

บทที่ 2

ความหมาย แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับ การขยายเวลาตามประมวลรัษฎากร

การที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจพิจารณาขยายเวลาตามมาตรา 3 วรรค 2 แห่งประมวลรัษฎากรนั้น นอกจากฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังต้องคำนึงถึงความเหมาะสมในการตีความและการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีด้วย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ถูกต้อง และเป็นธรรม จึงสมควรศึกษาความหมาย แนวความคิด และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการขยายเวลาทั้งในทางปกครองและในทางภาษีอากรประกอบกัน เพื่อให้การใช้ดุลพินิจและกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการจัดเก็บภาษีตามกฎหมายภาษีอากร ซึ่งผู้เขียนขอแนะนำเป็นลำดับ ดังนี้

2.1 ความหมาย แนวความคิด และหลักการทางปกครอง

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น เป็นส่วนสำคัญในการดำรงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของการบังคับใช้กฎหมายและความเป็นธรรมในสังคม เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถกำหนดรายละเอียดการกระทำทางปกครองให้ครอบคลุมการกระทำทุกอย่างได้ ซึ่งอาจเป็นเพราะเหตุการณ์นั้นยังไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน เหตุการณ์นั้นต้องการความเชี่ยวชาญทางเทคนิคอย่างสูงในการตัดสินใจ หรือเหตุการณ์นั้นฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่สามารถกำหนดข้อยุติที่เป็นการประสานประโยชน์ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ได้ จึงต้องบัญญัติกฎหมายโดยมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการปรับบทกฎหมายและตีความกฎหมายให้อยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยความเหมาะสม บริสุทธิ์ ยุติธรรม ถูกต้อง และภายใต้กฎเกณฑ์แห่งหลักความเสมอภาค ความชอบธรรม และความสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ ต้องให้ได้สัดส่วนเหมาะสมตามความจำเป็น รวมถึงเงื่อนไขอื่นๆ ที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้

2.1.1 ความหมายดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครอง โดยการตรากฎหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดให้เหมาะสมกับสถานการณ์ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดนั้น เมื่อฝ่ายปกครองกระทำอยู่ในกรอบของกฎหมายแล้ว องค์การภายนอก

ที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบหรือศาลไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจได้ แต่หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด องค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบสามารถเข้ามาตรวจสอบได้แต่เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจเท่านั้น¹ ซึ่งอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมายไว้ ดังนี้

ดร.อุทัย หงส์ศิริ ได้อธิบายว่า การที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการตัดสินใจโดยอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างไร หรือกระทำการไปในทางใด ในกรณีที่กฎหมายกำหนดทางเลือกให้หลายทาง ซึ่งหากฝ่ายปกครองเลือกกระทำการในทางใดโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น แต่หากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว กรณีนี้ไม่ถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมาย เพื่อให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้²

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จรินติ หะวานนท์ ได้กล่าวว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้เมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการอย่างไรหรือไม่กระทำการอย่างไร โดยบรรดาทางเลือกเหล่านั้นล้วนชอบด้วยกฎหมาย หากมีกรณีที่ทางเลือกบางอย่างมิชอบด้วยกฎหมาย ดุลพินิจจะลดลงไปตามลำดับ³

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในเรื่องเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁴ กล่าวคือ ดุลพินิจจะต้องผูกพันอยู่กับบรรทัดฐานที่องค์กรนั้นได้กำหนดไว้ หากมีการเปลี่ยนแปลงไปจากบรรทัดฐานเดิม ฝ่ายปกครองจะต้องมีคำอธิบายให้ได้ตามหลักเหตุผล

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา อธิบายไว้ว่า การที่ฝ่ายปกครองมีความสามารถตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองอย่างไรในบรรดาคำสั่งทางปกครองหลายๆ คำสั่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย⁵

¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์ (2546). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 49.

² อุทัย หงส์ศิริ. (2543). *นิติกรรมทางปกครอง*. หน้า 306.

³ จรินติ หะวานนท์ (2543). *ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*. หน้า 445.

⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์ (2529, กันยายน). “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” *บทปรัชญา*, 42(1) หน้า 53.

⁵ มานิตย์ จุมปา (2546). *คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*. หน้า 406.

สำหรับในต่างประเทศได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ดุลพินิจ” ไว้⁶ ดังนี้

อังกฤษ ดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่เลือกกระทำการอย่างใดในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายมีทางเดียวย่อมไม่ใช่ดุลพินิจ แต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดไว้เพิ่มเติมว่า เจ้าพนักงานของรัฐมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระในระหว่างทางเลือกกระทำการที่เป็นไปได้หลายทาง หรือเลือกที่ไม่กระทำการ ซึ่งการเลือกไม่กระทำย่อมถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจเช่นกัน

ฝรั่งเศส ขยายเพิ่มขึ้นอีกว่า อำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดโอกาสให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปได้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง การที่กฎหมายกำหนดทางเลือกให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยอิสระในการตัดสินใจว่าจะเลือกกระทำการใดในหลายอย่าง ซึ่งหากฝ่ายปกครองเลือกกระทำการอย่างใด เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว การกระทำที่ทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น หากเปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองกับการใช้ดุลพินิจของศาลในคดีอาญาแล้ว จะเห็นว่าในคดีอาญาสามารถแบ่งกฎหมายออกได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบความผิด คือ ฐานความผิดต่างๆ และส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย คือ โทษ ดุลพินิจของศาลจะอยู่ในส่วนที่เป็นผลของกฎหมายเท่านั้น เช่น เมื่อผู้ใดมีการกระทำการใดที่ครบองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์แล้ว ศาลจะใช้ดุลพินิจว่าผู้นั้นผิดหรือไม่ผิดกฎหมายอาญาฐานลักทรัพย์ไม่ได้ ต้องถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญาฐานลักทรัพย์ตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมาย เช่น กฎหมายให้อำนาจศาลในการลงโทษได้ไม่เกิน 3 ปี กล่าวคือศาลจะใช้ดุลพินิจลงโทษ 1 ปี 2 ปี ก็ได้ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็เช่นกัน โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในส่วนผลของกฎหมาย

2.1.2 เหตุผลที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง

เนื่องจากในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ ซึ่งยึดมั่นในหลักนิติรัฐโดยมีหลักการสำคัญอยู่หลักการหนึ่งซึ่งเรียกว่า “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Principle of the Legality of Administrative Action) ไว้⁷ มีความหมายว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถกระทำการใดๆ ที่อาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละ

⁶ จิรนิติ หะวานนท์ ข (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)*. หน้า 123-124.

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก (2532, เมษายน). “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 8, 1. หน้า 33-34.

คนอย่างเท่าเทียมกันได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง จึงถือได้ว่าการกระทำทางปกครองเป็นเพียงการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น และลักษณะสำคัญของกฎหมายที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีการตรากฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจน กล่าวคือ กฎหมายนั้นต้องบัญญัติกำหนดให้ชัดเจนว่าให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใด กระทำการอะไร ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร โดยแต่มาได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายถึงขนาดสามารถจัดดุลพินิจให้หมดสิ้นไปจากการบริหารรัฐกิจนั้นเท่ากับว่า “เป็นการสร้างวิมานในอากาศ” (Visionary) ทั้งนี้ เพราะรัฐเสรีประชาธิปไตยมิได้มีความมุ่งหมายเพียงเพื่อประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎรเท่านั้น แต่ยังมีมีความมุ่งหมายในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ราษฎรทุกคนในทุกกรณีอีกด้วย ซึ่งมาตรการของฝ่ายปกครองที่ยุติธรรม คือ มาตรการที่สามารถตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนได้ หรือเรียกอีกนัยหนึ่งว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด แต่ในขณะเดียวกันต้องกระทบสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรน้อยที่สุด (Proportionality) เมื่อความต้องการของประชาชนส่วนรวมนั้นมีได้คงที่หากแต่ผันแปรเปลี่ยนไปตามสภาพการณ์ทางสังคมในแต่ละกาลเทศะ ดังนั้น จึงเหลือวิสัยที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายให้บรรลุความมุ่งหมายทั้งสองประการได้อย่างสมบูรณ์ โดยอาจเนื่องมาจากความแตกต่างในพื้นฐานจิตใจของมนุษย์แต่ละคน ความหลากหลายของพฤติกรรมมนุษย์และสรรพสิ่งต่างๆ ย่อมเป็นอุปสรรคที่จะบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นการทั่วไปและแน่นอนชัดเจนว่าในกรณีใด อะไรคือความยุติธรรม ซึ่งการตรากฎหมายให้มีลักษณะทั่วไปและแน่นอนชัดเจนจำต้องจัดบุคคลสิ่งของ และเหตุการณ์ไว้เป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ประเภทเดียวกันตามหลักการเดียวกัน บุคคล สิ่งของและเหตุการณ์ แม้มีลักษณะร่วมกันอยู่พอที่จัดเป็นประเภทเดียวกันได้ แต่สิ่งเหล่านั้นไม่ได้เหมือนกันหมดในทุกแง่มุม ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องคำนึงถึงแต่ลักษณะร่วมและละเลยไม่คำนึงถึงลักษณะที่บุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์มีความแตกต่างกันออกไป

ดังนั้น เมื่อนำกฎหมายซึ่งกำหนดบังคับให้บุคคลประเภทใดกระทำการอย่างใดหรือห้ามมิให้กระทำการอย่างใด เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดเกิดขึ้นไปใช้บังคับแก่บุคคลใดในเฉพาะกรณีแล้ว อาจก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่บุคคลนั้นในเฉพาะกรณีนั้น ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิด “ความยุติธรรมเฉพาะกรณี” ขึ้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายได้บ้าง ซึ่งมีคำกล่าวที่ว่าแม้ดุลพินิจเป็น “สิ่งชั่วร้าย” แต่เป็น

“สิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น” ทั้งนี้ เพราะการให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองเป็นวิธีการเดียวเท่านั้นที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายสามารถให้ดำเนินไปได้อย่างยุติธรรม⁸

2.1.3 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น มิใช่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการใดตามอำเภอใจ เนื่องจากดุลพินิจมิใช่การตัดสินใจโดยไร้ขอบเขตหรือไร้ทิศทาง หากแต่ต้องกระทำโดยรอบคอบภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นขั้นตอนและกระบวนการหนึ่งของการใช้กฎหมาย ซึ่งต้องอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ในทุกๆ ด้าน ฉะนั้น ฝ่ายปกครองต้องพัฒนาศักยภาพของตนเอง เพื่อให้มีความสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมและไม่ขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองสามารถแยกได้ 2 ประเภท ดังนี้

1) อำนาจผูกพัน (Mandatory Power – Competence Lice) หรืออำนาจผูกมัดหรืออำนาจหน้าที่⁹ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้¹⁰ ซึ่งกฎหมายจะกำหนดผลไว้เพียงประการเดียว การกำหนดให้อำนาจผูกพันแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงต้องอยู่บนพื้นฐานความคิดในเรื่องความยุติธรรม โดยทั่วไป คือ ความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะราย¹¹ เช่น กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองรับจดทะเบียนให้เอกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบัญญัติกำหนดเงื่อนไขที่เอกชนต้องปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน เมื่อเอกชนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ครบถ้วนขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องถูกบังคับโดยกฎหมายที่ต้องรับจดทะเบียนให้ตามที่ร้องขอ หรือเมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วน นายทะเบียนครอบครัวต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ เห็นได้ว่าอำนาจผูกพันนี้แท้ที่จริงแล้ว คือ หน้าที่หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า อำนาจผูกพัน คือ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งในลักษณะที่ไม่มีทางเลือกอย่างอื่น ถ้ามีข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายต้องการต้องสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ

⁸ กมลชัย รัตนสทาววงศ์ ค. (2537). *พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. หน้า 196-198.

⁹ อิศสระ นิตินันท์ประภาส. (2527). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ เล่ม 1*. หน้า 102.

¹⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก. เล่มเดิม. หน้า 41.

¹¹ สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน) “การกระทำทางปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 17, 3. หน้า 57.

ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้ ถ้าไม่ปฏิบัติตามการกระทำของฝ่ายปกครองจะไม่มีผลใช้บังคับได้ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2546 ได้วินิจฉัยว่า ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เพียงแต่กำหนดให้ผู้จัดตั้งสถานบริการตามมาตรา 3(4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบก่อนการจัดตั้งไม่น้อยกว่า 15 วัน และให้ผู้รับแจ้งออกหลักฐานการแจ้งให้แก่ผู้แจ้งการจัดตั้งสถานบริการ ในกรณีนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการตรวจสอบก่อนว่า ผู้แจ้งการจัดตั้งสถานบริการมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 6 และสถานที่ตั้งสถานบริการไม่ขัดต่อมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน อีกทั้งผู้แจ้งได้จัดลักษณะอาคารภายนอกและภายในของสถานบริการไม่ขัดต่อข้อ 9 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2521) ตามความในพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เมื่อตรวจสอบแล้วเห็นว่าถูกต้องตามกฎหมาย พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมผูกพันที่ต้องออกใบรับแจ้งให้ การออกหรือไม่ออกใบรับแจ้งให้ผู้จัดตั้งสถานบริการตามมาตรา 3(4) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 จึงมีลักษณะเป็นอำนาจผูกพัน ดังนั้น เมื่อคณะทำงานตรวจสอบการจัดตั้งสถานบริการได้รายงานว่าการจัดตั้งสถานบริการที่พิพาทชอบด้วยกฎหมายและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้มีข้อโต้แย้งแต่ประการใด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงต้องผูกพันที่จะต้องออกใบรับแจ้งการจัดตั้งสถานบริการให้แก่ผู้ฟ้องคดี การไม่ออกใบรับแจ้งให้ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และการที่มีข้ออ้างว่าสถานบริการที่พิพาทตั้งอยู่นอกพื้นที่อนุญาตให้ตั้งสถานบริการตามร่างพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตพื้นที่เพื่อตั้งสถานบริการในพื้นที่จังหวัดภูเก็ต จึงเป็นนโยบายของกระทรวงมหาดไทยที่กำหนดเขตพื้นที่ตั้งสถานบริการเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่อาจรับฟังได้ เนื่องจากนโยบายของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวยังไม่มียกกฎหมายรองรับจึงไม่อาจนำมาใช้บังคับได้

2) อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power - Pouvoir discretionnaire) เป็นอำนาจที่กฎหมายให้อิสระภาพในการเลือกกระทำการแก่ฝ่ายปกครอง¹² หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเองและภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่าง ซึ่งในแต่ละอย่างต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน¹³ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เนื่องมาจากวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวๆ ไป เป็นผลให้การใช้กฎหมายสามารถยืดหยุ่น

¹² โกลิน พลกุล. (2524, มิถุนายน). “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 12(1) หน้า 71.

¹³ กมลชัย รัตนสกววงศ์ เล่มเดิม. หน้า 51.

