปว่าเป็นธรรมหรือไม่ ถ้าให้เพิกถอนขณะนั้น จะไม่เป็นธรรมก็ให้มีผลในอนาคตได้ เช่นตัวอย่างคุณยายได้เงินประกันสังคมเดือนละ 10,000 บาท ต้องจ่ายค่าเช่าบ้าน 5,000 บาท ต่อมาตรวจสอบว่าคุณยายไม่เหมาะสมได้รับเงิน 10,000 บาท จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น เห็นได้ว่าถ้าเพิกถอนในขณะนั้นเลยจะไม่เป็นธรรมกับคุณยาย ควรจะเพิกถอนในอนาคตโดยให้เวลาในการหาเช่าบ้านใหม่

สรุปได้ว่า ผลของการยกเลิกเพิกถอนที่จะย้อนในอดีตหรือวันที่ทำคำสั่งหรือในอนาคตนั้น ต้องดูแต่ละเรื่องเพื่อความเป็นธรรมเฉพาะรายไปแต่อาจสร้างหลักทั่วไปได้ว่า หากใช้สิทธิไม่สุจริตก็อาจมีผลย้อนหลังตั้งแต่วันเริ่มแรก แต่ถ้าสุจริตก็อาจมีผล ณ วันออกคำสั่งหรือในอนาคต

สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในวันขณะที่ออก ถึงอย่างไรก็จะยกเลิกโดยให้มีผลย้อนหลังไม่ได้

สำหรับคำสั่งที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ถ้าภาระนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถยกเลิกได้เสมอ

สำหรับคำสั่งที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ถ้าขณะออกชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาออกกฎหมายว่าไม่ชอบแล้ว ความเชื่อใจไว้วางใจของประชาชนในนิติกรรมของฝ่ายปกครองย่อมหมดไป โดยหลักกฎหมายมหาชนไม่ใช่เรื่องที่ทำไม่ได้เลย ถ้าประโยชน์ของมหาชนเหนือกว่าก็ทำได้ แต่รัฐต้องชดใช้ค่าทดแทน แต่ถ้าตอนออกใบอนุญาตไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐก็ไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทน เช่น สัมปทานป่าไม้ ถ้าเห็นว่าการตัดไม้ทำลายป่าจะเป็นภัยอันตราย

แก่ประชาชนอย่างใหญ่หลวง รัฐก็ชอบที่จะเพิกถอนใบอนุญาตได้ แต่จะต้องชดเชยค่าทดแทน เว้นแต่ถ้าการได้สัมปทานมานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เกิดจากการให้สินบนเจ้าพนักงาน ดังนั้นผู้ได้รับสัมปทานย่อมสิ้นสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทน⁴²

2.3 แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

ในการกระทำทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจและกระทำการ โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเหมาะสมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมักมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจหน้าที่โดยอำเภอใจอยู่บ่อย ๆ และเนื่องจากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้ทันที ซึ่งอาจเกิดผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีระบบหรือกลไกการควบคุม และตรวจสอบการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เหมาะสม และเป็นธรรม และเป็นการเยียวยาบรรเทาทุกข์แก่ผู้ตกอยู่ใต้คำสั่งทางปกครองผู้ได้รับผลกระทบ ในที่นี้จึงจะได้ศึกษาในแนวความคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ดังต่อไปนี้

2.3.1 ลักษณะและประเภทของการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

พิจารณาในแง่ขององค์กรซึ่งทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง สามารถแยกประเภทขององค์กรควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้เป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

(1) การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง คือ การควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองก่อนมีคำสั่งทางปกครองหรือภายหลังมีคำสั่งทางปกครองแล้วแต่กรณี โดยกำหนดให้ องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั่นเองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น ๆ เองได้ ซึ่งการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในลักษณะนี้อาจจำแนกออกได้เป็น การควบคุมตรวจสอบโดยผู้มีอำนาจเหนือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

(2) การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง อาจแยกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

⁴² แหล่งเดิม. (น. 56-57).

