

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎี

ในการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (Public Personnel Administration) เป็นกระบวนการที่สำคัญที่สุดในการบริหารงานราชการจึงต้องมีระบบคุณธรรม (Merit System) มาใช้เป็นบรรทัดฐานของการบริหารงานบุคคลตั้งแต่การบรรจุ แต่งตั้ง เลื่อนเงินเดือน เลื่อนฐานะและการออกจากราชการของข้าราชการที่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ตามระบบคุณธรรมที่ยึดถือคือ หลักความรู้ความสามารถ ความเสมอภาค ความมั่นคงในการดำรงสถานภาพของข้าราชการ และความเป็นกลางทางการเมือง การพิทักษ์ระบบคุณธรรมจึงเปรียบเสมือนเกราะป้องกันระบบราชการให้สามารถขับเคลื่อนเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ในการพัฒนาประเทศและนำประโยชน์มาสู่ประชาชนอย่างแท้จริง

2.1 แนวคิดด้วยหลักนิติรัฐ

การปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยเป็นที่ยอมรับกันว่า “หลักนิติรัฐ” เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรหรือระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกันเองเป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

“นิติรัฐ” ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Legal State” ภาษาฝรั่งเศสใช้ว่า “Etat de Droit” และคำว่า “Rechtsstaat” เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่ากฎหมาย และคำว่า Staat ที่แปลว่ารัฐ นักคิดคนสำคัญของเยอรมัน Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frisherr von Aretin ได้กล่าวว่ นิติรัฐ หมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวม และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข⁷

⁷ จาก “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip)” นิติรัฐ นิติธรรม (น. 233-248), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

“หลักนิติรัฐ” (Legal state, Rechtsstaat) หมายถึง รัฐซึ่งเป็นยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร เพื่อให้ราษฎรสามารถใช้สิทธิเสรีภาพของตน จึงเป็นหลักการที่รัฐและหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน กฎหมายนั้นต้องจำกัดอำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง⁸ กฎหมายจะไม่เปิดโอกาสให้รัฐใช้อำนาจของตนโดยอิสระภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน

หลักสำคัญของหลักนิติรัฐมีอยู่ 3 ประการดังนี้

1. บรรดาการกระทำทั้งหลายของฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย⁹
2. บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
3. การควบคุมไม่ให้การกระทำของฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย

ดังนั้น “หลักนิติรัฐ” หมายถึง การปกครองของรัฐที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานทางกฎหมาย โดยรัฐเคารพสิทธิ เสรีภาพของประชาชน ในขณะที่เดียวกันการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้อต่อเมื่อกฎหมายได้ให้อำนาจไว้หรือภายในกรอบกฎหมายเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองหลักนิติรัฐไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”¹⁰ หลักนิติรัฐจึงเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้น ไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดและต้องควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายจึงเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ¹¹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐมีอำนาจจำกัดโดยการที่จะกระทำการใด ๆ ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด

⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 64), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์ ก, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁹ แหล่งเดิม.

¹⁰ จาก คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 20), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2538, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹¹ จาก หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (เอกสารประกอบการอบรมพนักงานคดีปกครอง ระดับต้นรุ่นที่ 1) (น. 20). โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ข, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

โดยองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบและองค์ประกอบในทางเนื้อหา องค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือรัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ โดยที่หลักนิติรัฐมุ่งเน้นการประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหา คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร ดังนั้นเมื่อพิจารณาองค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐจะประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการที่สำคัญเช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ¹²

2.1.1 องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung)¹³

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะนิติรัฐไม่สามารถมีได้ในระบบการปกครองที่ไม่มี การแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการที่ต้องสามารถควบคุมตรวจสอบยับยั้งซึ่งกันและกัน เพราะอำนาจทั้งสามนี้ไม่สามารถแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาดซึ่งมีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Check and Balance) เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองด้วยเหตุนี้จะไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งที่มีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดหรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด¹⁴ หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่างกันหรือเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (funktionlle Gewaltenteilung)” และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล (personelle Gewaltenteilung)” ซึ่งเรียกร้องให้ภาระหน้าที่ของรัฐที่มีการแบ่งแยกนั้น ต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเองอันมิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย วิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้ง

¹² จาก “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม” นิติรัฐ นิติธรรม (น. 318-329), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹³ “หลักนิติรัฐ” นิติรัฐ นิติธรรม (น. 233-248). เล่มเดิม.