คล่องตัว สอดคล้อง และเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะราย เป็นกรณีที่ต้องคำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะคดี¹⁴ นอกจากนั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น ในเรื่องหลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ภายใต้อำนาจหลักความเสมอภาคในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เมื่อฝ่ายปกครองเคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดและได้ออกคำสั่งทางปกครองให้ประชาชนคนใดไปแล้ว ย่อมต้องผูกพันในการวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่ออกให้ใหม่ต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษภายใต้อำนาจหลักความสมควรแก่เหตุหรือหลักแห่งความได้สัดส่วน¹⁵ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่สามารถดำเนินการตามความประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้โดยมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะเดียวกันต้องก่อความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุด และห้ามฝ่ายปกครองออกมาตรการใดๆ ซึ่งหากได้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่ตกแก่ราษฎรและหรือแก่สังคมโดยรวม¹⁶ ซึ่งอำนาจดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองใช้มีทั้งดุลพินิจอย่างสมบูรณ์ (Absolute Discretion) กล่าวคือ กฎหมายไม่มีการกำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้ ฝ่ายปกครองจะเลือกใช้วิธีการใดก็ได้ หรือบางครั้งเรียกว่า ดุลพินิจอย่างกว้าง¹⁷ ส่วนการใช้ดุลพินิจอย่างจำกัด (Limited Discretion) เป็นอำนาจที่อยู่ระหว่างอำนาจดุลพินิจอย่างสมบูรณ์กับอำนาจผูกพัน กล่าวคือ มีดุลพินิจให้เลือกใช้ได้บ้าง แต่กระทำการนอกเหนือจากนี้ไม่ได้บางครั้งเรียกว่า ดุลพินิจอย่างแคบ จึงสรุปได้ว่าการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างสมบูรณ์หรืออย่างจำกัดนั้น ขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้เพียงใด ดังนั้น การที่พิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในเรื่องนั้นเพียงใด อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ¹⁸

(1) กฎหมายไม่ได้วางเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ในการสั่งการในเรื่องนั้นไว้เป็นการเฉพาะหรือกฎหมายให้เจ้าหน้าที่เลือกสั่งการอย่างไรในหลายอย่าง กรณีนี้จะต้องพิจารณากฎหมายเป็นหลักว่ากฎหมายวางหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือทางเลือกให้สั่งการไว้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 บัญญัติว่า

¹⁴ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 57.

¹⁵ มานิตย์ จุมปา ข (2554). คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1. หน้า 574.

¹⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข (2538). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. หน้า 44-45.

¹⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ค เล่มเดิม. หน้า 187.

¹⁸ ฤทัย หงส์ศิริ. เล่มเดิม. หน้า 307-312.

“ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติดำเนินการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม ดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้

การสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้สั่งพักได้ครั้งละไม่เกินสามสิบวัน”

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งการใดๆ ตามมาตรานี้ได้ต่อเมื่อมีเหตุว่าผู้รับอนุญาตขาดคุณสมบัติหรือดำเนินการขัดต่อหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ดังนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุหรือเงื่อนไขในการใช้อำนาจนั้น กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจเลือกสั่งการโดยอาศัยเหตุอื่น หากปรากฏเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจหรือทางเลือกในการใช้อำนาจได้ 3 ทาง ได้แก่ ไม่ต่ออายุใบอนุญาต สั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาว่าควรใช้ดุลพินิจไปในทางใดโดยอาศัยข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละเรื่อง¹⁹ ในกรณีที่ถูกกฎหมายวางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจไว้มาก หรือบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีทางเลือกสั่งการไว้น้อย ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการใช้อำนาจดังกล่าวจะลดลงตามลำดับหรือแทบจะไม่มีเลย ในกรณีที่กฎหมายได้วางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการสั่งการไว้ทุกประการ แต่ถ้ากฎหมายวางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจไว้น้อย หรือบัญญัติให้ทางเลือกสั่งการไว้มาก ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการใช้อำนาจดังกล่าวมากขึ้นตามลำดับ เช่น กรณีการจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดให้ผู้มีเงื่อนไขครบตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้มีสิทธิร้องขอให้จดทะเบียนสมรสได้และให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรส นายทะเบียนจะใช้ดุลพินิจไม่จดทะเบียนสมรสหรืออ้างเหตุอื่นที่ขัดต่อกฎหมายไม่ได้ เช่น อ้างว่ามีคำสั่งกระทรวงมหาดไทยห้ามจดทะเบียนสมรสให้คนไทยกับหญิงต่างด้าวที่ยังไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวไม่ได้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 580/2527 หรือกรณีรัฐมนตรีมีอำนาจถอนสัญชาติไทยของผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยตามมาตรา 7 ทวิ วรรคสอง กรณีผู้อพยพที่เข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เมื่อมีพฤติการณ์อันสมควรเพื่อความมั่นคงหรือประโยชน์ของรัฐตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 18 เห็นได้ว่าแม้รัฐมนตรีไม่มีดุลพินิจหรือทางเลือกอื่นในเรื่องของอำนาจสั่งการ เนื่องจากรัฐมนตรีมีอำนาจเพียงถอนสัญชาติไทย แต่รัฐมนตรีมีอำนาจมากในการพิจารณาว่ามีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงต่างๆ ที่อาจเป็นเหตุหรือเงื่อนไขที่ใช้อำนาจถอนสัญชาติหรือไม่

¹⁹ แหล่งเดิม.

(2) การใช้ดุลพินิจสั่งการของฝ่ายปกครองนั้น ต้องไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือไม่ชอบด้วยเหตุผลอย่างชัดเจน เนื่องจากการที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองนั้น มีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายปกครองใช้วิจารณญาณพิจารณาเลือกสั่งการหรือไม่สั่งการหรือสั่งการให้เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณีเพื่อประโยชน์ของประชาชน หลักเกณฑ์นี้มีลักษณะเป็นการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจหรือวิจารณญาณของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้หลักเหตุผลและสามัญสำนึก²⁰ ดังนั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครอง เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ควบคุมได้ทุกกรณี ประกอบกับเมื่อเวลาผ่านไปส่งผลให้พฤติกรรมของมนุษย์และสถานการณ์ในสังคมเปลี่ยนแปลงไป แม้ฝ่ายนิติบัญญัติพยายามบัญญัติกฎหมายให้สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงแต่ละประเภทได้ แต่ในความเป็นจริงข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่อาจเหมือนกันทุกแง่มุม การบัญญัติกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงความเหมาะสมในแต่ละกรณี ย่อมส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคมและก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยรวมได้อย่างแท้จริง

2.1.4 ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองและการใช้ดุลพินิจในแต่ละเรื่องนั้นมีขั้นตอนหลายขั้นตอนแตกต่างกันไป โดยทั่วไปอาจแยกพิจารณาได้เป็น 4 ขั้นตอนใหญ่ๆ คือ การสืบสวนข้อเท็จจริงและการพิสูจน์ความจริง การตีความกฎหมายและการพิสูจน์ถึงเนื้อหาขององค์ประกอบของกฎหมาย การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกำหนดหรือการปรับบทกฎหมาย การพิจารณาในส่วนผลของกฎหมายว่ากฎหมายให้ปฏิบัติอย่างไร ตำแหน่งแห่งอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายและกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในขั้นตอนของการสืบสวนข้อเท็จจริง และการพิสูจน์ความจริงไม่สามารถใช้ดุลพินิจในส่วนขั้นตอนอื่นได้ ฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจได้ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจใน 2 ส่วน คือ

1) ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ เป็นส่วนของกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจโดยอาจเกิดขึ้นจากธรรมชาติ การกระทำของบุคคล คุณสมบัติของสิ่งของหรือบุคคล หรือเกิดจากสภาวะทางสังคม และอาจเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งลักษณะของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุจะมีความหมายกว้าง เพื่อให้กฎหมายสามารถนำไปใช้กับข้อเท็จจริงได้หลายๆ เรื่อง²¹ กล่าวคือ ในการตรวจสอบ

²⁰ แหล่งเดิม.

²¹ จิรนิติ หะวานนท์ ข เล่มเดิม หน้า 124.

ข้อเท็จจริงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดว่าเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบได้ โดยอาศัยพยานหลักฐานต่างๆ แล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานนั้นเพียงพอที่ทำให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นจริงหรือไม่

2) องค์ประกอบส่วนผล คือ ผลทางกฎหมายเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น เป็นกรณีที่ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐเกิดมีหน้าที่หรือมีความสามารถในการออกคำสั่งใดๆ ตามที่เห็นสมควร²² เช่น พระบัญญัติสถานบริการที่กำหนดว่าถ้าผู้ได้รับใบอนุญาตสถานบริการแล้วไปประกอบกิจการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ส่วนนี้คือ องค์ประกอบส่วนเหตุ องค์ประกอบส่วนผล คือ ต้องถูกเพิกถอนใบอนุญาต ไม่ต่อใบอนุญาต หรือพักใบอนุญาต

การที่กฎหมายได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรฝ่ายปกครองเพียงใด จำต้องพิจารณาประเด็นสำคัญตามขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

(1) ดุลพินิจในการตีความกฎหมายและการพิสูจน์ถึงเนื้อหาขององค์ประกอบของกฎหมาย

โดยปกติแล้วดุลพินิจการตีความกฎหมายถือเป็นส่วนหนึ่งของดุลพินิจในการปรับบทกฎหมาย กล่าวคือ เป็นดุลพินิจในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงในองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งหากใช้ถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนแล้วฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตีความหรือปรับบทกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจโดยบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายที่ใช้ถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะหรือถ้อยคำที่มีความหมายทางเทคนิคแล้ว เช่น “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” หรือ “สภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ” หรือใช้ถ้อยคำที่มีความหมายทางเทคนิค เช่น “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ” ซึ่งทำให้บางครั้งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วโดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไป ในส่วนนี้นักวิชาการได้มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจในขั้นตอนนี้ได้หรือไม่ เพียงใด ดังนี้

แนวความคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยใช้ถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะนั้น สามารถพิจารณาประเภทของถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะและสาระสำคัญของอำนาจดุลพินิจในการตีความตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ ดังนี้

²² ฐิริชญา วัฒนรุ่ง. (2550). *หลักกฎหมายมหาชน*. หน้า 453.

(1) ประเภทของถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะ

ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุมีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดข้อเท็จจริงโดยใช้ถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะ เช่น ความผาสุกของประชาชน ผลประโยชน์สาธารณะ ความจำเป็น ความมั่นคง และระเบียบของสาธารณะ ความปลอดภัย และความคล่องตัวในการจราจร อันตราย และการรบกวน การกระทบกระเทือนถึงความสวยงามของบ้านเมือง หรือทิวทัศน์ การก่อสร้างที่สุภาพ ความน่าไว้วางใจ ความเหมาะสม ความสามารถ ศิลธรรมอันดี ฯลฯ²³ ซึ่งอาจแบ่งถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะได้เป็น 2 ประเภท คือ²⁴

ก. ถ้อยคำที่เป็นเรื่องทางข้อเท็จจริง (Empirical Concept) เป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับเหตุการณ์หรือสิ่งของ อาจเป็นวัตถุที่รับรู้เห็นได้หรือประสบการณ์จากเหตุการณ์ เช่น คำว่า “แนวปฏิบัติทางการค้า” หรือ “พื้นที่อันตราย” “กลางคืน” เป็นต้น แต่การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่ นั้น ต้องกระทำอย่างภาวะวิสัย กล่าวคือ พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริง

ข. ถ้อยคำที่ต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษในทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญหลายด้านหรือเฉพาะด้านรวมกัน (Normative Concept) โดยแสดงออกเป็นถ้อยคำที่มีคุณค่าบางประการ เช่น “ลามกอนาจาร” “ความสงบเรียบร้อย” และ “ศิลธรรมอันดี” เป็นต้น จากถ้อยคำดังกล่าวข้างต้น ต้องอาศัยความเห็นของผู้ตีความซึ่งอาจไม่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นประสบการณ์ทั่วไปโดยไม่อาจเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ตีความนั้น คือ ไม่อาจหลีกเลี่ยงมุมมองหรือความคิดของผู้ตีความได้ การที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงของผู้ประเมินแต่ละคนที่อาจมีความเห็นแตกต่างกันได้และไม่อาจกล่าวได้ว่าความเห็นของใครถูกต้องเพียงผู้เดียว

(2) สาระสำคัญของอำนาจดุลพินิจในการตีความกฎหมาย

การนำข้อเท็จจริงมาพิจารณาถ้อยคำนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจน ย่อมถือได้ว่ากฎหมายไม่ปล่อยให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจ แต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนเป็นถ้อยคำที่ไม่อาจวางกฎเกณฑ์ทั่วไปในการตีความไว้ล่วงหน้าได้ หากแต่ต้องตีความเฉพาะเรื่องเป็นกรณี ๆ ไป อีกทั้งเป็นถ้อยคำที่วิญญูชนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ว่าข้อเท็จจริงใดอยู่ในความหมายของถ้อยคำนั้นหรือไม่²⁵ ซึ่งฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในกรณี

²³ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ค เล่มเดิม. หน้า 272-273.

²⁴ Mahendra P.Singh. *German Administrative Law in Common Law Perspective*. p. 95(อ้างใน เอกนุญวงศ์สวัสดิ์กุล. (2534). *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*. p. 41-42)

²⁵ สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน) “การกระทำทางปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 17(3) หน้า 54.

ดังกล่าวนี้หรือไม่ จึงเป็นข้อถกเถียงกันทางวิชาการที่มีความเห็นและเหตุผลที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ

ก. ความเห็นที่ว่า การควบคุมตรวจสอบการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองในกรณีที่ใช้ถ้อยคำประเภทที่ต้องนำมาตีความให้ความหมายพิเศษในทางวิชาการ (Normative Concept) นั้น ในการตรวจสอบควบคุมการตีความดังกล่าวศาลปกครองจะถูกจำกัดขอบเขตลง จึงมีผลให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ โดยให้เหตุผลว่าศาลปกครองไม่อยู่ในฐานะที่ทบทวนคำวินิจฉัยได้ จึงจำเป็นต้องยอมรับการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในเรื่องดังกล่าว เช่น การประเมินเนื้อหา ความหมายหรือการตีความถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะจากประสบการณ์ ความรู้ หรือความสามารถพิเศษ ซึ่งศาลปกครองยอมรับที่ไม่ทบทวนคำวินิจฉัยนั้นอีก²⁶

ข. ความเห็นที่ว่า ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมายมีความเห็นว่าถ้อยคำที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไม่ว่าชัดเจนหรือไม่ชัดเจน เป็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ศาลปกครองสามารถทบทวนคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้เสมอ ถือว่าศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด ไม่ว่าฝ่ายปกครองใช้ถ้อยคำอย่างไร ถ้อยคำนั้นชัดเจนหรือไม่ก็ตาม จึงเห็นได้ว่าศาลปกครองถือหลักว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมาย ข้อยกเว้นของหลักนี้เกิดขึ้นภายใต้กรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนประเภทที่ต้องนำมาตีความให้ความหมายเพิ่มเติมทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายด้านรวมกัน สรุปได้ว่าแนวคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการตีความกฎหมายนั้น ในทางคำরাไม่ เป็นข้อยุติว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการตีความกฎหมายหรือไม่ และเห็นว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปคณะหรือองค์กรกลุ่มก็ได้ แต่ในส่วนของแนวคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยว่า ถ้าคณะกรรมการฝ่ายปกครองประกอบด้วยกรรมการหลายคนที่มีความอิสระทำนองเดียวกับศาล ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งศาลถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการตีความกฎหมาย เว้นแต่กรณีที่กฎหมายให้อำนาจโดยบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงประเภท Normative Concept เท่านั้น

แนวความคิดของประเทศฝรั่งเศส

ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนนี้ แต่เดิมการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้หรือไม่ขึ้นอยู่กับที่ว่าศาลควบคุมหรือไม่ควบคุม กล่าวคือ ถ้าศาลสามารถควบคุมฝ่ายปกครองได้ถือว่าฝ่ายปกครอง

²⁶ กมลชัย รัตนสากวางสังข์ เล่มเดิม. หน้า 275.