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติ ได้แก่ การที่สมาชิกรัฐสภามีสิทธิตั้งกระทู้ถามให้ฝ่ายบริหารตอบ เรียกว่าควบคุมโดยการตั้งกระทู้ถามประการหนึ่ง และการที่สมาชิกรัฐสภามีสิทธิเข้าชื่อกัน เพื่อเปิดอภิปรายลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรีหลังจากที่บริหารราชการแผ่นดินไปได้ขณะหนึ่ง เรียกว่า การควบคุมโดยการเปิดอภิปรายอีกประการหนึ่ง⁴³

การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึงองค์กรของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับภารกิจของรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยเป็นองค์กรของรัฐที่มีสถานะพิเศษ ซึ่งได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติภารกิจหน้าที่ได้โดยอิสระปลอดพ้นจากการแทรกแซงขององค์กรของรัฐอื่นหรือสถาบันการเมืองอื่นรวมทั้งอยู่เหนือกระแสและการกดดันใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายในสังคมในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง⁴⁴ ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดินคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการการเลือกตั้ง

(3) การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยศาลถือว่าเป็นวิธีการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าระบบอื่น ๆ เนื่องจากศาลหรือองค์กรฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่เป็นอิสระและไม่อยู่ใต้อิทธิพลทั้งโดยทางตรงและโดยทางอ้อมขององค์กรทางการเมืองทั้งรัฐบาล และรัฐสภา หรือองค์กรฝ่ายปกครองใด ๆ และวิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นกระบวนการที่เปิดเผยสาธารณชนสามารถเข้าฟังการพิจารณาได้รวมทั้งเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานเข้ามาสู้เพื่อสนับสนุนข้ออ้างฝ่ายตนหรือเพื่อหักล้างข้ออ้างของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ซึ่งเป็นหลักประกันได้ว่าศาลจะไม่ใช้อำนาจไปตามอำเภอใจเพราะอยู่ในสายตาของสาธารณชนตลอดเวลาและคำพิพากษานั้นจะวางอยู่บนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ถูกต้องอย่างแท้จริง⁴⁵

⁴³ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (น. 173), โดย พรชัย เกื่อนฉวี, 2554, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁴⁴ นกตล เสงเจริญ. (2549). *องค์กรอิสระ: ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ*, สืบค้น 9 กันยายน 2556, จาก www.pub-law.net/view.aspx?id=895

⁴⁵ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2551). *การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*. สืบค้น 9 กันยายน 2556, จาก <http://www.archanpoo.net>

สำหรับระบบศาลที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้นั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ ได้แก่ ระบบศาลเดี่ยว และระบบศาลคู่ ดังต่อไปนี้

ระบบศาลเดี่ยว คือระบบกระบวนการยุติธรรมที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครองด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย และต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวและขึ้นศาลเดียวกันไม่ว่าเอกชนหรือฝ่ายปกครอง

ระบบศาลคู่คือระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นหลักเท่านั้น ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งมีระบบศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดของตนเองเป็นเอกเทศต่างหากเป็นอิสระจากระบบศาลยุติธรรม โดยผู้พิพากษาศาลปกครองจะมีคุณสมบัติเฉพาะและมีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายปกครองเป็นพิเศษ

2.3.2 ลักษณะและประเภทของการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาโดยละเอียดเกี่ยวกับลักษณะและประเภทขององค์กรภายในฝ่ายปกครองซึ่งทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองกรณี โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั่นเองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น ๆ เองได้ ซึ่งอาจจำแนกองค์กรดังกล่าวออกได้เป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบโดยผู้มีอำนาจเหนือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) การควบคุมตรวจสอบโดยผู้มีอำนาจเหนือ

การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยผู้มีอำนาจเหนือ อาจแยกผู้มีอำนาจเหนือออกเป็นผู้บังคับบัญชาและโดยผู้กำกับดูแล ซึ่งถือว่าเป็นการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่ง

อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ปกครองผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม สามารถกลับ แก้ ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นประการอื่น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่จะใช้ในทางที่เหมาะสมแต่ขัดต่อกฎหมายได้

อำนาจควบคุมกำกับคือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหนือองค์กร และเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป⁴⁶

ข้อที่แตกต่างกันระหว่างการควบคุมบังคับบัญชากับการกำกับดูแล ที่สำคัญมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่งอำนาจของผู้บังคับบัญชาในการควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดจากการจัดระเบียบภายในหน่วยงานหรือเป็นไปตามหลักการบังคับบัญชา จึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายมาบัญญัติให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะอีกส่วนอำนาจของผู้กำกับดูแลนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะและใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

ประการที่สอง คือผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ทั้งในเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (Legalite) และควบคุมได้ในเรื่องของความเหมาะสม (Opportunité) แต่การกำกับดูแลนั้นผู้มีอำนาจกำกับดูแลจะควบคุมเฉพาะเรื่อง ความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมเรื่อง ความเหมาะสมของการกระทำด้วยเพราะว่าเป็นหลักการและเหตุผลตามหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) การเข้าไปควบคุมเรื่องความเหมาะสมจะกลายเป็นการทำลายความเป็นอิสระ (Autonomie) ขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่นหรือขององค์กรมหาชน⁴⁷

(2) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นกระบวนการตรวจสอบการกระทำทางปกครองภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจแก้ไขบรรดาข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนให้หมดสิ้นไป โดยบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองสามารถที่จะร้องขอให้หน่วยงานของฝ่ายปกครองนั่นเอง ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น หรือหน่วยงานของฝ่ายปกครองนั้นในระดับสูงขึ้นไป ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานทางปกครองที่ได้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยการยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานดังกล่าว หรือองค์กรตามกฎหมายที่มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์โดยเฉพาะ เพื่อให้ดำเนินการพิจารณา ตรวจสอบ ทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งอาจจะนำไปสู่การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองสามารถที่

⁴⁶ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 78). เล่มเดิม.

⁴⁷ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2551). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. สืบค้น

จะพิจารณาบทบาทคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริง ปัญหาข้อกฎหมาย หรือปัญหาความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง

ระบบของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอาจแบ่งแยกได้เป็นหลายระบบ เช่น ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ ได้แยกระบบอุทธรณ์ออกเป็น 3 ระบบ⁴⁸ คือ ระบบอุทธรณ์ปกติ ระบบอุทธรณ์บังคับ และระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ แต่ในที่นี้ขอแยกพิจารณาการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นอุทธรณ์ไม่บังคับ และ อุทธรณ์บังคับ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ เป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่า หากคู่กรณีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาล คู่กรณีจะต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน หากแต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะที่เป็นทางเลือกให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือจะนำคดีไปฟ้องร้องศาลได้โดยตรง ดังนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้ใช้ระบบอุทธรณ์เพื่อเลือก ด้วยเหตุนี้จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ เป็นสำคัญ

2. ระบบอุทธรณ์บังคับ เป็นระบบอุทธรณ์ที่บังคับให้คู่กรณีจะร้องคำดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาล หากคู่กรณีไม่ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ศาลย่อมไม่อาจพิจารณาคดีดังกล่าวได้ การอุทธรณ์ในระบบบังคับจึงกลายเป็นเงื่อนไขในการรับเรื่องไว้พิจารณา ด้วยเหตุนี้เอง จึงถือว่าสถานะในทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์เป็นกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างกฎหมายสารະบัญญัติและกฎหมายวิธีบัญญัติ กล่าวคือ การอุทธรณ์เป็นจุดเชื่อมระหว่างการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขในการรับฟ้องคดีของศาลในขณะเดียวกัน⁴⁹

วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อันเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง หลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง และให้การเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์สรุปได้ดังต่อไปนี้

1. ในด้านที่เกี่ยวกับประชาชนหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง การอุทธรณ์จะเป็นมาตรการให้ความคุ้มครอง หรือเป็นหลักประกันสิทธิทางกฎหมายแก่ประชาชนเพื่อเยียวยาทุกข์ให้แก่บุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

⁴⁸ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. เล่มเดิม.