¹⁴ แหล่งเดิม.

บุคคลเข้าสู่อำนาจนั้นหรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบ ทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจและในแง่ของตัวบุคคลแล้ว จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจ ไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง สภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและ เสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายสำคัญของนิติรัฐ¹⁵

Aristotle นักปราชญ์ชาวกรีก (384-322 ปีก่อนคริสตศักราช) เป็นนักปราชญ์การเมือง คนแรกที่ได้พยายามจัดแบ่งองค์การของรัฐบาล โดยเขียนไว้ในหนังสือ “Politics” ว่ารัฐทุกรัฐมี องค์ประกอบสามประการ ประการแรกคือองค์ประกอบที่ดำเนินกิจการสาธารณะ การผูกสัมพันธ์ไมตรี การออกกฎหมาย และการตรวจตราดูแลค่าใช้จ่ายสาธารณะ ซึ่งอริสโตเติล เห็นว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดและอยู่เหนือองค์ประกอบอีกสองประการ ประการที่สอง องค์ประกอบที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ อริสโตเติลอธิบายว่าเป็นอำนาจเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่และการแบ่งแยก หน่วยงาน ซึ่งรวมถึงการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐ การกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ และการแต่งตั้งหน่วยงานของรัฐ อำนาจนี้เป็นอำนาจในการกำหนดนโยบายและออกคำสั่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีและการป้องกันประเทศ ประการที่สาม องค์ประกอบเกี่ยวกับอำนาจตุลาการ เป็นอำนาจเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาและกำหนดเขต อำนาจของศาล¹⁶

John Locke ชาวอังกฤษ (ค.ศ.1632-1704) กล่าวไว้ในหนังสือ “Second Treatise of Civil Government” ว่าอำนาจอธิปไตยแยกออกได้เป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจเกี่ยวกับการทำสงครามการทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนทูต จอห์น ล็อก เห็นว่าอำนาจที่สำคัญที่สุดคืออำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจที่กำหนดหลักเกณฑ์และ ขอบเขตของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ อัน ได้แก่ ชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สิน ส่วนอำนาจบริหาร ซึ่งหมายถึง อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยการลงโทษผู้ฝ่าฝืน จอห์น ล็อก ถือว่าเป็นอำนาจที่มีความสำคัญน้อยกว่าอำนาจนิติบัญญัติ แต่เป็นอำนาจที่ขาดเสียมิได้¹⁷

Montesquieu ชาวฝรั่งเศส ได้รับการยกย่องเด่นยิ่งกว่าผู้อื่นเพราะสามารถนำเอา หลักการแบ่งแยกอำนาจมาเผยแพร่ได้ดีที่สุด โดยใช้เวลาศึกษาและค้นคว้าถึง 20 ปี จึงได้เขียน หนังสือชื่อ “De l'esprit des lois” ที่ไม่ได้กล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจเป็นการเฉพาะแต่กล่าวถึง กฎข้อบังคับที่ใช้อยู่ในโลกมนุษย์นี้เป็นการทั่วไป ทั้งในสมัยที่ผ่านพ้นมาแล้ว สมัยปัจจุบันและ

¹⁵ แหล่งเดิม.