ไม่มีดุลพินิจในชั้นตอนนี้ แต่หากศาลไม่สามารถควบคุมฝ่ายปกครองได้ถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ในกรณีศาลสามารถควบคุมนี้ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ส่วนกรณีศาลไม่สามารถควบคุมได้ถือเป็นปัญหาความเหมาะสม ซึ่งกรณีใดเป็นปัญหาข้อกฎหมายและกรณีใดเป็นปัญหาความเหมาะสมนี้ไม่สามารถจำแนกได้ก่อนที่ศาลตัดสินใจว่าศาลสามารถควบคุมหรือไม่ควบคุม²⁷ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้แนวคิดที่เป็นที่ยอมรับในประเทศฝรั่งเศส คือ ฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง (Conseil d'Etat) แล้ว พบว่า บางกรณีศาลได้มีการขยายขอบเขตในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ในบางกรณีศาลจำกัดขอบเขตในการควบคุมไว้ โดยในกรณีศาลขยายขอบเขตในการควบคุมนั้น ทำให้ดูเหมือนว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

2) ดุลพินิจในชั้นตอนการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริง คือ ชั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือที่มีอยู่จริงตามที่ได้สืบสวนข้อเท็จจริง เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ในกรณีเฉพาะเรื่องโดยมีกระบวนการย่อยๆ ในการวินิจฉัย ดังนี้

- (1) ตีความข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมาย
- (2) แบ่งแยกข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องออกเป็นข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด

และ

(3) เปรียบเทียบว่าข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเหมือนหรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายหรือไม่

โดยปกติการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงเป็น “ปัญหาข้อกฎหมาย” ไม่ใช่ “ปัญหาดุลพินิจ” ที่ฝ่ายปกครองสามารถวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่เห็นสมควร²⁸ ซึ่งเห็นได้ชัดเจนในกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายที่ชัดเจน ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีดุลพินิจวินิจฉัยว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายเป็นอย่างอื่น แต่ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอน (Indefinite Concepts) ยังมีข้อถกเถียงทางวิชาการว่า ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจกำหนดความหมายอย่างอิสระหรือไม่

²⁷ Carol Harlow. (1980). *International and Comparative Law Quarterly*. pp. 521-524. (อ้างใน เอกนุญวงศ์สวัสดิ์กุล. เล่มเดิม. p. 26)

²⁸ นัยนา เกิดวิชัย. (2541). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 204-205.

ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายแน่นอน คือ ถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความและวิญญูชนอาจเข้าใจความหมายแตกต่างกันได้ เช่น “การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ” “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม” “อาคารหรือโรงเรียนที่อยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรมน่ารังเกียจ” เป็นต้น ซึ่งยังมีข้อถกเถียงกันว่าเป็น “ปัญหาข้อกฎหมาย” หรือ “ดุลพินิจ”

3) ดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจ เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายเสร็จแล้ว ข้อพิจารณาต่อไปคือกฎหมายกำหนดการใช้อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองไว้อย่างไร กฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียว หรือกำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกกระทำการได้หลายประการเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ซึ่งอาจอยู่ในรูปการกระทำการหรือการงดเว้นกระทำการก็ได้ บทกฎหมายอาจกำหนดให้เลือกกระทำการอย่างใดในสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือเลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตน ภายใต้กรอบของกฎหมายนั้น

บทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง 2 ประการ ดังนี้

(1) ดุลพินิจตัดสินใจว่าใช้อำนาจหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ..ก็ได้” “สามารถ” หรือ “ควรจะ” ในทางตรงข้ามกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจอาจใช้คำว่า “ต้อง”²⁹

(2) ดุลพินิจเลือกการกระทำ เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะราย เพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายตลอดจนการใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและมีเป้าหมายสูงสุดที่การทำความยุติธรรมให้เกิดขึ้นเฉพาะราย เมื่อฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจต่อไปว่ากระทำเป็นประการใด โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย ในการออกนิติกรรมทางปกครองเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอยู่ในสถานการณ์ที่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ปรากฏ เพื่อหาทางแก้ปัญหาได้อย่างเหมาะสมและยุติธรรมที่สุดสำหรับเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องตั้งคำถามเสมอว่า เพื่อวัตถุประสงค์ใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจและประเด็นในเรื่องใดที่เป็นแบบอย่างได้ดีในการนำไปวินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายนั้น ในกรณีที่สามารถนำเอาเรื่องวัตถุประสงค์และความยุติธรรมมาพิจารณาได้ เช่น ดุลพินิจที่ใช้ในการสลายการชุมนุมที่มีได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ในการประกันความมั่นคงและระเบียบสาธารณะ หากมีการชุมนุมประท้วงที่มีได้แจ้งให้

²⁹ กมลชัย รัตนสากวางสังข์ เล่มเดิม. หน้า 261.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ทราบก่อนล่วงหน้าเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่รับผิดชอบ ต้องพิสูจน์ว่าการชุมนุมนี้มีผลกระทบต่อสิ่งใด ต้องใช้มาตรการอะไร หรือต้องเพิ่มจำนวนเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยมากขึ้นเท่าไร ในระหว่างที่การชุมนุมนั้นขยายตัวมากขึ้น และการดำเนินการสลายการชุมนุมอย่างไรจึงประสบผล³⁰

ข. การใช้ดุลพินิจทั่วไป ในเบื้องต้นดุลพินิจฝ่ายปกครองมุ่งใช้เฉพาะราย แต่สามารถใช้ในการทั่วไปได้ เมื่อหัวหน้าหรือผู้บังคับบัญชาออกแนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ชั้นต้น ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาทั้งหลายมีความเป็นเอกภาพในการมองจากด้านของประชาชน การใช้ดุลพินิจที่ผูกพันกับแนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองหรือการใช้ดุลพินิจทั่วไป เช่นนี้เป็นการเสริมหลัก “การปฏิบัติต่อประชาชนโดยเสมอภาค”³¹

การใช้ดุลพินิจเฉพาะรายและการใช้ดุลพินิจทั่วไปอาจขัดแย้งกันได้ ต้องพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจทั่วไปมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ในกรณีที่มีการขัดแย้งกันควรใช้วิธีประนีประนอม กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นต้นจะต้องผูกพันกับแนวปฏิบัติภายในหรือการใช้ดุลพินิจทั่วไป แต่ในกรณีพิเศษอาจจะใช้ดุลพินิจเฉพาะรายได้³²

2.1.5 การควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐ เป็นระบบสำคัญพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในปัจจุบันมีกฎหมายจำนวนมากที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าในทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง ดังนั้น ระบบการควบคุมการใช้อำนาจที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงต้องมีลักษณะครอบคลุมกิจกรรมสำคัญของรัฐทุกประเภทให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นธรรม และต้องมีหลักการที่ดี

แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง

หลักและทฤษฎีในการสนับสนุนแนวคิดในการควบคุมฝ่ายปกครองในแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกันไป เช่น ในประเทศภาคพื้นยุโรปมีทฤษฎีหลัก “นิติรัฐ” (Legal state) ในประเทศอังกฤษมีหลัก “นิติธรรม” (The Rule of Law) ทฤษฎีเหล่านี้ถือว่าเป็นปรัชญาที่เป็นหัวใจของกฎหมายมหาชน โดยคำว่า “นิติรัฐ” มาจากคำว่า นิติ หมายถึง กฎหมาย และรัฐ หมายถึง ประเทศ ซึ่งมีองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่ ดินแดน ประชากร รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย เมื่อรวมกันแล้ว จึงหมายถึง รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย องค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจ

³⁰ แหล่งเดิม. หน้า 262.

³¹ แหล่งเดิม.

³² แหล่งเดิม. หน้า 263.

กระทำการใดๆ ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้ากระทำการใดที่เป็น การกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งและองค์กร ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น จึงจำเป็นต้องจัดให้มีระบบ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน³³ โดยนักวิชาการได้ให้ความหมายและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ดังนี้

1) ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำจำกัดความของหลักนิติรัฐไว้ว่า หมายถึง รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้น โดยมี ลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องมีกฎหมายเป็นรากฐานซึ่งอาจเป็น กฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ กระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้การกระทำหรือการ ใช้อำนาจนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมาย กำหนดไว้ หากผิดไปจากที่กำหนดไว้ ถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า หลัก ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

(2) หากรัฐหรือองค์กรของรัฐฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้น ต้องมีกลไกและกระบวนการที่ บุคคลสามารถทำให้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นสิ้นสุดไป และหากเกิดความเสียหายขึ้นแก่ บุคคล บุคคลนั้นสามารถเรียกให้รัฐหรือองค์กรของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้ เรียกว่า การควบคุม ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งหลายได้มอบอำนาจในการ ควบคุมนี้ไว้ที่ศาลซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ได้³⁴

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิสวุฒพิชญ์ ได้อธิบายหลักนิติรัฐว่ามีสาระสำคัญและหลักการ พื้นฐาน 2 ประการ ดังนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (The Principle of Legality of Administrative Action) หมายถึง ฝ่ายปกครอง ได้แก่ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับของรัฐบาลกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และ กระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

³³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2535). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 2.

³⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3*. หน้า 52-53.

2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Principle of the Constitutionality of Legislation) หมายถึง กฎหมายที่รัฐตราขึ้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ³⁵

รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล ได้ให้คำจำกัดความว่า หลักนิติรัฐ หมายถึง รัฐที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐเป็นที่รวมของประชาชนที่ต่างยอมอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของรัฐโดยกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้การปกครองของรัฐต่อประชาชนหรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐที่ปกครองตามหลักนิติรัฐ จึงต้องเป็นรัฐที่มีการปกครองในลักษณะต่อไปนี้

1) การปกครองต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย การกระทำของรัฐ เจ้าหน้าที่งานของรัฐ ประชาชนต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการปกครองโดยกฎหมายต้องประกอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ รวมทั้งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หากการกระทำใดขององค์กรของรัฐไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นความผิด

2) มีการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐและประชาชนไว้อย่างแน่นอนเป็นการควบคุมไม่ให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต

3) ผู้มีอำนาจตัดสินใจคดีหรือศาล ต้องมีอำนาจและมีความเป็นอิสระในการควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่งานของรัฐ และมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทุกประเภทภายใต้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย³⁶

สำหรับในต่างประเทศ Maunz นักกฎหมายชาวเยอรมันได้อธิบายไว้ว่านิติรัฐประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

- 1) การแบ่งแยกอำนาจ
- 2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- 3) ความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง
- 4) ความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
- 5) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- 6) หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย³⁷

³⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค. (2542). สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 52-53.

³⁶ ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. (2547). หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 15-16.

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 23-34.

จากแนวคิดดังกล่าวเห็นได้ว่า นิติรัฐ เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐในการแทรกแซงปัจเจกบุคคล นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ 3 ประการ ดังนี้

1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น ต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรฝ่ายตุลาการจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาได้³⁸

สำหรับหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในประเทศไทยได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม สำหรับประเทศอังกฤษซึ่งเป็นที่มาของหลักการดังกล่าวได้มีความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรถูกปกครองโดยกฎหมายซึ่งต่อมาได้มีนักกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ A.V.Dicey เป็นผู้มึบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนโดยอธิบายขยายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ในหนังสือ “Introduction to the study of the Law of constitution” เห็นว่า หลักนิติธรรมต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและมี

³⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ ก (2552). คำอธิบายกฎหมายปกครอง. หน้า 66.

สาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกัน ไม่ว่าในชนชั้นใด ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดิน และบรรดาศาสนาทั้งหลายต้องเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ ย่อมปฏิเสธความคิดที่ยกเว้นไม่ให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่อยู่เหนือกฎหมายได้ อาจกล่าวโดยสรุปว่า A.V.Dicey เห็นว่า ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ กล่าวคือ บุคคลไม่อาจถูกลงโทษหรือถูกบังคับให้ต้องรับโทษทางร่างกายหรือทางทรัพย์สิน เว้นแต่เป็นผลของการละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง โดยได้รับการพิสูจน์การกระทำตามวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรม³⁹ และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนผู้ได้รับความเสียหายในการฟ้องร้องฝ่ายปกครองได้

สรุปได้ว่าหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมต่างมีสาระสำคัญตรงกัน คือ การกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น อย่างไรก็ดี การที่หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีผลในทางปฏิบัติได้นั้น ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายที่กำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว ซึ่งระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง⁴⁰ ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ ดังนี้

1) หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนอยู่กับกฎหมายใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ

2) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น กล่าวคือ การกระทำ

³⁹ A.V.Dicey. (1959). *Introduction to the study of the Law of constitution*. p. 202.

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*.

ขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับไว้⁴¹

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้ความเห็นเกี่ยวกับระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ดีว่าควรมีลักษณะ ดังนี้

ประการแรก ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐในทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปโดยทั่วถึง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กร เพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่างๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือมีน้อยองค์กร อาจไม่เพียงพอต่อการดูแลตรวจสอบกิจกรรมของรัฐทุกด้านได้อย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้น ต้องไม่ซ้ำซ้อนและต้องเสริมซึ่งกันและกัน

ประการที่สอง ระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ต้องมีความเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบควบคุมนั้นสร้างสมคุณภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐ เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้ไปพร้อมกัน

ประการที่สาม องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้น ต้องมีลักษณะเป็น “อิสระ” ในการตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั้นเองต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย

ประการสุดท้าย เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบขององค์กรตรวจสอบตามวิธีการข้างต้นแล้ว ต้องปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้อย่างกว้างขวางขึ้น อันทำให้ระบบการควบคุมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ดังนั้น จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจรัฐนั้นๆ เท่านั้น จึงมีสิทธินำเรื่องมาให้องค์กรควบคุมพิจารณาได้⁴² อย่างไรก็ตาม หลายประเทศต่างรับรู้ถึงปัญหาของตนและมีกลไกการตรวจสอบฝ่ายปกครองที่แตกต่างกันออกไปโดยคำนึงถึงสถานะหรือบริบทในสังคมของตนว่าเป็นอย่างไร และหาทางคิดค้นกลไกในการนำมาปรับใช้กับสถานการณ์ที่เป็นปัญหาของตน ซึ่งการควบคุมการใช้อำนาจ

⁴¹ แหล่งเดิม. หน้า 20.