⁴⁹ จาก กฎหมายปกครองสำหรับนักศึกษาคณะรัฐศาสตร์ (น. 143-147), โดย กิจปติ ก้องเบญจกุล, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

2. ในด้านที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะมีผลทำให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสพิจารณาทบทวนการออกคำสั่งทางปกครองของตนว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ ตลอดจนความเหมาะสมในการออกคำสั่งทางปกครอง หากพบข้อบกพร่องก็จะดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับหลักในเรื่องหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

3. ในด้านที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม การจัดทำให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อนนั้น จะช่วยแบ่งเบาภาระของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง โดยช่วยลดจำนวนของคดีหรือข้อพิพาททางปกครองที่จะขึ้นไปสู่ศาลให้น้อยลง ทั้งนี้ เนื่องจากข้อพิพาทในบางเรื่องอาจสามารถที่จะยุติลงได้ในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองยังจะช่วยทำให้ข้อพิพาทที่จะขึ้นไปสู่การพิจารณาขององค์กรศาลมีประเด็นข้อพิพาทที่เด่นชัดขึ้น ทำให้เป็นการง่ายและสะดวกต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล⁵⁰

(3) การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทถือได้ว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองอีกรูปแบบหนึ่ง เพราะคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ ล้วนแต่เป็นองค์กรที่อยู่ในโครงสร้างขององค์กรฝ่ายปกครอง หากแต่เป็นองค์กรที่มีความอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาท เหตุผลที่กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรควบคุมและตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองมีเหตุผลที่สำคัญ ดังนี้

1. การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมักจะประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่มีความชำนาญในด้านนั้น ๆ ดังนั้น การตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเปรียบเสมือนการตรวจสอบในทางข้อเท็จจริงจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งหากเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจะมีส่วนช่วยให้การพิจารณาของศาลมีความรวดเร็วขึ้น

2. การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความรอบคอบ ก่อนที่เรื่องดังกล่าวจะไปสู่การตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก (ศาล) ซึ่งหากเรื่องใดคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าไม่ถูกต้อง ก็อาจวินิจฉัยแก้ไขให้ถูกต้องก่อนที่เรื่องจะไปสู่องค์กรศาล อันเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลอีกด้านหนึ่ง

⁵⁰ จาก *กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539* (น. 109), โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2541, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

3. การให้มีการตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีกระบวนการที่ไม่มีแบบพิธี ดังนั้นการเข้าถึงของประชาชนจึงสะดวกไม่มีความยุ่งยาก รวมทั้งค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการไปฟ้องร้องยังองค์กรศาล การตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเป็นการตรวจสอบในชั้นสุดท้ายก่อนที่ไปสู่องค์กรภายนอกที่มีกระบวนการเป็นแบบพิธี และมีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่าการตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท⁵¹

ลักษณะของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

1. คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายด้วยเหตุที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของตน การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น ด้วยเหตุนี้เอง องค์กรที่จะมีอำนาจวินิจฉัยแล้ว ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมาย และด้วยเหตุนี้เอง เงื่อนไขในเบื้องต้นของการเป็น “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” จึงต้องเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย นอกเหนือจากเหตุผลของการวินิจฉัยข้อพิพาทก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลแล้ว การที่จะทำให้ภาระหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทบรรลุ ความมุ่งหมายได้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจำเป็นต้องมีอำนาจตามกฎหมายในการที่จะเรียก บุคคลหรือพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาท ดังนั้น ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เพื่อดำเนินภารกิจดังกล่าวได้⁵² และกฎหมายที่จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นต้องเป็น กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น