¹⁶ บ้านจอมยุทธ. สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2556, จาก <http://www.baanjommyut.com/library/2552/state.html>

¹⁷ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 60 – 62), โดย ออมร จันทรสมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ความคิดเห็นในสิ่งที่ควรเป็นสำหรับสมัยต่อไป หนังสือนี้แยกออกเป็น 31 บรรพ บรรพหนึ่ง ๆ แยกออกเป็นหมวด เป็นหนังสือทั้งสิ้นเกือบ 700 หน้า เรื่องการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยนั้น เป็นเรื่องที่ยังคงเหลือข้อถกเถียงไว้ในบรรพ 11 “ว่าด้วยความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดเสรีภาพในทางการเมืองกับรัฐธรรมนูญการปกครอง” หมวด 6 ว่าด้วยรัฐธรรมนูญการปกครองของประเทศอังกฤษ มองเดสกีเออกล่าวไว้ว่า “ในรัฐทุกรัฐมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจปฏิบัติการ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน และอำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง ในอำนาจนิติบัญญัติ กษัตริย์หรือข้าราชการตรากฎหมายที่จะให้ใช้เฉพาะระยะเวลาหรือตลอดไป การแก้หรือยกเลิกกฎหมายที่ตราขึ้น ในอำนาจชนิดที่สอง เรียกว่าอำนาจบริหารของรัฐ กษัตริย์หรือข้าราชการทำสัญญาสันติภาพหรือการประกาศสงคราม การส่งหรือรับทูต การรักษาความสงบเรียบร้อย หรือการป้องกันมิให้มีการรุกราน อำนาจชนิดที่สาม เรียกว่า อำนาจพิพากษา กษัตริย์หรือข้าราชการลงโทษผู้กระทำความผิดหรือการวินิจฉัยข้อผิดพลาดระหว่างเอกชน¹⁸

2. หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁹ นี้กำหนดให้ให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมาย โดยในการตรากฎหมายนั้นรัฐสภาเป็นองค์กรนิติบัญญัติที่มีความชอบธรรมสูงสุดซึ่งการตรากฎหมายจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้และต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้ แต่ก่อนที่องค์กรซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับ และหากในเวลาต่อมาองค์กรดังกล่าวได้วินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยดังกล่าวย่อมไม่มีผลกระทบกับคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว โดยองค์กรที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะที่มีความแตกต่างกันไปตามแนวทางการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ เช่น รัฐสภาทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือบางประเทศกำหนดให้องค์กรตุลาการ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Council ; Conseil Constitutionnel ; Verfassungsrat)²⁰ เป็นองค์กรที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และในปัจจุบันองค์กรตุลาการได้รับความนิยมนำทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ คือศาลจะทำหน้าที่ในการวินิจฉัย

¹⁸ EMRAJA LAW HOUSE. สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2556, จาก <http://emrajalawhouse.com/?p=355>

¹⁹ จาก คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์(น. 152-156), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข, 2555, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

²⁰ แหล่งเดิม.

ชี้ขาดว่ากฎหมายใดที่รัฐสภาได้ตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในบางประเทศกำหนดให้ศาลทั่วไปเป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ขาด แต่บางประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้มีศาลเฉพาะขึ้นมาทำหน้าที่ซึ่งเรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Court ; Verfassungsgericht)²¹ และประเทศไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

3. หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ

หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ²² เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนงำของรัฐธรรมนูญ

4. หลักการประกันคุ้มครองสิทธิในทางศาล²³

การให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องคดีต่อศาลหากรัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจได้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบและทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน ดังนั้นประชาชนสามารถใช้เครื่องมือทางกฎหมายในการต่อสู้กับอำนาจของรัฐซึ่งเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลไม่ว่าจะเป็นประชาชนหรือรัฐถือว่าเป็นคู่ความในศาลที่มีฐานะเท่าเทียมกัน

5. หลักความเป็นอิสระของตุลาการ²⁴

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระจาก 3 ประการ คือ ความอิสระจากคู่ความ ความอิสระจากรัฐและความอิสระจากสังคม หลักนี้เป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยมีความมุ่งหมายในการมุ่งคุ้มครองอำนาจตุลาการให้รอดพ้นจากการแทรกแซง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแทรกแซงจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งหลักความอิสระนี้เองจะช่วยให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่ตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม

²¹ แหล่งเดิม.

²² แหล่งเดิม.

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ แหล่งเดิม.