⁴² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข (2538, เมษายน). “ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 13(2) หน้า 14-16.

บริหารของฝ่ายบริหาร และอำนาจปกครองของฝ่ายปกครองในประเทศเสรีประชาธิปไตยต่างๆ อาจแยกได้ 2 ระบบ คือ

1) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายบริหาร ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การควบคุมบังคับบัญชา และการกำกับดูแล

(1) การควบคุมบังคับบัญชาเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา และหากเห็นว่ากระทำใดของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นได้ โดยผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้โดยพลการ หรือเมื่อเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นมาร้องทุกข์หรือร้องเรียน⁴³ ซึ่งการร้องทุกข์ (recall) หมายถึง วิธีการทุกอย่างที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้สิทธิเรียกร้องให้องค์กรของรัฐแก้ไขสถานะทางกฎหมายของตนให้ถูกต้อง รวมถึงวิธีการร้องเรียนทุกวิธีที่จัดให้มีขึ้นตามกฎหมายด้วย⁴⁴ ซึ่งการร้องเรียนอาจร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาขององค์กรฝ่ายปกครอง หรือร้องเรียนต่อคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารวิธีหนึ่ง โดยวิธีดังกล่าวเป็นการร้องเรียนฝ่ายปกครองที่กระทำการหรือมีนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง หรือร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาไม่ว่าการร้องเรียนจะกระทำเป็นหนังสือ ด้วยวาจา หรือกระทำด้วยการเดินขบวนเป็นกลุ่มมาร้องเรียนต่อฝ่ายบริหาร การควบคุมโดยวิธีนี้มีอยู่ในทุกประเทศ แต่รูปแบบการควบคุมที่ไม่มีวิธีการที่แน่นอน และไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาท หรือการร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารอาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้ดำเนินการหรือสั่งการนั่นเอง เพื่อให้ทบทวนข้อเท็จจริงและข้อวินิจฉัยของตนเสียใหม่ หรืออาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้รับผิดชอบในระดับที่สูงกว่าผู้ดำเนินการหรือสั่งการนั้น วิธีการดังกล่าวนี้มีข้อเสีย คือ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเป็นวิธีการที่ไม่มีวิธีพิจารณาที่แน่นอนไม่อาจให้ความยุติธรรมแก่เอกชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองได้ เพราะอาจไม่ได้รับการพิจารณาหรือผู้บังคับบัญชาอาจมีความลำเอียงเข้าข้างผู้ใต้บังคับบัญชาของตน เนื่องจากมีความรับผิดชอบอยู่ด้วย ดังนั้น จึงมีวิธีการอีกอย่างหนึ่งที่ทำให้หลักประกันและความเป็นธรรมแก่เอกชนมากขึ้น โดยใช้วิธีในลักษณะกึ่งข้อพิพาท กล่าวคือ เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยให้เจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการ แต่มิใช่ศาลวินิจฉัยกรณีโต้แย้งในลักษณะที่เป็นคดีข้อพิพาท โดยมีวิธีพิจารณาเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่มีประโยชน์

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข เล่มเดิม. หน้า 66.

⁴⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เล่มเดิม. หน้า 246.

ขัดแย้งกันวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ให้มีการรับฟังพยานหรือให้มีการตรวจสอบให้ความเห็นโดยเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลางและไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง ถ้าผู้เกี่ยวข้องไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการ กฎหมายได้กำหนดให้อุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อศาลในข้อกฎหมายได้ หรือในบางกรณีอาจให้อุทธรณ์ได้ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ในประเทศอังกฤษ เรียกว่า คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นคณะกรรมการของฝ่ายบริหาร (Administrative Tribunals) ถูกจัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติมีหน้าที่เฉพาะเรื่องแตกต่างกันไปตามแต่ที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้

(2) การกำกับดูแล เป็นกรณีที่ต้องคัดกรองปกครองส่วนกลางหรือองค์กรขององค์กรปกครองส่วนภูมิภาคใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น กรุงเทพมหานคร เทศบาล ฯลฯ และการกระทำขององค์กรขององค์กรมหาชน เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย องค์กรสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นต้น ผู้ว่าราชการจังหวัดและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างเทศบัญญัติที่สภาเทศบาลต่างๆ ได้จัดทำขึ้น และหากเห็นว่าการกระทำขององค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือขององค์กรขององค์กรมหาชนไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรขององค์กรปกครองส่วนกลางหรือองค์กรขององค์กรปกครองส่วนภูมิภาคมีอำนาจไม่อนุมัติให้การกระทำนั้นมีผลบังคับ ยกเลิก หรือเพิกถอนการกระทำนั้น แล้วแต่กรณี⁴⁵

ความแตกต่างของการควบคุมบังคับบัญชากับการกำกับดูแลมีสาระสำคัญอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่ควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดขึ้นจากการจัดระเบียบภายในหน่วยงาน ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้ไว้โดยเฉพาะ แต่อำนาจของผู้กำกับดูแลที่ควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนนั้น เป็นอำนาจที่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้เฉพาะ และผู้กำกับดูแลใช้อำนาจควบคุมเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้

ประการที่สอง ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ทั้งในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายและในแง่ของความเหมาะสม แต่โดยปกติแล้วผู้กำกับดูแลมีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนได้เฉพาะในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่ควบคุมความเหมาะสมของการกระทำได้ มิฉะนั้นอาจเป็นการทำลายความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือขององค์กรมหาชน ซึ่งเป็นหลักการและเหตุผลของการกระจายอำนาจ (Decentralization)

⁴⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข เล่มเดิม. หน้า 66.

2) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง สามารถแบ่งการควบคุมได้ดังนี้

(1) การควบคุมโดยรัฐสภา ในประเทศไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้เปิดโอกาสให้รัฐสภาควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐมนตรีได้ทั้งคณะ เช่น ให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ หรือให้วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมการสามัญและมีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิกตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญเพื่อทำการสอบสวนการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องต่างๆ ได้ เป็นต้น⁴⁶

(2) การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล เป็นหลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าการควบคุมระบบอื่นๆ เนื่องจาก

ก. ศาลหรือตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมขององค์กรทางการเมือง อันได้แก่ รัฐสภา รัฐบาล หรือฝ่ายปกครอง ความเป็นอิสระของศาลนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่ากรณีพิพาทระหว่างตนกับฝ่ายปกครองจะได้รับการพิจารณาโดยคนกลางที่ปราศจากอคติลำเอียง ส่วนการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลก็ตาม องค์กรผู้มีหน้าที่ควบคุมจะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายรัฐมนตรีทั้งสิ้น ดังนั้น จึงไม่อาจจะขจัดความสงสัยในความมือคดลำเอียงให้หมดสิ้นไปได้ ซึ่งจะปรากฏชัดเจนในกรณีของการควบคุมบังคับบัญชา โดยปกติแล้วองค์กรฝ่ายปกครองต่างๆ มักใช้อำนาจตามกฎหมายออกคำวินิจฉัยสั่งการไปตาม “แนวปฏิบัติ” ที่ผู้บังคับบัญชาชั้นสูงของตนกำหนดไว้ไว้ในหนังสือเวียนเสมอ แต่แนวปฏิบัติไม่ใช่กฎหมายอันองค์กรฝ่ายปกครองจะใช้บังคับแก่เอกชนได้ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 720/2505 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2383/2526 ซึ่งแนวปฏิบัติมีฐานะเป็นเพียงข้อแนะนำจากผู้บังคับบัญชาเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่กฎหมายให้แก่ตนออกคำวินิจฉัยสั่งการแตกต่างไปจากแนวปฏิบัติก็ได้ แต่เนื่องจากผู้บังคับบัญชามีอำนาจให้โทษแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจึงถือและปฏิบัติตามแนวปฏิบัติอย่างเคร่งครัด แม้ว่าแนวปฏิบัตินั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม⁴⁷

⁴⁶ แหล่งเดิม. หน้า 68.

⁴⁷ แหล่งเดิม. หน้า 69.

ข. เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ จึงเป็นหลักประกันว่าทุกข์หรือความเดือดร้อนของราษฎร หากมีอยู่จริงจะได้รับการแก้ไขภายในเวลาอันสมควร⁴⁸

ก. วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างของตนและหักล้างข้ออ้างของฝ่ายตรงข้าม ได้อย่างเต็มที่ การเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่ใช้อำนาจไปตามอำเภอใจ และการเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างของตน และหรือหักล้างข้ออ้างของฝ่ายตรงข้าม ได้อย่างเต็มที่นั้น ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าคำพิพากษาของศาลได้วางอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ถูกต้องแท้จริง⁴⁹

ง. ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การบังคับให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปทางใด ให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไปเช่นนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจเช่นกัน ทั้งนี้ เพราะเป็นการบังคับให้ผู้พิพากษาต้องไตร่ตรองใคร่ครวญให้รอบคอบว่าคำพิพากษาของตนมีเหตุผลที่วิญญูชนรับฟังได้หรือไม่ และให้พิพากษาคดีไปในทางที่มีเหตุผลอันวิญญูชนรับฟังได้เท่านั้น⁵⁰

การตรวจสอบการกระทำทางปกครองของศาลนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่เอกชนที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำทางปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของคณานั้น เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือให้ไม่ใช้การกระทำนั้นบังคับแก่กรณีของตน และหรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน แล้วแต่กรณี⁵¹ แนวความคิดของนักวิชาการเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาล ดังนี้

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา อธิบายไว้ว่า การควบคุมขององค์กรตุลาการที่ควบคุมการใช้อำนาจบริหารของฝ่ายบริหารและอำนาจปกครองของฝ่ายปกครองจะควบคุมตรวจสอบ

⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 70.

⁴⁹ แหล่งเดิม. หน้า 71.

⁵⁰ แหล่งเดิม.

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 68.

เฉพาะในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมในเรื่องความเหมาะสมหรือความเป็นธรรมของการใช้อำนาจ⁵²

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา มีความเห็นในทำนองเดียวกันว่า โดยหลักแล้วศาลปกครองจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ กล่าวคือ ศาลสามารถตรวจสอบได้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ถ้าเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวได้ แต่ถ้าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หากแต่เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ เพราะหากให้ศาลเข้าไปพิจารณาในเรื่องความเหมาะสมได้ ศาลจะกลายเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองไป⁵³ และให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าหลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมจนถึงขนาดอันเป็นการขัดต่อหลักการใช้ดุลพินิจ ศาลปกครองอาจถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ และอาจสั่งเพิกถอนการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ สำหรับหลักการที่ศาลปกครองใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งหากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองขัดต่อหลักความได้สัดส่วน การใช้อำนาจนั้นย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ชอบ ศาลปกครองย่อมก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบได้ โดยใช้หลักความได้สัดส่วนซึ่งประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ ที่สำคัญ 3 หลักการดังนี้⁵⁴

หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือ คำสั่งที่ใช้ดุลพินิจต้องเหมาะสมกับการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น กฎหมายให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการเลือกออกคำสั่งได้หลายอย่าง การที่ฝ่ายปกครองเลือกออกคำสั่งโดยประกาศให้เนื้อสุกรเป็นสินค้าควบคุม แต่เมื่อประกาศแล้วทำให้ราคาเนื้อสุกรสูงขึ้น จึงผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการป้องกันการค้ากำไรเกินสมควร เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม

หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) คือ ฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่มีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุดหรือค้ำึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย เช่น มีผู้จะมาพุดในที่สาธารณะแต่มีผู้ที่ต่อต้านความคิดของคนที่จะมาพุด ฝ่ายปกครองกล่าวว่าจะเกิดความวุ่นวาย

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เล่มเดิม. หน้า 2-3.

⁵³ มานิตย์ จุมปา ข เล่มเดิม. หน้า 586.

⁵⁴ แหล่งเดิม. หน้า 414-415.

จึงออกคำสั่งห้ามไม่ให้มาพูดต่างๆ ที่สามารถจัดเจ้าหน้าที่ป้องกันเหตุดังกล่าวได้ เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ขัดต่อหลักแห่งความจำเป็น

หลักแห่งความได้สัดส่วน ในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่อยู่ในวิสัยที่ดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้โดยมีประสิทธิภาพที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่หากได้ปฏิบัติแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนหรือรัฐ เช่น กรณีตัดถนนผ่านบ้านเรือนจำนวนมาก แต่หากมีการเปลี่ยนแนวเส้นทางใหม่จะทำให้บ้านเรือนถูกเวนคืนน้อยลง ถ้ารัฐไม่ยอมแก้ไขประกาศในการสร้างเส้นทางและเลือกใช้ดุลพินิจที่สร้างความเสียหายแก่ประชาชนจำนวนมากทั้งที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ แต่ไม่ยอมทำยอมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ได้สัดส่วน

ดร. ฤทัย หงส์ศิริ เห็นว่า การที่ศาลต้องใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดร้ายแรงถึงขนาดที่บุคคลทั่วไปย่อมไม่กระทำหรือขัดต่อเหตุผลโดยชัดแจ้งนั้น เนื่องจากการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง ศาลมีหน้าที่เพียงตรวจสอบหรือควบคุมให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครอง มิฉะนั้น จะกลายเป็นว่าศาลเข้าไปทำหน้าที่เป็นผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติเสียเอง⁵⁵

สรุปได้ว่าการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นการควบคุมในลักษณะข้อพิพาท กล่าวคือ ผู้มีอำนาจวินิจฉัยมีความเป็นอิสระ มีกระบวนการพิจารณาที่แน่นอน มีเงื่อนไขการฟ้องและกำหนดอายุความในการฟ้องคดี โดยหลักการตรวจสอบขององค์กรตุลาการหรือศาลจะตรวจสอบหรือควบคุมการใช้ดุลพินิจให้อยู่ในขอบเขตและเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่านั้น ศาลไม่อาจพิจารณาควบคุม “ดุลพินิจที่แท้จริง” (Opportunity) ได้ การควบคุมดุลพินิจที่แท้จริงเป็นเรื่องการควบคุมภายในของฝ่ายบริหารด้วยตนเอง เว้นแต่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจไม่เหมาะสมจนถึงขนาดขัดต่อหลักการใช้อำนาจดุลพินิจ เช่น หลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น หลักแห่งความได้สัดส่วน เป็นต้น สำหรับการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองศาลวางแนวทางไว้ ดังนี้⁵⁶

(1) ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายในเงื่อนไขหรือขอบเขตที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ

⁵⁵ ฤทัย หงส์ศิริ. เล่มเดิม. หน้า 318.