2. องค์กรนั้นต้องมีความอิสระไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหารในการพิจารณาว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” จะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้ บังคับของฝ่ายบริหารนั้น ในประเด็นนี้จะต้องแยกพิจารณาระหว่างความเป็นอิสระในแง่ของ “องค์กร” กับความเป็นอิสระในแง่ของ “การทำหน้าที่วินิจฉัย” ความเป็นอิสระของคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทนั้นเรียกร้อยเฉพาะความเป็นอิสระในแง่ของ “องค์กร” เท่านั้น กล่าวคือ คณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทจะต้องไม่ใช่องค์กรที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหารแต่ในขณะที่ความเป็นอิสระในแง่ของการทำหน้าที่วินิจฉัยนั้นมีข้อเรียกร้องแตกต่างไปจากองค์กรตุลาการ หรือผู้พิพากษา องค์กร ตุลาการนั้นเรียกร้อยความเป็นอิสระทั้งในแง่ของ “องค์กร” และในแง่ของ “การทำหน้าที่” ของ

⁵¹ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 123-124). เล่มเดิม.

⁵² หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 124-125). เล่มเดิม.

ผู้พิพากษาในการวินิจฉัยบรรดคดีด้วย ทั้งนี้ ได้มีการบัญญัติเรื่องหลักประกันความอิสระของผู้พิพากษาไว้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ความอิสระในแง่ของการทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทนั้น กรรมการที่อยู่ในคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมิได้มีหลักประกันความอิสระเหมือนกรณีผู้พิพากษา⁵³

3. องค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท กล่าวคือ องค์กรที่จะเป็น “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” นั้น จะต้องเป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ลักษณะขององค์กรที่วินิจฉัยข้อพิพาทจึงเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยแล้วย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น⁵⁴

4. องค์กรนั้นจะต้องมีวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยเหตุที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่วินิจฉัยก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทดังกล่าว องค์กรนั้นจะต้องมีวิธีพิจารณาเพื่อให้เกิดความมั่นใจต่อผู้ที่จะถูกวินิจฉัยจากคณะกรรมการดังกล่าวว่าข้อพิพาทของตนได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง คณะกรรมการพิจารณาโดยการรับฟังเหตุผลของผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งสองฝ่าย การวินิจฉัยของคณะกรรมการจะต้องมีการให้เหตุผล เป็นต้น นอกจากนี้วิธีพิจารณาของคณะกรรมการจะต้องกำหนดเรื่ององค์ประชุมที่ดี หรือองค์มติที่ดี รวมทั้งการให้สิทธิคู่กรณีในการคัดค้านกรรมการ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวควรต้องปรากฏในวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

การที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องมีวิธีพิจารณาในการที่จะวินิจฉัยข้อพิพาท จึงมีการเรียกองค์กรในลักษณะนี้ว่า “องค์กรกึ่งตุลาการ” เพราะมีลักษณะบางประการคล้ายกับองค์กรตุลาการ กล่าวคือ เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาท และเป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นไปตามวิธีพิจารณาที่ได้กำหนดไว้แล้ว เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่คู่กรณี แต่ที่แตกต่างไปจากองค์กรตุลาการคือ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมิได้มีหลักประกันความอิสระเช่นเดียวกับตุลาการ เพียงแต่มีความเป็นอิสระในแง่ขององค์กรเท่านั้น⁵⁵

⁵³ จาก *หลักกฎหมายมหาชน*, โดย กิจจติ ก้องเบญจกุล, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁵⁴ *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. เล่มเดิม.

⁵⁵ *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (น. 130-131). เล่มเดิม.