2.1.2 องค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

1. หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte) นิติรัฐนั้นมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิเสรีภาพบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพโดยอำนาจรัฐ จะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยบัญญัติให้กระทำได้นั้น ทั้งนี้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงมีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ โดยมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วยังมีการบัญญัติหลักการต่าง ๆ อีกหลายประการ เพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ และหลักประกันที่สำคัญคือหลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ เพราะการคุ้มครองและหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการได้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ²⁵

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะมีได้บัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง แต่ถือหลักกว่าที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยาย ตามมาตรา 27 ที่บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครอง...” มีผลบังคับเป็นการทั่วไปด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 รับรองหลักการสิทธิเสรีภาพมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ดังนี้

“มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล

²⁵ แหล่งเดิม.

รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง

มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาล เพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติบุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”

เมื่อพิจารณาแล้วการใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะใช้อำนาจในลักษณะใดในการก้าวล่วงไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมไม่สามารถทำได้โดยตามอำเภอใจทำให้ผู้ใช้อำนาจจะต้องผูกพันกับหลักการตามกฎหมายได้แก่

1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ²⁶

การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องตรากฎหมายให้เหมาะสมพอประมาณหรือพอสมควรแก่เหตุ โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่ใช้ในการตรวจสอบการกระทำของรัฐ ว่ามีความสมบูรณ์หรือชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และเป็นหลักการที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งเป็นหลักที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

ก. หลักความเหมาะสม คือ มาตรการที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือที่องค์กรนิติบัญญัติใช้ในการกำหนดขึ้นหรือตราไว้ในกฎหมายอาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้มาตรการอันใดและหากการกำหนดตามมาตรการใดที่เห็นได้ชัดเจนว่าไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ โดยเป็นความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้จำกัดหรือลดรอนสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้น

ข. หลักความจำเป็น คือ มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้นั้นสำเร็จ ซึ่งในกรณีที่มิมีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการจะต้องเลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาใช้เป็นกฎหมายและหากองค์กรนิติบัญญัติเลือกใช้มาตรการ

²⁶ แหล่งเดิม.

ที่มีผลกระทบต่อประชาชนอย่างรุนแรงมาใช้เป็นกฎหมายทั้งที่มีมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าอยู่แล้ว ถือได้ว่ากฎหมายนั้นขัดต่อหลักความจำเป็นทำให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย

ค. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ คือ มาตรการที่องค์นิติบัญญัติตราขึ้นในเพื่อบังคับใช้กฎหมาย โดยองค์กรนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ โดยพิจารณาจากผลประโยชน์ของมหาชนที่ได้รับจะต้องมากกว่าผลประโยชน์ของเอกชนที่ต้องเสียไปจากมาตรการของกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็น ซึ่งมาตรการตามกฎหมายนั้นอาจขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ หากแต่มาตรการนั้นได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการและยังคงเป็นการพอสมควรแก่เหตุขององค์กรนิติบัญญัติย่อมตรากฎหมายนั้นได้

2) หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนถึงสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้นการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติหากกฎหมายนั้นตราขึ้นแล้วกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิจะทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้บังคับได้

จากหลักนิติรัฐที่มีวัตถุประสงค์ในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของรัฐในทางกฎหมายของหลักนิติรัฐทำให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนต่อไปนี้²⁷

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คือ การกระทำทั้งหลายของฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหมายความว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนนั้น เจ้าหน้าที่จะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายใต้กรอบที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ และทำให้ฝ่ายบริหารต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย

(2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หมายความว่า กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารล่วงล้ำในสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรฝ่ายบริหารใช้อำนาจล่วงล้ำในสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใดจะต้องไม่ให้ล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะหรือกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ จึงทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ

²⁷ จาก “แนวความคิดพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย,” โดย สมยศ เชื้อไทย และวรพจน์ วิสสุตพิชญ์, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 1(3).