⁵⁶ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. เล่มเดิม. หน้า 213-214.

ก. ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจด้วยตนเอง เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติให้มอบอำนาจได้ การมอบอำนาจนั้นฝ่ายปกครองต้องมอบให้แก่องค์กรที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น รวมทั้งต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดด้วย

ข. ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยปฏิบัติตามขั้นตอนและแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีที่ต้องมีการร้องขอก่อน ฝ่ายปกครองจึงใช้อำนาจได้ หรือกรณีที่ต้องจัดให้มีกระบวนการรับฟังทางมหาชนก่อน ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้ต่อเมื่อจัดให้มีการรับฟังก่อน เป็นต้น

ค. ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด

ง. ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดเกิดขึ้นแล้ว

จ. ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดไว้

(2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง กล่าวคือ

ก. ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจของตนและปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดุลพินิจไม่ได้ โดยเฉพาะในกรณีที่มีคำร้องขอเมื่อมีผู้ยื่นคำขอเข้ามาแล้ว ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาก่อนที่ตัดสินใจใช้อำนาจ หากฝ่ายปกครองยกคำร้องขอหรือปฏิเสธไม่อนุญาตไปโดยไม่ได้พิจารณาคำขอถือว่าฝ่ายปกครองมิได้ใช้ดุลพินิจของตน

ข. ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจอย่างอิสระไม่จำเป็นต้องผูกพันกับคำปรึกษาหารือหรือข้อเสนอแนะขององค์กรอื่น สำหรับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันกับแนวปฏิบัติที่ตนเองหรือผู้บังคับบัญชาได้กำหนดไว้แล้ว ศาลถือว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจโดยผูกพันกับแนวปฏิบัติได้ หากแนวปฏิบัตินั้นชอบด้วยกฎหมาย

ค. ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีอย่างรอบด้าน โดยต้องนำข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณาและต้องไม่นำข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณา

ง. ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจใช้อำนาจอย่างมีเหตุผลตามหลักแห่งความได้สัดส่วน เช่น กรณีการประเมินภาษีหรือการจ่ายค่าทดแทนในกรณีเวนคืน

สำหรับแนวคำสั่งและคำพิพากษาของศาลที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับดุลพินิจไว้ ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 102/2553 กรณีฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีมีหนังสือร้องเรียนต่อผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาหนองคายเขต 1 เพื่อให้ดำเนินการทางวินัยแก่ผู้อำนวยการโรงเรียนดงเจริญวิทยา เนื่องจากไม่รักษาวินัยอย่างเคร่งครัด ไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานและจรรยาบรรณ โดยเบียดบังเวลาราชการไปแสวงหาผลประโยชน์

ส่วนตัว แต่ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาหนองคายเขต 1 พิจารณาแล้วกลับไม่ดำเนินการตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องเรียนขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาหนองคายเขต 1 ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 โดยดำเนินการสอบสวนทางวินัยแก่ผู้อำนวยการโรงเรียนกรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม คำขอของผู้ฟ้องคดีมิได้มีผลเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด ทั้งคำขอดังกล่าวเป็นเรื่องภายในระหว่างผู้บังคับบัญชากับข้าราชการที่อยู่ในบังคับบัญชา อันเป็นอำนาจในการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่จะพิจารณาดำเนินการได้ตามสมควรแก่กรณี จึงมิใช่คำขอที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 138/2553 กรณีฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีมีหนังสือร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัดร้อยเอ็ด ขอให้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยนายอำเภอจันทหาร เนื่องจากผู้ฟ้องคดีถูกนายอำเภอตัดสิทธิการสอบโครงการกระจายแพทย์ 1 อำเภอ 1 ทุนแพทย์ของอำเภอจันทหาร ปีการศึกษา 2552 แต่มิได้มีการดำเนินการตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องเรียน ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดร้อยเอ็ดปฏิบัติตามกฎหมายและแจ้งผลการดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีทราบ การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีนี้ จึงเป็นการฟ้องคดีโดยมิคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยกับนายอำเภอจันทหาร จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เนื่องจากการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยกับข้าราชการผู้นั้นเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาจะใช้ดุลพินิจดำเนินการตามกฎหมายและตามที่เห็นสมควร โดยศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ราชการเสมือนเป็นฝ่ายบริหารในเรื่องดังกล่าวได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดทั้งสองคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาด้วยเหตุผลที่ว่า การดำเนินการทางวินัยเป็นเรื่องระหว่างผู้บังคับบัญชากับข้าราชการที่อยู่ในบังคับบัญชา อันเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่จะพิจารณาดำเนินการได้ตามสมควรแก่กรณี ศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ราชการเสมือนเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในเรื่องดังกล่าวได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.221/2553 การที่คณะตุลาการศาลปกครองสูงสุด มหาวิทยาลัย มีคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีทำหน้าที่รักษาราชการในตำแหน่งหัวหน้างานอาคารสถานที่และยานพาหนะนั้น เป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้การบริหารงานของราชการมีความต่อเนื่อง และการจัดอัตรากำลังให้มีความเหมาะสม คำสั่งดังกล่าวจึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีจากการได้รับการแต่งตั้งให้รักษาราชการในตำแหน่งดังกล่าว ดังนั้น การที่คณะตุลาการศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวในภายหลัง และมีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้รักษาราชการในตำแหน่งดังกล่าวแทนผู้ฟ้องคดี ย่อมไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีด้วยเช่นเดียวกัน อีกทั้งตำแหน่งที่แต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีมาดำรงก็เป็นเพียงการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่รักษาราชการในตำแหน่งดังกล่าวเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการรักษาราชการในตำแหน่งและแต่งตั้งบุคคลอื่นรักษาราชการในตำแหน่งดังกล่าวแทน และหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีย้ายห้องทำงานไปยังหน่วยงานเดิม ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีนี้ศาลเห็นว่าการที่ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการทำหน้าที่รักษาราชการในตำแหน่งหัวหน้างาน เป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้การบริหารงานของราชการมีความต่อเนื่องและการจัดอัตรากำลังให้มีความเหมาะสม ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.205/2553 ผู้ฟ้องคดีร้องทุกข์ต่อผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนขอให้แก้ไขความคับข้องใจ กรณีที่ผู้บังคับบัญชาไม่มอบหมายงานให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติ อ.ก.พ. วิสามัญเกี่ยวกับการรักษาระบบคุณธรรมได้พิจารณาเรื่องร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดีและมีมติให้ยุติเรื่อง ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทบทวนมติดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติให้ยุติเรื่องเช่นเดิมผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองครั้งดังกล่าว และขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขความคับข้องใจและดูแลข้าราชการที่ร้องขอความเป็นธรรมอย่างตรงไปตรงมา สำหรับคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขความคับข้องใจ กรณีผู้บังคับบัญชาไม่มอบหมายงานนั้น เป็นเรื่องในทางการบริหารของผู้บังคับบัญชาที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาดำเนินการตามที่เห็นสมควร และคำขอให้ดูแลข้าราชการที่ร้องขอความเป็นธรรมอย่างตรงไปตรงมานั้น เป็นภาระหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีตามที่กฎหมายบัญญัติ ศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปกำหนดคำสั่งผู้ถูกฟ้องคดี ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1206/2509 การที่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคารได้แจ้งให้โจทก์เลิกใช้และรื้อถอนอาคาร เพราะอยู่ในสภาพไม่มั่นคงแข็งแรงหรือไม่ปลอดภัย ซึ่งน่าจะเป็นอันตรายแก่ร่างกาย ชีวิต หรือทรัพย์สิน ซึ่งโจทก์ได้อุทธรณ์คำสั่งต่อคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ได้มีมติให้ยกอุทธรณ์แล้วนั้น โจทก์ได้ฟ้องศาลขอให้เพิกถอนคำสั่งนั้น โดยอ้างแต่เพียงว่าอาคารของโจทก์มั่นคงแข็งแรงมิได้ เพราะไม่ปรากฏว่าในการวินิจฉัยเช่นนั้น เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นและคณะกรรมการได้กระทำการนอกเหนือความในพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคารอย่างไร ทั้งไม่ปรากฏว่าการวินิจฉัยของจำเลยหรือคณะกรรมการเป็นการวินิจฉัยโดยไม่มีข้อเท็จจริงสนับสนุน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1155/2526 โจทก์เป็นข้าราชการพลเรือนสังกัดกรมศุลกากร จำเลยที่ 1 ถูกกล่าวหาว่าทุจริตต่อหน้าที่ จำเลยที่ 1 จึงตั้งกรรมการสอบสวนความผิดของโจทก์ และจำเลยที่ 1 โดยอธิบดีจำเลยที่ 3 มีคำสั่งไล่ออกจากราชการตามมติของ อ.ก.พ. กระทรวงการคลัง เป็นการปฏิบัติตามอำนาจและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนฯ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของทางราชการฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ เมื่อผู้บังคับบัญชาของโจทก์สั่งไปตามอำนาจหน้าที่โดยชอบอย่างไรแล้ว ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาดอีก โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งหรือพิพากษาให้จำเลยเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3535/2529 จำเลยในฐานะอธิการบดีมหาวิทยาลัยมีคำสั่งลงโทษโจทก์ โดยที่ได้พิจารณาแล้วเชื่อว่าโจทก์กระทำผิดทางวินัยตามความเห็นของคณะกรรมการสอบสวน เป็นการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 มาตรา 84 การที่จะวินิจฉัยว่าโจทก์มีความผิดทางวินัยหรือไม่ เป็นอำนาจและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของราชการฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ เมื่อจำเลยซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของโจทก์วินิจฉัยว่าโจทก์มีความผิดใช้ดุลพินิจสั่งลงโทษโจทก์ไปตามความเหมาะสมกับสภาพความผิดเท่าที่อยู่ในอำนาจของจำเลยโดยชอบอย่างไรแล้ว ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปชี้ขาดว่าโจทก์มีความผิดทางวินัยหรือไม่อีก จำเลยได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายและได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรไม่ได้จึงใจกลั่นแกล้งโจทก์ จึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 646-647/2510 (ประชุมใหญ่) มีข้อความตอนหนึ่งว่า กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและกฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายนั้น หมายความว่า คำวินิจฉัยนั้นจะเป็นที่สุดต่อเมื่อเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามกฎหมายที่ให้อำนาจมีคำสั่งและมีคำวินิจฉัยเช่นนั้น มิได้หมายความว่าแม้คำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะถึงที่สุดนำมาฟ้องร้องต่อศาลไม่ได้ไปด้วย ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ว่าคำวินิจฉัยนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลย่อมไม่รู้พินข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจที่เจ้าหน้าที่รับฟัง

หรือวินิจฉัยมา โดยถือว่าการใช้ดุลพินิจเป็นปัญหาข้อเท็จจริง การจะฟังข้อเท็จจริงหรือใช้ดุลพินิจไปในทางใด จะถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เว้นแต่การฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้นไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือมิได้เป็นไปโดยสุจริต อันถือได้ว่าการวินิจฉัยเช่นนั้นไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง⁵⁷

สำหรับความแตกต่างระหว่างการร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครองกับการฟ้องคดีปกครอง สามารถแบ่งได้ดังนี้⁵⁸

1) ความแตกต่างในเรื่ององค์กรที่มีอำนาจพิจารณา ในการร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครองนั้นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคือฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ก่อให้เกิดการร้องเรียน หรือผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป ในกรณีแรกที่เป็นการร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการนั้นเป็นการขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้กระทำการหรือทำนิติกรรมทางปกครองเป็นผู้พิจารณาการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองแล้วแก้ไขใหม่ด้วยตนเอง ส่วนกรณีที่สองเป็นการขอให้ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหรือควบคุมกำกับดูแลเจ้าหน้าที่นั้น เป็นผู้ใช้อำนาจก่อให้เกิดการแก้ไขการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองนั้น ในขณะที่การฟ้องคดีปกครองนั้นต้องฟ้องร้องต่อศาลเสมอ

2) ความแตกต่างในเรื่องของมูลเหตุแห่งการร้องทุกข์ ในการร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครอง ประชาชนสามารถร้องเรียนโดยยกมูลเหตุใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นมูลเหตุทางกฎหมายที่สามารถอ้างความบกพร่องในข้อกฎหมายหรือในข้อเท็จจริงที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเหตุของความไม่เหมาะสม ส่วนการฟ้องคดีปกครองนั้นมูลเหตุการฟ้องร้องต้องอยู่บนพื้นฐานของการละเมิดต่อกฎหมายเท่านั้น

3) รูปแบบและกระบวนการพิจารณา การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง โดยหลักแล้วไม่ยึดติดรูปแบบ กล่าวคือ เอกชนที่ร้องเรียนไม่ต้องอยู่ในบังคับแห่งเงื่อนไขใดๆ ไม่ต้องถูกผูกมัดโดยแบบพิธีใด เจ้าหน้าที่ผู้รับคำร้องไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎเกณฑ์ในเรื่องแบบพิธีหรือกระบวนการพิจารณาใดๆ เพื่อตอบสนองความต้องการแก่ผู้ร้องเรียน ส่วนการฟ้องคดีปกครองได้กำหนดบทกฎหมายในเรื่องแบบพิธีและระยะเวลาการฟ้องร้อง ซึ่งการไม่ปฏิบัติเป็นเหตุให้ศาลไม่รับพิจารณาได้ โดยศาลพิจารณาตามกระบวนการพิจารณาที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้แล้ว

4) อำนาจขององค์กรผู้พิจารณา ในการร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครอง องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจทุกอย่าง กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามคำขอของผู้ร้องเรียนหรือปฏิเสธไม่รับเรื่องร้องเรียนหรือสั่งการให้ทำตามคำร้องเรียนเพียงบางส่วนหรือทั้งหมด หรือแม้แต่มากกว่าที่ผู้ร้องเรียนขอ นอกจากนี้ ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายปกครองมีอำนาจ

⁵⁷ ฤทัย หงส์ศิริ. เล่มเดิม. หน้า 318-319.

⁵⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เล่มเดิม. หน้า 246-247.