2.4 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายอาชญากรรมในประเทศไทย

อาชญากรรมเป็นศาสตราวุธอันร้ายแรง สามารถที่จะทำอันตรายต่อชีวิตและร่างกายแก่บุคคลได้โดยง่าย หากอยู่ในความครอบครองของบุคคล และนำไปใช้ในทางมิชอบแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น และอาจทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายถึงชีวิตได้ ดังนั้นความคิดที่จะออกกฎหมายควบคุมการมีอาชญากรรมไว้ในครอบครองของบุคคลจึงมีมานานแล้ว ในสมัยกรุงศรีอยุธยา พ.ศ. 2295⁵⁶ ได้มีการออก “กฎให้แก่ผู้รักษาเมืองผู้รั้งกรมการเมือง จ.ศ. 114” กำหนดให้มีการทำตำหนิรูปพรรณปืนไว้ว่า

“.....ถ้าลูกบ้านนั้นมีปืนไว้สำหรับตัวใช้ก็ให้เอาปืนนั้นมาช่วยบอกแก่ผู้ใหญ่ นายบ้าน และให้ผู้ใหญ่บ้านนั้นวัดชันยาว และกฎหมายเอารูปพรรณปืนนั้นไว้ ถ้าแลหาจากภูมิได้ ก็ให้เอาไปให้ผู้รักษาเมือง ผู้รั้งกรมการเมืองจากปืนนั้นลงไว้ในล้ากลองปืนนั้นให้สำคัญตามกฎหมาย แล้วให้มอบปืนนั้นไว้ให้แก่ เจ้าของให้เอาไว้สำหรับตัว.....”

ต่อมาก็ได้มีข้อบังคับเกี่ยวกับอาชญากรรม เท่าที่ปรากฏส่วนใหญ่มักอยู่ในรูปของประกาศ กล่าวคือ ในปี จ.ศ. 1220 (พ.ศ. 2401) ได้มี “ประกาศตั้งผู้จับคนยิงปืนในแขวงกรุงเทพฯ โดยมีได้บอก ปากเสียง” และในปี จ.ศ. 1220 นั้นเองก็ได้มี “ประกาศเรื่องยิงปืนให้ขออนุญาตก่อน” ในปี จ.ศ. 1229 (พ.ศ. 2401) มี “ประกาศห้ามไม่ให้พนักงานผู้ยิงปืนพิชิตรุษทำอย่างอ้ายนาก อ้ายเข้ม ปีเถาะนพศก” ในประกาศฉบับนี้มีความบัญญัติว่าอ้ายนากหลวงสุรินทรเดช และอ้ายเข้ม ขุนจงใจยุทธ ทำความผิดให้ขัดเคืองใต้ฝ่าละอองฯ ให้ลงพระราชอาญาจำไว้ ณ คุณ ถ้าพนักงานยิงปืนในพระราชพิชิตรุษ ณ วันที่ 14 ๆ 4 คำ ปีเถาะนพศก ถ้าผู้ที่ต้องเกณฑ์ยิงปืนกระทำความผิดให้ขัดเคืองใต้ฝ่าละอองฯ เหมือนอย่างอ้ายนาก อ้ายเข้ม จะเอาตัวผู้นั้นทำโทษถึงประหารชีวิตพร้อมด้วยกันกับอ้ายนาก อ้ายเข้มนั้น

ต่อมาไม่ปรากฏแน่ชัดว่าเป็นปีใดได้มี “ประกาศยิงปืนอาภูนา ฟังตะวันตก”

ในปี จ.ศ. 1236 (พ.ศ. 2417) มี “ประกาศเรื่องปืนแคตริงกัน” โดยกำหนดห้ามมิให้ซื้อขายแลกเปลี่ยน หรือหาไว้ใช้สอยซึ่งปืนแคตริงกัน

ในปี จ.ศ. 1246 (พ.ศ. 2427) มี “ประกาศห้ามเครื่องศาสตราวุธ กระสุนดินดำ” โดยกำหนดห้ามมิให้นำเครื่องศาสตราวุธ และกระสุนดินดำและเครื่องระเบิดต่าง ๆ เข้ามาในราชอาณาจักร และในปี จ.ศ. 1246 (พ.ศ. 2427) มี “ประกาศเจ้านครเชียงใหม่ ห้ามมิให้ราษฎรลักลอบซื้อเครื่องศาสตราวุธ กระสุนดินดำ”

⁵⁶ จาก คู่มือปฏิบัติงานอาชญากรรม พ.ศ. 2548 เล่ม 1 ฉบับรวมกฎหมายอาชญากรรม (น. 161-164), โดย กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, 2549, กรุงเทพฯ: อสารักษาดินแดน กรมการปกครอง.