(3) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ คือ การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรตุลาการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารหรือควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจจะเป็นองค์กรตุลาการองค์กรหนึ่งที่แยกจากองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งหรือคดีอาญา เช่น ศาลปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่องค์กรตุลาการนั้นจะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง คือ ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่งจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหารและต้องมีกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผยเป็นธรรมรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่ายและใช้เหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาด

จึงสรุปได้ว่าหลักนิติรัฐถือเป็นหลักสำคัญของกฎหมายที่จะใช้เป็นหลักควบคุมการใช้อำนาจ รัฐของฝ่ายปกครอง เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจที่มีอยู่โดยมิชอบด้วยกฎหมายและจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

การปกครองของระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐ คือ เป็นการปกครองที่ให้ความสำคัญของกฎหมายโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ (The Rule of Law) เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐดังนั้นการกระทำขององค์กรของรัฐจะกระทำได้การกระทำนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย²⁸

2.2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง (Administrative Action) คือ การกระทำหรือการละเว้นกระทำทุกประเภทของ “หน่วยงานทางปกครอง” ผลในที่นี้อาจเป็นการเปลี่ยนแปลง ซึ่งเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิหน้าที่และเสรีภาพของเอกชนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครอง

นอกจากนี้ นักวิชาการนิติศาสตร์ไทยหลายคนได้ให้คำนิยามคำว่า “การกระทำทางปกครอง” ไว้ดังนี้

²⁸ จาก การไต่ถามคดีปกครองโดยศาลปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.51), โดย รตนลักษณ์ นานนิตธาตา, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล ได้อธิบายความหมายของการกระทำทางปกครองว่า การกระทำทางปกครองหมายถึง การกระทำหรือการละเว้นการกระทำตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายบริหาร (รัฐบาลและฝ่ายปกครอง) และผลของการกระทำหรือการละเวดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพทางกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์หรือทำให้เกิดภาระหน้าที่แก่เอกชน²⁹

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายความหมายของการกระทำทางปกครอง ได้อธิบายไว้ว่า การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐ ไม่ใช่การกระทำของเอกชน โดยรัฐจะต้องใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ผ่านทางบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐและในนามของรัฐ ซึ่งกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารประเภทขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ไม่ใช่การกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติหรือโดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ จึงทำให้พอสรุปได้ว่า การกระทำทางปกครองเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง³⁰

รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้อธิบายว่า การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐที่กระทำผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้แทนของคนที่เป็้องค์กรฝ่ายบริหาร มิใช่้องค์กรนิติบัญญัติและมี้องค์กรตุลาการ³¹

ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้อธิบายว่า การกระทำทางปกครองหมายถึง การกระทำหรือการละเว้นกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งผลอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนก็ได้หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรฝ่ายปกครอง³²

จึงอาจสรุปได้ว่า การกระทำทางปกครอง หมายถึง การกระทำการละเว้นการกระทำตามอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง อันอาจมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพทางกฎหมายของเอกชนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรฝ่ายปกครอง

²⁹ จาก *หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1*, โดย โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, 2541, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

³⁰ จาก *การกระทำทางปกครอง* (เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 (อัคราณา)) กรุงเทพฯ: ม.ป.ท. (น.1-13), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค, 2543, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

³¹ จาก *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (น. 235-236), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³² จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

การกระทำทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้ โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมอยู่ภายใต้หลักบังคับในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ว่าการกระทำนั้นต้องกระทำไปโดยที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการกระทำการเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนหรือประโยชน์แก่สาธารณะเป็นสำคัญ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจที่กระทำการนั้น การกระทำทางปกครองต้องประกอบด้วยหลักการที่สำคัญคือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คือ เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองผูกพันตนต่อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดหรือตราขึ้น และจะมีผลในทางปฏิบัติแต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมและตรวจสอบการกระทำนั้นได้ ซึ่งระบบกฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดศาลปกครองเป็นองค์กรในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้เป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐด้วย³³

ดังนั้นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงหมายถึง การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และจะต้องกระทำการนั้นภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำเพื่อไปคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนตัวก็ตาม³⁴ จึงเป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและยังเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง แต่ในประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีศาลปกครอง ศาลปกครองจะทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รักษาและบังคับให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยจะเปิดโอกาสให้เอกชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองมีทางควบคุมฝ่ายปกครองต่อศาลปกครองและเมื่อเห็นว่าการกระทำอันใดเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลปกครองมีอำนาจที่จะเพิกถอนการกระทำนั้น³⁵

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเมื่อถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ซึ่งประกอบด้วยหลักหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

³³ แหล่งเดิม.