เช่นเดียวกับอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดให้ไว้สำหรับการออกนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่มีบุคคลภายนอกได้รับสิทธิตามนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว ส่วนการฟ้องคดีปกครองกฎหมายบังคับให้ผู้พิพากษาจำต้องตัดสินคดีและพิพากษาเกินกว่าที่ผู้ฟ้องคดีขอมาไม่ได้

5) สถานะของคำตัดสินที่เป็นผลของการฟ้องร้อง การร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครอง คำตัดสินมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้ระบบนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ส่วนการฟ้องคดีปกครองต่อศาลนั้นคำตัดสินของศาลมีอำนาจเด็ดขาดในตัวเองในฐานะคำพิพากษาของศาล

2.2 ความหมาย แนวความคิด และทฤษฎีทางภาษีอากร

2.2.1 ความหมายของภาษีอากร

นักเศรษฐศาสตร์และนักภาษีอากรทั้งในประเทศและต่างประเทศต่างให้คำจำกัดความของคำว่า “ภาษีอากร” ไว้ ดังนี้

กลุ่มนักวิชาการภาษีอากร ได้ให้ความหมายของคำว่าภาษีอากรเป็น 2 แนวทาง คือ⁵⁹

แนวทางที่หนึ่ง ได้อธิบายไว้ว่าภาษีอากร คือ สิ่งที่รัฐบาลบังคับเก็บจากรายกร และนำไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยมีได้มีสิ่งตอบแทนโดยตรงแก่ผู้เสียภาษี

แนวทางที่สอง ได้อธิบายไว้ว่า ภาษีอากร คือ เงินได้หรือทรัพยากรที่เคลื่อนย้ายจากภาคเอกชนไปสู่ภาครัฐบาล แต่ไม่รวมถึงการกู้ยืมหรือขายสินค้าหรือให้บริการในราคาทุนโดยรัฐบาล

ศาสตราจารย์เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม ได้สรุปลักษณะคำนิยามของภาษีอากรไว้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้⁶⁰

แนวทางของการบังคับการจัดเก็บภาษีได้ให้คำนิยามว่า ภาษี คือ สิ่งที่รัฐบาลบังคับเก็บจากรายกร และนำมาใช้เพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวม โดยมีได้มีสิ่งตอบแทนโดยตรงแก่ผู้เสียภาษี และมีลักษณะสำคัญประการแรก คือ ภาษีที่รัฐบาลเก็บจากประชาชนนั้น จะมีลักษณะของการบังคับซึ่งภาษีที่จะเก็บนั้นอาจจะเป็นรายได้ สิ่งของ ผลประโยชน์ หรือบริการจากผู้เสียภาษีและประการที่สอง ภาษีที่เก็บได้นั้นจะต้องนำไปใช้เพื่อสังคมส่วนรวม ผู้เสียภาษีนั้นจะไม่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากรัฐบาล ซึ่งต่างกับการซื้อสินค้าหรือบริการผู้ที่เสียเงินจะเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการซื้อสินค้าหรือบริการนั้น อย่างไรก็ตามผู้เสียภาษีจะได้รับผลประโยชน์โดยทางอ้อมจากรัฐบาล เช่น การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบภายใน และสวัสดิการของสังคม เป็นต้น

แนวทางของการเคลื่อนย้ายเงินได้หรือทรัพยากรระหว่างภาคเอกชนกับภาครัฐบาลได้ให้คำนิยามว่า ภาษี คือ เงินได้หรือทรัพยากรที่เคลื่อนย้ายจากภาคเอกชนไปสู่ภาครัฐบาล ยกเว้น

⁵⁹ กลุ่มนักวิชาการภาษีอากร. (2552). *ภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร 2545*. หน้า 1.

⁶⁰ เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม. (2543). *การคลังว่าด้วยการจัดสรรและการกระจาย*. หน้า 129-131.

การกู้ยืมและการขายสินค้าหรือบริการในราคาทุนของรัฐบาล โดยมีลักษณะสำคัญประการแรก ภาษีอากร หมายถึง เงินได้หรือทรัพย์สินที่ได้มีการเคลื่อนย้ายจากภาคเอกชนเพื่อไปสู่ภาครัฐบาล ในที่นี้ข้อมความหมายว่าเมื่อรัฐบาลเก็บภาษีไปใช้จ่ายในกิจการของรัฐบาล ทรัพย์สินที่จะมีเหลือไว้ใช้ในภาคเอกชนย่อมจะต้องลดลง ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการใช้บริโภค การออม และการลงทุนของเอกชน ประการที่สอง คำนิยามดังกล่าวนี้ได้ยกเว้นการกู้ยืมของรัฐบาล และการขายสินค้าและบริการในราคาทุนของรัฐบาล ทั้งนี้เพราะว่าการกู้ยืมของรัฐบาลนั้นเป็นแต่เพียงการยืมไปใช้เป็นการชั่วคราว ซึ่งรัฐบาลจะต้องจ่ายเงินคืนในภายหลัง ดังนั้น จึงเท่ากับว่าไม่มีการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินจากภาคเอกชนไปยังภาครัฐบาล และประการที่สาม การขายสินค้าและบริการในราคาที่สูงกว่าต้นทุนของรัฐบาลจะถือว่าเป็นภาษี เพราะได้มีการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินจากภาคเอกชนไปยังภาครัฐบาล

Simon James and Christopher Nobes ได้กล่าวไว้ในหนังสือ *The Economics of Taxation* ว่า ภาษี คือ การเก็บเงินจากประชาชนในลักษณะเป็นการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยที่ประชาชนผู้ถูกเก็บเงินไม่ได้รับสิ่งตอบแทนโดยตรง หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า ภาษี คือ เงินที่เคลื่อนย้ายจากประชาชนไปสู่รัฐ โดยประชาชนผู้เสียภาษีจะไม่ได้รับสิ่งตอบแทนโดยตรงจากรัฐ⁶¹

E.R.A. Seligman ได้กล่าวไว้ในหนังสือ *Essays in Taxation* ว่า ภาษีอากร คือ เงินบริจาคที่ราษฎรถูกบังคับจัดเก็บให้แก่รัฐบาล เพื่อนำไปใช้จ่ายในทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ โดยที่ผู้เสียภาษีเหล่านั้นไม่จำเป็นต้องได้รับประโยชน์เป็นการเฉพาะ⁶²

Charles.F. Bastable ได้กล่าวไว้ในหนังสือ *Public Finance* ว่า ภาษีอากร คือ เงินที่ถูกบังคับจัดเก็บจากความมั่งคั่งของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพื่อการจัดบริการในนามของส่วนรวม⁶³

จากคำจำกัดความดังกล่าวทำให้สรุปลักษณะสำคัญของภาษีอากรได้ว่า ภาษีอากรโดยทั่วไปมีลักษณะเป็นการที่รัฐบังคับจัดเก็บจากภาคเอกชน เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะในนามของรัฐ โดยมีต้องให้ผลตอบแทนโดยตรงและไม่มีภาระที่จะต้องชำระคืนภาคเอกชน ทั้งนี้ ภาษีอากรไม่จำเป็นต้องเรียกเก็บเป็นเงินเสมอไป ต่อมาความหมายของภาษีได้มีการพัฒนาการให้หมายถึง เครื่องมือทางการคลังที่สำคัญของทุกสถาบันและได้รับการพิจารณาว่าเป็นข้อผูกพันทางสังคม ดังนั้น ลักษณะของภาษีจึงเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับสภาพความเป็นอยู่ของสังคมหนึ่งตลอดจนแนวความคิดเกี่ยวกับหน้าที่และความยุติธรรมของแต่ละสังคมในแต่ละยุคสมัย⁶⁴

⁶¹ Simon James and Christopher Nobes. (2000). *The Economics of Taxation*. p.304(อ้างถึงใน จิระศักดิ์ รอดจันทร์, 2555: 3)

⁶² E.R.A. Seligm. (1925). *Essays in Taxation*. p.1895(อ้างถึงใน วีระศักดิ์ เครือเทพ, 2547: 3)

⁶³ Charles.F. Bastable. (1903). *Public Finance*(อ้างถึงใน วีระศักดิ์ เครือเทพ, 2547: 4)

⁶⁴ สุกลักษณ์ พินิจภูวนล. (2542). *คำอธิบายกฎหมายการคลังและการภาษีอากร*. หน้า 21.

2.2.2 หลักการจัดเก็บภาษีอากรที่ดี

หลักการเกี่ยวกับการบริหารการจัดเก็บภาษีอากรที่ดี อדם สมิท ได้เขียนไว้ในหนังสือ *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* ประกอบไปด้วยหลักการ 4 ประการ ได้แก่ หลักความเป็นธรรมในการเสียภาษี หลักความแน่นอนชัดเจน หลักความสะดวกในการจ่ายภาษี และหลักความประหยัดในการจัดเก็บภาษี⁶⁵ ต่อมาได้มีข้อพิจารณาเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักการจัดเก็บภาษีอากรที่ดีจากหลักการที่อดัม สมิท ได้ให้ไว้อีก 5 หลักการ คือ หลักของการบังคับใช้ได้ หลักความยืดหยุ่น หลักการยอมรับได้ หลักในการทำรายได้ และหลักความเป็นกลางในทางเศรษฐกิจ ดังนี้

1) หลักความเป็นธรรมในการเสียภาษี (Equality of taxation)

เนื่องจากประชาชนของรัฐจำเป็นต้องบริจาคหรือสละเงินให้แก่รัฐที่เขาเหล่านั้นอยู่ภายใต้ความคุ้มครอง ดังนั้น พลเมืองของทุกๆ รัฐ จึงควรที่จะจ่ายเงินเพื่อสนับสนุนรัฐบาลให้ใกล้เคียงมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ตามสัดส่วนความสามารถของพวกเขาแต่ละคน นั่นก็คือ ตามสัดส่วนของรายได้ซึ่งพวกเขาแต่ละคนได้รับประโยชน์⁶⁶ แนวความคิดดังกล่าวถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการจัดเก็บภาษีอากรที่ทำให้ผู้ถูกจัดเก็บภาษีอากรยอมรับและถือปฏิบัติได้ ซึ่ง N.Gregory Mankiw ได้กล่าวไว้ในหนังสือ *Principles of Economics* ว่า ความเป็นธรรม หมายถึง การกระจายหรือแบ่งเฉลี่ยภาระภาษีในหมู่ประชาชนอย่างเป็นธรรม โดยความเป็นธรรมของระบบภาษีจะเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ว่าภาระภาษีได้ถูกแบ่งเฉลี่ยอย่างเป็นธรรมในหมู่ประชาชนหรือไม่⁶⁷ และ R.V. Musgrave and P.B. Musgrave ได้กล่าวไว้ในหนังสือ *Public Finance in Theory and Practice* ว่า ทุกคนเห็นด้วยว่าระบบภาษีควรเป็นธรรม กล่าวคือ ผู้เสียภาษีทุกคนควรจ่ายเงินตามสัดส่วนที่เป็นธรรมเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายของรัฐบาล สำหรับสัดส่วนที่เป็นธรรมหรือส่วนเฉลี่ยของภาระภาษีอย่างเป็นธรรมนั้น ต้องมีการจัดเก็บภาษี โดยให้ประชาชนจ่ายเงินให้แก่รัฐบาล เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายของรัฐบาลในจำนวนที่แตกต่างกันตามสถานการณ์ของพวกเขา กล่าวคือ บุคคลที่อยู่ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ควรรับภาระภาษีที่แตกต่างกัน และบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันควรรับภาระภาษีที่เท่ากัน⁶⁸ ดังหลักการต่อไปนี้

⁶⁵ Adam Smith. (2000). *The Wealth of Nations*. p.888-889(อ้างถึงใน จิรศักดิ์ รอดจันทร์, 2555: 6-7)

⁶⁶ จิรศักดิ์ รอดจันทร์. เล่มเดิม. หน้า 7.

⁶⁷ N.Gregory Mankiw. (1998). *Principles of Economics*. p.257(อ้างถึงใน จิรศักดิ์ รอดจันทร์, 2555: 20-21)

⁶⁸ R.V. Musgrave and P.B. Musgrave. (1980). *Public Finance in Theory and Practice*. p.227(อ้างถึงใน จิรศักดิ์ รอดจันทร์, 2555: 21)

หลักความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีในแนวนอน (Horizontal equity of taxation) คือ บุคคลที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันควรถูกจัดเก็บภาษีเท่ากัน หรือคนที่มีรายได้เท่ากันจ่ายเงินเพื่อเป็นค่าภาษีในจำนวนที่เท่ากัน

หลักความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีในแนวตั้ง (Vertical equity of taxation) คือ บุคคลที่อยู่ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ควรแบกรับภาระภาษีที่แตกต่างกัน หรือคนที่มีรายได้มาก จ่ายเงินเพื่อเป็นค่าภาษีในจำนวนที่แตกต่างจากคนที่มีรายได้น้อย หรือคนรวยจ่ายภาษีในจำนวนที่สูงกว่าคนจน⁶⁹

สำหรับหลักความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีภายใต้คำนิยาม “การจัดเก็บภาษีในสถานการณ์ที่เหมือนกันและที่แตกต่างกัน” สามารถทำให้เกิดขึ้นได้หรือเข้าถึงได้โดยการนำ 2 หลักการ ดังต่อไปนี้

- (1) หลักผลประโยชน์
- (2) หลักความสามารถในการจ่าย⁷⁰

(1) หลักผลประโยชน์ที่ได้รับ (Benefit Principle) กล่าวคือ ผู้ได้รับประโยชน์มากจากการบริการใดของรัฐมากต้องเสียภาษีกลับคืนให้แก่รัฐมาก ผู้ได้รับประโยชน์น้อยต้องเสียภาษีน้อยลงตามสัดส่วน และหากไม่ได้รับประโยชน์จากการบริการนั้นจะไม่ต้องเสียภาษีเพื่อการนั้นเลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ รัฐบาลเป็นเสมือนเป็นเอกชนที่ดำเนินกิจการต่างๆ ดังนั้น ผู้ใดได้รับประโยชน์จากสินค้าหรือบริการของรัฐมากต้องเสียภาษีให้กับรัฐมาก เช่นเดียวกับในกรณีที่ผู้ใดได้รับประโยชน์จากสินค้าหรือบริการของภาคเอกชน⁷¹ หลักผลประโยชน์สามารถทำให้การจัดเก็บภาษีในสถานการณ์ที่เหมือนกันและที่แตกต่างกันเกิดขึ้นได้ โดยประชาชนที่ได้รับผลประโยชน์จากรัฐในลักษณะเดียวกันต้องจ่ายภาษีในจำนวนที่เท่ากัน ส่วนประชาชนที่ได้รับผลประโยชน์จากรัฐมากกว่าจะถูกจัดเก็บภาษีมากกว่าผู้ซึ่งได้รับผลประโยชน์จากรัฐน้อยกว่า แม้ว่าหลักการนี้จะมีข้อดี แต่หลักการดังกล่าวยังอาจถูกโต้แย้งได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ลักษณะของภาษี และลักษณะของสินค้าและบริการสาธารณะ โดยหลักผลประโยชน์ถือว่า ภาษี คือ การจ่ายเงินโดยตรงเพื่อตอบแทนผลประโยชน์ที่ได้รับจากรัฐ ซึ่งสิ่งนี้ไม่เป็นความจริงในทางปฏิบัติ เพราะภาษีไม่ใช่การชำระราคา แต่ภาษีเป็นการถูกจัดเก็บในลักษณะการบังคับโดยรัฐ ซึ่งรัฐไม่ได้ให้ผลประโยชน์โดยตรงแก่ผู้เสียภาษีเป็นการตอบแทน

⁶⁹ แหล่งเดิม. หน้า 29.