ต่อมา ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2442) มี “ประกาศข้อบังคับสำหรับอาวุธต่าง ๆ กระสุนปืน ซึ่งมาจากต่างประเทศให้ใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 118” โดยห้ามมิให้ผู้ใดบรรทุกเครื่องศาสตราวุธกระสุนปืนเข้ามาในราชอาณาจักรสยาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานฝ่ายสยามก่อน และให้ตราพระราชบัญญัติสำหรับเครื่องกระสุนปืนต่าง ๆ เข้าโดยผิดกฎหมายที่กำหนดไว้มีโทษปรับหรือจำขัง หรือทั้งจำทั้งปรับและให้รับเป็นของรัฐบาลสยาม

ในปี ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2442) อีกเช่นกันได้มี “ประกาศห้ามมิให้ถืออาวุธปืนและยิงปืน และให้จุดได้ตามเพลิงในเวลากลางคืนในมณฑลต่าง ๆ ” แต่ประกาศฉบับนี้ยกเลิกไปในปี ร.ศ. 128 (พ.ศ. 2452)

ในปี ร.ศ. 125 (พ.ศ. 2449) ก็ได้มี “ประกาศข้อบังคับสำหรับการที่จะนำปืนและปืนคนกระสุนปืนเข้ามาในมณฑลภูเก็ต” ซึ่งเป็นการในอำนาจข้าหลวงเทศาภิบาล และผู้ว่าราชการเมืองในมณฑลภูเก็ต ออกใบอนุญาตให้นำปืนเข้ามาในเมืองได้ตามข้อบังคับที่กำหนดไว้

ในปี ร.ศ. 131 (พ.ศ. 2455) จึงได้มี “พระราชบัญญัติอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน รัตนโกสินทรศก 131” พระราชบัญญัติฉบับนี้ห้ามมิให้ผู้ใดทำ หรือซ่อมแซม หรือค้าขาย หรือมีอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืนในราชอาณาจักรโดยมิได้รับอนุญาตจากรัฐบาล และห้ามมิให้ส่งเข้ามาในราชอาณาจักรหรือซึ่งอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐบาลส่วนอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืนที่ใช้ในการทำสงครามห้ามมิให้ออกใบอนุญาตในการนำเข้า ทำ ซ่อมแซม เป็นอันตราย แต่เมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน รัตนโกสินทรศก 131 (พ.ศ. 2455) นั้นให้ใช้บังคับเฉพาะกรุงเทพมหานคร (ตั้งแต่ 1 ตุลาคม ร.ศ. 131 เป็นต้นไป) และได้กำหนดว่าถ้าจะใช้บังคับในมณฑลอื่นจะประกาศในราชกิจจานุเบกษาจนกระทั่ง วันที่ 7 สิงหาคม ร.ศ. 132 (พ.ศ. 2456) จึงมี “ประกาศให้ใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน รัตนโกสินทรศก 131” กำหนดให้ใช้บังคับใน 17 มณฑล ตั้งแต่ 1 พฤศจิกายน ร.ศ. 132 (พ.ศ. 2456) เป็นต้นไป