³⁴ From *Contribution á la théorie générale de l' Etat* (pp. 222, 488-489, by R. CARRÉ de MALBERG, Paris: Sirey, from *Administrative Law* (pp. 23-24), by H.W.R. WADE, 1980, Oxford, Clarendon Press. อ้างถึงใน *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (น. 67-68), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³⁵ แหล่งเดิม.

และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ³⁶ พร้อมทั้งต้องพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง

2.2.2 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับโดยการผูกพันระหว่างกฎหมายกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้สองลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ คือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับ ดังนั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับ³⁷ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็นสองกรณีคือ³⁸

กรณีหนึ่ง กฎหมายที่เป็นรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการต่าง ๆ โดยกฎหมายที่จะให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน ได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ส่วนกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ซึ่ง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ อาจให้ฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์ชอบธรรมของเอกชนได้เช่นกัน ซึ่งกฎหมายลำดับรองเหล่านี้ถือเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งและจะใช้บังคับได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่ากันกับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นที่มาของอำนาจการกระทำของฝ่ายปกครอง³⁹

กรณีที่สอง กฎหมายที่เป็นขอบเขตของอำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการต่าง ๆ นอกจากจะหมายถึงกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มี

³⁶ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 80), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³⁷ แหล่งเดิม.

³⁸ จาก การขอให้พิจารณาใหม่ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.37-38), โดย เกสสุตา มุสิกะปาน, 2546, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³⁹ การไต่ถามคดีปกครองโดยศาลปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 53). แหล่งเดิม.

คำบังคับเช่นพระราชบัญญัติแล้ว ยังรวมถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าจะกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายนั้นจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม เช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป และรวมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกกฎเกณฑ์นั้นด้วย โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นและหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวโดยไม่เหตุผลอันสมควรถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁰

2.2.3 หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ กำหนดให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการกระทำกรณนั้น คือการดำเนินการใด ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องมีฐานทางกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจรองรับการกระทำ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองไม่สามารถกระทำการใด ๆ อันเป็นการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้

หากพิจารณาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าด้วยเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยแล้วจะพบว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ ได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป โดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีกฎหมายได้ให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน⁴¹

อย่างไรก็ตาม แม้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายและกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการต่าง ๆ แต่หลักการดังกล่าวมิได้กำหนดผลทางกฎหมายในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดผลทางกฎหมายถือว่าเป็นนโยบายที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกเป็นโมฆะคือ ไม่มีผลผูกพันใด ๆ ทางกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง เป็นต้น⁴²

⁴⁰ แหล่งเดิม.

⁴¹ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 70). เล่มเดิม.

⁴² ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 25-26). เล่มเดิม.

2.2.4 ขอบเขตอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นกำหนดขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตามหลักการดังกล่าวองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และในขณะเดียวกันกฎหมายกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ดังนั้นการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง⁴³ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการต่าง ๆ อาจจำแนกได้ 2 ประเภท คือ

(1) อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพในการเลือกปฏิบัติ⁴⁴ กล่าวคือกฎหมายมิได้กำหนดทางเลือกให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจกระทำการ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุผลของบทบัญญัติของกฎหมายเกิดขึ้นครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นตามมาคือ ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น⁴⁵

ดังนั้นอำนาจผูกพันจึงเป็นอำนาจที่กฎหมายบัญญัติมอบให้แก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ครบถ้วนแล้ว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องออกคำสั่งตามเนื้อความที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ กล่าวคือ ไม่มีสิทธิใช้ดุลพินิจเลือกได้นั่นเอง เนื่องจากมีผลผูกพันตามบทบัญญัติของกฎหมาย

⁴³ ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (น.17) บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2533, วิทยาลัยพณิชยการมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁴ จาก หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.257), โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ก, 2544, กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴⁵ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 52). เล่มเดิม.