⁷⁰ แหล่งเดิม. หน้า 21.

⁷¹ สุภรัตน์ ควัฒน์กุล. (2527). เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายภาษีอากร 1. หน้า 73.

อีกทั้งสินค้าและบริการบางอย่างเพื่อชุมชน ไม่สามารถเรียกเก็บราคาได้ในลักษณะคล้ายกับสินค้าและบริการที่ขายในตลาด

ประการที่สอง ความยากในการคำนวณราคาสินค้าและบริการที่จัดทำให้โดยรัฐ และผลประโยชน์ที่ได้รับจากรัฐ กล่าวคือ การคำนวณราคาสินค้าและบริการบางอย่าง อาจนำหลักผลประโยชน์มาใช้ในการคำนวณได้ แต่สินค้าและบริการบางอย่างซึ่งมีลักษณะเป็นสินค้าและบริการเพื่อชุมชนไม่สามารถคำนวณได้ นอกจากนี้ ผู้รับผลประโยชน์ของสินค้าและบริการสาธารณะไม่สามารถระบุได้อย่างชัดเจนว่าเป็นใคร

ประการที่สาม ผลกระทบต่อการกระจายรายได้ครั้งใหม่ R.V. Musgrave and P.B. Musgrave ได้กล่าวว่า หลักผลประโยชน์มีข้อเสีย เพราะไม่ได้คำนึงถึงประเด็นการกระจายรายได้ครั้งใหม่ เนื่องจากคนรวยและคนจนอาจจ่ายภาษีเท่ากัน ถ้าคนรวยและคนจนได้รับผลประโยชน์จากรัฐเท่ากัน หรือคนจนอาจจะได้รับผลประโยชน์สาธารณะบางอย่างสูงกว่าคนรวย เช่น การศึกษา การสาธารณสุข ซึ่งผลที่ตามมาคือคนจนจะจ่ายภาษีสูงกว่าคนรวยในการรับผลประโยชน์ดังกล่าว⁷²

ภาษีอากรที่จัดเก็บตามหลักการนี้ ได้แก่ ภาษีการใช้ถนน ค่าธรรมเนียมผ่านทาง หรือค่าใบอนุญาตทำการต่างๆ เป็นต้น

(2) หลักความสามารถในการเสียภาษี (Ability-to-pay principle) R.V. Musgrave and P.B. Musgrave ได้กล่าวว่า เงินได้เท่ากันอาจไม่ได้บ่งชี้ว่ามีความสามารถในการจ่ายภาษีเท่ากัน หากว่าผู้เสียภาษีอยู่ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน⁷³ ดังนั้น การวัดความเสมอภาคในการเสียภาษีโดยการใช้การเสียสละความพึงพอใจ (Sacrifice of utility) ของผู้เสียภาษีเป็นเครื่องวัดโดยอาจวัดจากทรัพย์สินรายได้ หรือการใช้จ่ายของแต่ละบุคคลเป็นเกณฑ์กำหนดจำนวนภาษีที่ต้องเสีย กล่าวคือ ผู้ที่มีความสามารถในการเสียภาษีมากต้องเสียภาษีให้กับรัฐมาก และผู้ที่มีความสามารถในการเสียภาษีให้กับรัฐน้อย ควรเสียภาษีให้กับรัฐน้อยตามขนาดความสามารถในการเสียภาษีของตน⁷⁴

ปัจจัยที่กำหนดความสามารถในการเสียภาษี จึงรวมถึงลักษณะของแต่ละบุคคล สถานภาพหรือสถานการณ์ของแต่ละบุคคล และรายจ่ายอันเป็นที่มาของรายได้ เช่น สถานภาพการสมรสสามารถเป็นตัวกำหนดความแตกต่างเกี่ยวกับความสามารถในการเสียภาษีระหว่างบุคคลได้ กล่าวคือ ผู้มีเงินได้ที่มิคู่สมรสน่าที่จะมีความสามารถในการเสียภาษีน้อยกว่าคนโสดเมื่อมีรายได้เท่ากัน เพราะเมื่อมีรายได้เท่ากันผู้ที่มีคู่สมรสยอมมีรายจ่ายในการครองชีพสูงกว่าคนโสด ผู้ที่มีคู่สมรสจึงน่าที่จะมีเงินเหลือเพื่อนำไปจ่ายภาษีน้อยกว่าคนโสดเมื่อมีรายได้เท่ากัน หรือกรณีความ

⁷² จีรศักดิ์ รอดจันทร์. เล่มเดิม. หน้า 22.

⁷³ แหล่งเดิม. หน้า 23.

⁷⁴ สุภรัตน์ ควัฒน์กุล. เล่มเดิม. หน้า 74.

รับผิดชอบต่อครอบครัว เช่น การเลี้ยงดูบุตรจัดเป็นสถานการณ์ส่วนบุคคลที่สามารถกำหนดความแตกต่างเกี่ยวกับความสามารถในการเสียภาษีระหว่างบุคคลได้ กล่าวคือ คนที่มีจำนวนบุตรในอุปถัมภ์จำนวนมากน่าที่จะมีความสามารถในการเสียภาษีน้อยกว่า คนที่มีจำนวนบุตรในอุปถัมภ์น้อยหรือไม่มีบุตรเมื่อมีรายได้เท่ากัน เพราะเมื่อมีรายได้เท่ากันคนที่มีจำนวนบุตรในอุปถัมภ์จำนวนมาก ย่อมมีค่าใช้จ่ายในครอบครัวมากกว่าคนที่มีจำนวนบุตรในอุปถัมภ์น้อยหรือไม่มีบุตร หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่าคนที่มีจำนวนบุตรในอุปถัมภ์จำนวนมากต้องการเงินยังชีพ เพื่อเลี้ยงดูบุตรสูงกว่าคนที่มีจำนวนบุตรในอุปถัมภ์น้อยหรือไม่มีบุตร คนที่มีจำนวนบุตรในอุปถัมภ์จำนวนมากจึงน่าที่จะมีเงินเหลือเพื่อนำไปจ่ายภาษีน้อยกว่าคนที่มีจำนวนบุตรในอุปถัมภ์น้อยหรือไม่มีบุตร เมื่อมีรายได้เท่ากัน⁷⁵

2) หลักความแน่นอนชัดเจน (Certainty)

ภาษีที่ปัจเจกชนแต่ละคนต้องรับภาระจ่ายควรที่จะแน่นอนชัดเจน ไม่มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ กล่าวคือ เวลาในการจ่ายภาษี วิธีการจ่าย และจำนวนภาษีที่จะต้องจ่ายทั้งหมดนี้ ควรที่จะชัดเจนและง่ายในการทำ ความเข้าใจแก่ผู้จ่ายภาษีและต่อผู้อื่นทุกๆ คน⁷⁶ ดังนี้

(1) เวลาชำระภาษี ต้องมีการกำหนดระยะเวลาในการชำระภาษีแต่ละประเภทไว้ ให้เป็นการแน่นอน เพื่อให้ผู้เสียภาษีทราบล่วงหน้าจะได้เตรียมจัดหาเงินสำหรับเสียภาษีและจัดการเวลาในการทำงาน เพื่อเดินทางไปชำระภาษีตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

(2) อัตราภาษี ภาษีทุกชนิดต้องมีการกำหนดอัตราภาษีที่จัดเก็บไว้ให้แน่นอน ไม่ใช่ปล่อยให้เจ้าหน้าที่ผู้จัดเก็บกำหนดได้ตามความพอใจ และความแน่นอนชัดเจน ในที่นี้ยังหมายถึง ความไม่ลำเอียงในการเก็บภาษีด้วย นอกจากนี้ผู้เสียภาษียังสามารถคำนวณภาษีและเตรียมเงินที่ต้องเสียภาษีไว้ล่วงหน้าได้

(3) วิธีการชำระภาษี ต้องกำหนดไว้ล่วงหน้าให้เป็นการแน่นอนเช่นเดียวกัน เพื่อให้ผู้เสียภาษีทุกคนได้ทราบและเตรียมตัวได้อย่างถูกต้อง เพราะนอกจากเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เสียภาษีแล้ว ยังเป็นความสะดวกในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายจัดเก็บภาษีและทำให้การจัดเก็บภาษีดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ

(4) สถานที่เสียภาษี จะต้องกำหนดให้แน่นอนว่า ภาษีแต่ละประเภทต้องไปชำระที่ไหน การกำหนดสถานที่สำหรับชำระภาษีต้องคำนึงถึงความสะดวกในการคมนาคมด้วย เพื่อให้ผู้เสียภาษีไม่ต้องเสียเวลาในการเดินทางไปชำระภาษีมามากเกินไป⁷⁷

⁷⁵ จีรศักดิ์ รอดจันทร์. เล่มเดิม. หน้า 23-24.

⁷⁶ แหล่งเดิม. หน้า 7.

⁷⁷ ปรีดา นาคเนาทิม. (2535). *เศรษฐศาสตร์การภาษีอากร 1*. หน้า 31-32.

การจัดเก็บภาษีที่ไม่เคารพหรือสอดคล้องกับหลักความแน่นอนย่อมนำมาซึ่งความเดือดร้อนของประชาชน เช่น การจัดเก็บภาษีของเจ้าภาษีนายอากร กล่าวคือ ให้มีการจัดเก็บภาษีเป็นการผูกขาดโดยเอกชน ทั้งนี้เอกชนผู้ใดประสงค์จะรับเหมาผูกขาดการจัดเก็บภาษีประเภทใด ต้องเข้าร่วมประมูล ผู้ให้ราคาสูงสุดจะเป็นผู้ผูกขาดจัดเก็บ โดยรัฐบาลจะมอบอำนาจสิทธิขาดในการจัดเก็บภาษีอากรชนิดนั้นให้ไปดำเนินการ เมื่อถึงเวลากำหนดผู้ประมูลจะต้องนำเงินภาษีอากรที่จัดเก็บมาส่งให้ครบจำนวนตามที่ประมูลไว้ การจัดเก็บภาษีของเจ้าภาษีนายอากรจึงขาดหลักเกณฑ์แน่นอนชัดเจน เป็นต้น นอกจากนี้การบริหารการจัดเก็บภาษีอากรที่ดีนั้น ต้องมีความแน่นอนในการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในกฎหมายทุกๆ ฉบับ ย่อมต้องมีบางส่วนที่ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้น อาจเนื่องจากกฎหมายที่บังคับใช้ในส่วนนั้นยังคงไม่ชัดเจนและคลุมเครืออยู่ หรือกฎหมายในส่วนนั้นมีความชัดเจนในตัว แต่ไปขัดกับบทบัญญัติในส่วนอื่นที่มีอยู่ก่อนหรือบัญญัติขึ้นในภายหลัง หรือสภาพบ้านเมืองและเศรษฐกิจได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดการตีความกฎหมายในอีกแง่มุมที่แตกต่างกันไป เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ การตีความกฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน และต้องยึดความถูกต้องตามหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง มิใช่ตีความกฎหมายแต่เพียงเพื่อให้ประโยชน์แก่รัฐในการเก็บภาษีให้ได้มากที่สุดเท่านั้น นอกจากนี้ระบบการบริหารการจัดเก็บภาษีอากรที่ดียังต้องมีความแน่นอนในการทำรายได้ตามที่คาดการณ์ไว้ด้วย เพื่อให้รัฐสามารถมีรายได้เพียงพอกับงบประมาณรายจ่ายที่ตนได้ตั้งไว้⁷⁸

3) หลักความสะดวกในการจ่ายภาษี (Convenience of payment)

ภาษีทุกๆ ชนิดควรที่จะถูกจัดเก็บตามเวลา หรือตามวิธีการที่น่าจะสะดวกมากที่สุดสำหรับผู้จ่ายภาษี⁷⁹ ซึ่งอาจรวมถึงช่วงเวลาและผู้เสียภาษีมีความสะดวกที่จะชำระภาษี ได้แก่ ช่วงเวลาที่มีรายได้เข้ามา เช่น ในประเทศเกษตรกรรม ประชาชนที่เป็นชาวนาสามารถมีรายได้มาชำระภาษีได้ต่อเมื่อถึงฤดูหน้าข้าว เพราะสามารถนำข้าวออกขายเป็นรายได้ ส่วนสถานที่จัดเก็บ ต้องสะดวกในการเดินทางมาติดต่อหรือมีการขนส่งที่เข้าถึงได้ของผู้เสียภาษี แม้ในสมัยโบราณมีการกำหนดให้ชำระภาษีด้วยสิ่งของ เช่น หางข้าวเป็นภาษีหรืออากรค่านาที่รัฐบาลเก็บจากข้าวเปลือกโดยเสนาบติกรรมนา มีหน้าที่เป็นพนักงานตรวจตราการทำไร่นาออกสิทธิทีนา และมีหน้าที่เก็บหางข้าวขึ้นฉางหลวงสำหรับเก็บหางข้าว หรือในกรณีที่บ้านเรือนห่างไกลจากตัวเมืองต้องกำหนดให้ชำระภาษีเป็นเงินแทนได้ เพื่อความสะดวกของผู้เสียภาษีที่ไม่ต้องขนข้าวของไปชำระภาษีทำให้สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายและแรงงาน เป็นต้น หลักความสะดวกที่กล่าวนี้ต้องกำหนดให้สอดคล้องและประสานกับ

⁷⁸ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. (2516). *ทฤษฎีภาษีอากร*. หน้า 47-49.

⁷⁹ จิรศักดิ์ รอดจันทร์. เล่มเดิม. หน้า 7.