หลังจากได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน รัตนโกสินทรศก 131 แล้วก็ได้มีประกาศและกฎเสนาบดีต่าง ๆ ที่ออกตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน รัตนโกสินทรศก 131 และในปี พ.ศ. 2458 ก็ได้มี “ประกาศแก้ไขเปลี่ยนแปลง พระราชบัญญัติอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน รัตนโกสินทรศก 131” โดยกำหนดคำว่าอาวุธปืนเสียใหม่ ให้หมายความว่าเป็นอาวุธปืนทุกชนิดรวมทั้งปืนที่ใช้ยิงได้โดยวิธีอัตโนมัติ หรือเครื่องกลอย่างใด ๆ และตลอดถึงส่วนใดของอาวุธปืน ๆ ด้วย แต่ไม่กินถึงปืนสำหรับเด็กเล่น

จนถึงปี 2477 จึงประกาศใช้ “พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และดอกไม้เพลิง พุทธศักราช 2477” บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) ห้ามมิให้ผู้ใดมีอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืนบางชนิด เช่น อาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืนที่ใช้ในสงคราม

2) กำหนดการอนุญาตให้บุคคลผู้ใดมิได้ออกร้านค้าอาวุธปืน หรือผู้ทำมีอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืนได้โดยการได้รับอนุญาตก่อน

3) มีการอนุญาตให้ผู้ออกร้านค้าอาวุธปืน หรือผู้สั่งทำ ซ่อม และค้าอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนได้โดยได้รับอนุญาตก่อน

4) วัตถุระเบิด และดอกไม้เพลิง ห้ามมิให้ผู้ใดทำ สั่งนำเข้า ค้าหรือมีเว้นแต่จะได้รับอนุญาตก่อน

5) ถ้าผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ต้องระวางโทษจำคุก ปรับ และทั้งจำทั้งปรับ พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และดอกไม้เพลิง พุทธศักราช 2477 นั้น ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวม 5 ครั้ง ดังนี้

1) “พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และดอกไม้เพลิง แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2477” ซึ่งเป็นการแก้ไขบทเฉพาะกาลโดยกำหนดให้ผู้มีอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืนโดยไม่ได้รับอนุญาตไปขอรับใบอนุญาตได้

2) “พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และดอกไม้เพลิง แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2477 (ฉบับที่ 3)” เป็นการแก้ไขคุณสมบัติของผู้ที่จะมาขอใบอนุญาตมีอาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน

3) “พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และดอกไม้เพลิง (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2479” โดยกำหนดยกเว้นไม่ให้บังคับอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุ

ระเบิด และดอกไม้เพลิง ซึ่งเจ้าพนักงานได้รับมาจากรัฐบาลเพื่อทำตามหน้าที่ หรือรัฐบาลสั่งเข้ามา นำเข้ามา ส่งออกไป ทำขึ้นมาขาย หรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น แต่อาวุธของกระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาลนอกจากกระทรวงกลาโหมและกรมตำรวจให้รัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รักษาการมีอำนาจจำกัด ชนิดและจำนวนได้ และไม่บังคับถึงอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และดอกไม้เพลิง ในเรือเดินทะเลซึ่งเป็นของประจำเรือที่มีได้ตามปกติ

4) “พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และดอกไม้เพลิง (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2484” โดยกำหนดให้มีการแก้ไขวันที่และเดือนเท่านั้น

5) “พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2487” ซึ่งอนุญาตให้ผู้ที่มีอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน โดยไม่มีใบอนุญาต ถ้ายื่นขอใบอนุญาตตามกำหนดผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

ในที่สุดก็ได้ประกาศใช้ “พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন พ.ศ. 2490” ใช้บังคับตั้งแต่ พ.ศ. 2490 จนถึงปัจจุบัน ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวม 9 ครั้ง ดังนี้

1) พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2491

2) พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2501

3) พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2501

4) พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2517

5) พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2518

6) คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 12 ลงวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2519

7) คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 44 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2519

8) พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2522

9) พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530

10) พระราชบัญญัติอาวูรปীন เครื่องกระสุนปืน วัตถูระเบิด และดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวูรปীন (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2543