จึงจะเห็นได้ว่า อำนาจผูกพันที่กล่าวมานี้คือ หน้าที่ (Duty) ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ⁴⁶ ที่แสดงให้เห็นถึงการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด

(2) อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายได้เปิดช่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งภายในขอบเขตแห่งกฎหมายอาจมีการปฏิบัติและตัดสินใจได้หลายอย่าง และไม่ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจอย่างไร การตัดสินใจนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น⁴⁷ หรืออีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า องค์กรฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างเป็นอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองสมควรที่จะออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และหากจะออกคำสั่งทางปกครองเนื้อหาของคำสั่งดังกล่าวควรเป็นเช่นไร⁴⁸ โดยอำนาจดุลพินิจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ ดุลพินิจวินิจฉัย และดุลพินิจตัดสินใจ

(ก) ดุลพินิจวินิจฉัย เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง คือ เป็นถ้อยคำหรือข้อความที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าบางประการและวิญญูชนอาจเห็นแตกต่างกันได้ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือข้อความนั้นหรือไม่ เช่น “สภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ” “สภาพหรือการใช้ที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน” โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นสามารถปรับเข้ากับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่⁴⁹

(ข) ดุลพินิจตัดสินใจ เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกผลในทางกฎหมาย เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วน กล่าวคือองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้ว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดและหากฝ่ายปกครองตัดสินใจว่าจะดำเนินการ ฝ่ายปกครองสามารถเลือกดำเนินการตามมาตรการหนึ่งมาตรการใด

⁴⁶ แหล่งเดิม. (น. 53).

⁴⁷ จาก “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสากวาศ์ ข, 2529 (กันยายน). *บทบัญญัติ*, 42(3). น.51.

⁴⁸ จาก *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน* (น. 89), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ จ, 2540, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁴⁹ *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น. 58-59). เล่มเดิม.

ในบรรดามาตรการที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีที่ผู้รับอนุญาตในการจัดตั้งสถานบริการดำเนินกิจการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจตัดสินใจได้ว่าจะดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากตัดสินใจที่จะออกคำสั่งทางปกครอง พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจตัดสินใจเลือกวิธีดำเนินการได้ว่าจะออกคำสั่งไม่ต่อใบอนุญาตหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตคราวละไม่เกิน 30 วัน หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21⁵⁰

การที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจเพื่อที่จะให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาสั่งการ โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Ratio Legis) ประกอบกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่เป็นรูปประธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การวินิจฉัยสั่งการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับความยุติธรรมเฉพาะกรณี⁵¹

ทั้งนี้ อำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายจะกำหนดให้ใช้อำนาจทั้งสองไปด้วยกัน กล่าวคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างไรเกิดขึ้นแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐจะต้องออกคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ (อำนาจผูกพัน) แต่จะออกคำสั่งอย่างไรนั้นสามารถตัดสินใจได้อย่างมีอิสระตามที่กฎหมายเปิดช่องไว้ (อำนาจดุลพินิจ) เช่น กรณีข้าราชการกระทำผิดวินัยร้ายแรง กฎหมายบังคับไว้ชัดเจนว่าผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้ง ต้องสั่งตั้งกรรมการสอบสวนทางวินัยกับข้าราชการผู้นั้น แต่ผู้บังคับบัญชาก็มีอิสระในการตัดสินใจว่าจะส่งลงโทษข้าราชการผู้นั้นสถานใด กล่าวคือ จะสั่งปลดออก หรือไล่ออกจากราชการ เป็นต้น หรือบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างไร ๆ ที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐมีอิสระในการตัดสินใจว่าจะออกคำสั่งในเรื่องนั้นหรือไม่ซึ่งถือได้ว่าเป็นอำนาจดุลพินิจ แต่ถ้าตัดสินใจไปทางออกคำสั่งแล้วจะต้องมีเนื้อความของคำสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะเจาะจง เช่น กรณีบุคคลผู้ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติกระทำการใด ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กระทำการขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถจะตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งในเรื่องนี้หรือไม่

จึงเห็นได้ว่าในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการเช่นไรนั้น การที่การกระทำทางปกครองที่ได้กระทำลงไปจะชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุที่การกระทำทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์หรือเนื้อความของ

⁵⁰ แหล่งเดิม. (น. 54-56).