หลักความแน่นอนชัดเจน ในปัจจุบันเห็นได้จากการกำหนดสถานที่ชำระภาษีเงินได้ ซึ่งกรมสรรพากร ได้จัดแบ่งเขตการให้บริการรับชำระภาษีแก่ผู้เสียภาษีสามารถเดินทางมาชำระภาษีได้อย่างสะดวก พร้อมทั้งพิมพ์แบบแสดงรายการเสียภาษีที่เข้าใจได้ง่ายและที่ใช้กันอย่างแพร่หลายโดยทั่วไป⁸⁰

4) หลักความประหยัดในการจัดเก็บภาษี (Economy in collection)

ภาษีทุกๆ ชนิดควรที่จะถูกออกแบบทั้งในแง่วิธีการดึงเงินออกไปจากกระเป๋าของประชาชนอย่างประหยัดที่สุด และเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกระเป๋าเงินของประชาชนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นอกเหนือจากเงินภาษีที่นำเข้าไปสู่คลังสาธารณะของแต่ละรัฐ⁸¹ สำหรับภาษีอากรที่ไม่ชอบด้วยหลักประหยัด ได้แก่

(1) ในการบริหารจัดการเก็บภาษีใช้เจ้าหน้าที่มากกว่าความจำเป็น ทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง

(2) การเก็บภาษีใดที่มีอุปสรรค ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ทำให้ผู้เสียภาษีเกิดความท้อถอย ไม่มีกำลังใจในการประกอบอาชีพ หรือทำให้ธุรกิจบางอย่างต้องหยุดชะงักหรือเลิกกิจการ

(3) การเก็บภาษีที่เป็นเหตุให้มีการหลีกเลี่ยงภาษีกันมาก ไม่ว่าจะเพราะอัตราภาษีสูงเกินไป หรือเพราะตรากฎหมายไว้ไม่รัดกุมมีช่องโหว่ทำให้หลีกเลี่ยงได้ ย่อมถือว่าเป็นการรั่วไหลและไม่ประหยัด⁸²

5) หลักของการบังคับใช้ได้ (Enforceability) โดยที่กฎหมายและระเบียบปฏิบัติที่ใช้ในการจัดเก็บภาษีนั้น ต้องสามารถไปปฏิบัติได้ดีในประเทศต่างๆ ตามโครงสร้างทางสังคมของประเทศนั้นๆ เพราะระบบภาษีอากรที่ใช้ได้ดีในบางประเทศ ไม่อาจนำมาใช้ได้ดีในประเทศหนึ่งในเวลานั้นเสมอไป⁸³

6) หลักความยืดหยุ่น (Flexibility) หลักการจัดเก็บภาษีที่ดีควรมีความยืดหยุ่นได้ตามสถานะเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลง เช่น เศรษฐกิจดีขึ้น รัฐควรมีรายได้จากภาษีอากรเพิ่มขึ้นตามหลักความยืดหยุ่น การเพิ่มขึ้นของรายได้ประชาชาติ⁸⁴ หรือกรณีเศรษฐกิจตกต่ำควรยืดหยุ่นตามสถานการณ์ของเศรษฐกิจ เพื่อสามารถจัดเก็บภาษีได้ในอัตราส่วนที่เหมาะสมกับรายได้ของประชาชนในแต่ละสถานการณ์

⁸⁰ ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. เล่มเดิม. หน้า 68-69.

⁸¹ จิรศักดิ์ รอดจันทร์. เล่มเดิม. หน้า 7-8.

⁸² ปรีดา นาคเนาทิม. เล่มเดิม. หน้า 35.

⁸³ ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. เล่มเดิม. หน้า 69.

⁸⁴ แหล่งเดิม. หน้า 70.

7) หลักการยอมรับได้ของสังคม (Acceptability) การจัดเก็บภาษีอากรที่ดีต้องเป็นที่ยอมรับได้ของสังคมหรือประชาชนซึ่งมีหน้าที่เสียภาษีอากร และการที่ประชาชนจะยอมรับได้ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบในหลายๆ ประการด้วยกัน เช่น ต้องมีความแน่นอน ต้องมีความสะดวก ประหยัด

8) หลักในการทำรายได้ (Productivity) การจัดเก็บภาษีอากรที่ดีนั้น ต้องทำรายได้ให้แก่รัฐบาลอย่างเพียงพอตามที่ได้ประมาณการเอาไว้ เพื่อพัฒนาและบริหารประเทศตามงบประมาณที่ได้ตั้งไว้ในแต่ละปี ซึ่งควรกระจายแหล่งที่มาของภาษีอากรให้กว้างและครอบคลุมเงินได้ต่างๆ ประเภท⁸⁵

9) หลักความเป็นกลางในทางเศรษฐกิจและการแทรกแซงทางภาษี นักการคลังได้ศึกษาบทบาทของรัฐและนโยบายภาษี โดยวิเคราะห์จากวิวัฒนาการของระบบเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน คือ แนวความคิดของนักการคลังยุคเก่า เป็นแนวความคิดแบบเสรีนิยมให้การยอมรับว่ารัฐควรรักษาความเป็นกลาง โดยไม่ดำเนินการทางการเงินอันมีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือสังคม รัฐจึงไม่มีหน้าที่ที่จะประกันคุณภาพทางเศรษฐกิจ เนื่องจากคุณภาพทางเศรษฐกิจต้องถูกกำหนดขึ้นเองตามกลไกของตลาด ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อรัฐไม่เข้าไปแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจ รัฐจึงมีบทบาทสำคัญในทางการคลังโดยการรักษาความเป็นกลาง ไม่แทรกแซงกลไกตลาด เพราะกลไกราคาจะสามารถกำหนดจุดดุลยภาพได้เอง ส่วนแนวความคิดของนักการคลังยุคใหม่มีความเห็นว่า รัฐมีหน้าที่ในการแทรกแซงทางด้านเศรษฐกิจและสังคม สิ่งที่เป็นเครื่องมือในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจและสังคม โดยเห็นว่าการคลังมาชานเป็นศาสตร์ที่ศึกษากิจกรรมของรัฐซึ่งดำเนินการในลักษณะที่ใช้เทคนิควิธีพิเศษ ได้แก่ เทคนิคทางการคลังที่ประกอบด้วย ใช้จ่าย ภาษีอากร การก้อหนี้ และกระบวนการทางการเงินหรืองบประมาณ⁸⁶

2.2.3 หลักการพื้นฐานกฎหมายภาษีอากร

กฎหมายภาษีอากรประกอบด้วยหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน ที่นำไปสู่การกำหนดส่วนแบ่งภาระสาธารณะที่ประชาชนต้องรับผิดชอบร่วมกันอย่างเป็นธรรม ภายใต้หลักการที่ประกอบกันขึ้นเป็นสาระแห่งบทบัญญัติกฎหมายภาษีอากร หลักการดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายภาษีอากร หลักความเสมอภาคทางภาษีอากร หลักการบังคับใช้เป็นการทั่วไปของกฎหมายภาษีอากร และหลักความเป็นกลางหรือการแทรกแซงทางภาษีอากร ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายภาษีอากร ระบบภาษีในปัจจุบันมีความหมาย 2 นัย ดังนี้

⁸⁵ กาญจนา นิมมานเหมินทร์. (2533). *วิชาภาษีอากร*. หน้า 13.

⁸⁶ สุกัลยชัย พินิจภูวดล. เล่มเดิม. หน้า 139-146.

ความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่สอดคล้องตามกฎหมาย กล่าวคือ การอนุมัติภาษี การบริหารภาษี และการจัดเก็บภาษีต้องกระทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดทั้งสิ้น

ความหมายอย่างแคบ หมายถึง การตกลงอนุมัติจัดเก็บภาษีและระบบภาษีอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยตราเป็นกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายภาษีมามีที่มาจากแนวความคิด เรื่องหลักการตกลงยินยอมทางภาษี ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่ปรากฏในประวัติศาสตร์การปกครองระบอบประชาธิปไตยในยุโรป เริ่มต้นจากการที่ “ภาษี” เป็นสิ่งแสดงอำนาจอธิปไตยของรัฐ และภาษีมียุทธศาสตร์ตรงข้ามกับรายได้ประเภทอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นรายได้ประเภทสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือรายได้จากการก่อหนี้ซึ่งรายได้ประเภทภาษีแตกต่างจากรายได้ของภาคเอกชน ในประเด็นที่เกี่ยวกับลักษณะของการมีอำนาจอธิปไตย และการจัดตั้งหรือจัดเก็บภาษีของรัฐเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าผู้เสียภาษีทำให้ภาษีมียุทธศาสตร์เป็นการบังคับ โดยฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการบังคับและมาตรการลงโทษผู้เสียภาษีเพื่อให้ชำระภาษี ดังนั้น ลักษณะบังคับยังคงอยู่แม้มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้เสียภาษีชำระภาษีโดยมิได้เกรงกลัวต่อมาตรการลงโทษใดๆ และความเกรงกลัวหรือความไม่เกรงกลัวต่อมาตรการลงโทษนี้ มิได้ทำให้ลักษณะบังคับดังกล่าวสูญสิ้นไป ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองได้กำหนดบทลงโทษควบคู่กับการจัดเก็บภาษีแล้ว อย่างไรก็ตาม ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจการจัดตั้งภาษีกระทำได้ต่อเมื่อได้รับการตกลงยินยอมโดยตรงจากประชาชน หรือได้รับการตกลงยินยอมโดยอ้อมผ่านทางผู้แทนของประชาชน ดังนั้น อำนาจการจัดเก็บภาษีจึงมิใช่การใช้อำนาจตามอำเภอใจ แต่เป็นอำนาจที่มาจากการอนุมัติของประชาชนหรือปวงชนนั่นเอง⁸⁷ หลักความชอบด้วยกฎหมายภาษีอากรมีองค์ประกอบที่สำคัญ ดังนี้⁸⁸

1) หลักการตกลงยินยอมทางภาษี

การตกลงยินยอมทางภาษี (Consentement fiscal) มีความหมายแตกต่างกัน 2 นัย กล่าวคือ

ความหมายตามนัยทางกฎหมาย หมายถึง ภาษีต้องได้รับการตกลงยินยอมตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด และต้องได้รับการตกลงยินยอมจากองค์กรที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ ดังนั้น การตกลงยินยอมทางภาษีตามนัยทางกฎหมายเป็นการอนุมัติจัดเก็บภาษีของฝ่ายนิติบัญญัติในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยนั่นเอง

⁸⁷ แหล่งเดิม. หน้า 80-82.

⁸⁸ แหล่งเดิม. หน้า 83-94.

ความหมายตามนัยทางสังคมวิทยา หมายถึง ความเต็มใจที่จะยอมรับข้อกำหนดทาง
 ภาษีของปัจเจกชน ซึ่งลักษณะดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานทางศีลธรรม กล่าวคือ แนวความคิดเกี่ยวกับ
 หน้าที่ทางภาษีจะเชื่อมโยงกับความมีอยู่ของประชาคม ดังนั้น เพื่อให้ปัจเจกชนยอมรับภาษี จึงต้อง
 ทำให้เกิดความเข้าใจ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้เป็นของฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่มีภาระหน้าที่
 ในการให้ข้อมูลแก่ประชาชนเพื่อแสดงให้ประชาชนหรือผู้เสียภาษีเห็นว่า ภาษีเป็นการใช้รายได้
 เพื่อวัตถุประสงค์ให้เกิดความปลอดภัยและความสามัคคีในหมู่ประชาชนนั่นเอง

หากวิเคราะห์ภาษีในลักษณะการตกลงยินยอมทางภาษีและ การเป็นรายได้ที่มีลักษณะ
 บังคับของภาษีแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นเพียงข้อขัดแย้งที่ปรากฏแต่เพียงภายนอกเท่านั้น ทั้งนี้
 เนื่องจากการจัดเก็บภาษีในปัจจุบันเป็นการตกลงยินยอม โดยผ่านรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่
 ประกอบด้วยผู้แทนของปวงชน มิได้เป็นการตกลงยินยอมของผู้เสียภาษีเฉพาะราย หากเป็นการ
 ตกลงยินยอมเฉพาะรายแล้วอาจเกิดการต่อต้านจากประชาชนรายบุคคลที่ไม่ต้องการชำระภาษี
 บางประเทศมีการใช้ระบบประชามติได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญบางฉบับ โดยไม่ให้มีการตรา
 กฎหมายภาษีหรือกฎหมายเกี่ยวกับการบัญชีสาธารณะจะต้องผ่านกระบวนการลงประชามติการ
 จัดเก็บภาษีต้องเป็นการตกลงยินยอม โดยผ่านกระบวนการทางรัฐสภา ประชาชนไม่สามารถ
 ผลักดันให้มีการลงประชามติ เพื่อไม่ตกลงยินยอมให้มีการจัดเก็บภาษีได้

2) การกำหนดอำนาจบังคับของกฎหมายภาษีอากร

เนื่องจากการปกครองระบอบประชาธิปไตย กฎหมายกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่
 ปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการปฏิบัติตามกฎหมายภาษีอากรด้วย หลักการตกลงยินยอมทาง
 ภาษีและลักษณะบังคับของกฎหมายภาษี จึงมิได้มีความขัดแย้งกันในส่วนของสาระแห่งเนื้อหา
 กฎหมาย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายภาษีอากรมีบทบัญญัติ ซึ่งบังคับทั้งผู้เสียภาษีและ
 เจ้าพนักงานของรัฐให้ปฏิบัติและดำเนินการตามกฎหมายภาษีอากร โดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้
 ด้วยเหตุที่กฎหมายเป็นแหล่งที่มาและข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในลักษณะที่
 ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ ต่อเมื่อมี
 กฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมาย

3) การควบคุมการบังคับใช้กฎหมายภาษีโดยองค์กรตุลาการ

การบังคับใช้กฎหมายภาษีอากรที่ตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของ
 กฎหมาย องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการพิจารณาข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาท
 ที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าพนักงานภาษีและผู้เสียภาษี กล่าวคือ องค์กรตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการ
 วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางภาษี ซึ่งอาจมีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนวนภาษีหรืออาจมีผลเป็น
 การยกเลิก เพิกถอน คำสั่งของเจ้าพนักงานภาษีเกี่ยวกับการประเมินภาษี นอกจากนี้ การตีความ

กฎหมายภาษีอากรจำเป็นต้องตีความอย่างเคร่งครัด โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมาย
ภาษีอากร

4) ความเป็นเอกเทศของกฎหมายภาษีอากร

เนื่องจากกฎหมายภาษีอากรเป็นกฎหมายที่อยู่ในสาขาของกฎหมายมหาชน เพราะเป็น
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐที่บังคับกับทรัพย์สินหรือสถานะของบุคคล นอกจากนั้น
กฎหมายภาษีอากรยังมีลักษณะพิเศษ หรือมีลักษณะเป็นเอกเทศตามแต่ละประเภทของภาษี ซึ่ง
หลักความเป็นเอกเทศของกฎหมายภาษีอากร หมายถึง การที่ผู้บัญญัติกฎหมายสามารถ
ร่างบทบัญญัติกฎหมายภาษีอากรให้มีเนื้อหาสาระที่แตกต่างจากแนวคิดพื้นฐานทางกฎหมายใน
สาขาอื่นได้ ทั้งนี้เพราะภายใต้กรอบหลักเกณฑ์ทางทฤษฎีภาษีแต่ละประเภทมีความหมายหรือมี
ลักษณะที่แตกต่างกัน รวมทั้งไม่จำเป็นต้องกำหนดเนื้อหาสาระของกฎหมายภาษีอากรในลักษณะ
เดียวกันกับที่ปรากฏในกฎหมายแพ่ง เช่น การให้ความหมายของ “ถิ่นที่อยู่” “หน่วยภาษี” “ขาย”
แตกต่างจากความหมายที่กำหนดไว้ในกฎหมายแพ่ง เป็นต้น