⁵¹ แหล่งเดิม. (น. 56).

การกระทำทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ มักไม่มีปัญหาในการพิเคราะห์กรณีดังกล่าว แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองมีดุลพินิจเลือกกระทำกรณานั้น การกระทำทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองพิจารณาเลือกกระทำกรณาทงปกครองภายใต้ขอบเขตของ “หลักแห่งความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) อันมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลัก 3 ประการ คือ หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in The Narrow Sense) กล่าวคือ

ก. หลักแห่งความเหมาะสม

หลักแห่งความเหมาะสมนี้บังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้วิจรรณญาณเลือกออกคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจ สำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่อยู่ในวิสัยจะทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏขึ้นมาในโลกแห่งความเป็นจริงได้โดยย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม

ข. หลักแห่งความจำเป็น

หลักแห่งความจำเป็นนี้มีความหมายว่า ในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ ประการซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้นนั้น ถ้าเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุดและถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

ค. หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับการปฏิบัติกรให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ดังนั้นหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้จึงห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่า หากได้ลงมือปฏิบัติกรให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับราษฎร

อนึ่ง เมื่อการใช้อำนาจกระทำกรอย่างหนึ่งอย่างใดขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น บางกรณีไม่สามารถแบ่งแยกการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจนว่า กรณีใดเป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ เนื่องจากโดยส่วนใหญ่อำนาจกระทำกรขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะเป็นการใช้อำนาจแบบผสม คือ ในกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจซึ่งมีอยู่หลายขั้นตอนในการ

พิจารณาเพื่อคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น บางชั้นตอนองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจและบางชั้นตอนมีอำนาจผูกพัน ดังนั้นในการพิจารณาขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจในชั้นตอนใด⁵²

2.2.5 คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองหรือที่เรียกว่านิติกรรมทางปกครอง (Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechts หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า Verwaltungsakt) เป็นศัพท์เทคนิคในทางกฎหมายและเป็นสถาบันทางกฎหมายที่คิดและกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ในการประกันสิทธิทางศาลแก่ประชาชน (Rechtsschutz) กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการที่กระทบต่อสิทธิของประชาชนหรือเป็นการกำหนดถึงลักษณะของการกระทำของฝ่ายปกครองที่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง⁵³

คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) หมายถึง สิ่งที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปแล้วก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองผู้กระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล แต่ไม่หมายรวมถึงกฎ

โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้ความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ⁵⁴ ลักษณะของคำสั่งทางปกครองเป็นการสั่งการซึ่งได้แก่ ข้อความที่บังคับให้

⁵² แหล่งเดิม. (น. 52-60).

⁵³ สืบค้นเมื่อ 3 มกราคม 2557, จากhttp://www.google.co.th/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fkormor.obec.go.th%2Farti%2Farti008.pdf&ei=E8gTU-L8G8X_rAfM9oGQAw&usg=AFQjCNFV0xawZoe0-ucR1OfBiMpfZ82zcA&sig2=ZeVWLq4l_I_km11t6Qdm8g

⁵⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็น

บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง การอนุญาตให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ หรือการยืนยันสิทธิที่มีผลบังคับเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

คำสั่งทางปกครองตามความหมายของกฎหมายฝรั่งเศสตรงกับคำว่า “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะราย” นิติกรรมทางปกครองอาจแบ่งได้สองประเภท ได้แก่

1) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (Décisions réglementaires) เป็นนิติกรรมทางปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงตัวบุคคล ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับ “กฎ” ในระบบกฎหมายไทย (มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้นิยามคำว่า “กฎ” ว่า หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ)

2) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งแบ่งออกเป็น

ก) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะราย (Décisions individuels) เป็นนิติกรรมทางปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะกรณี โดยมีผลใช้บังคับแก่บุคคลที่เจาะจงตัวไว้ซึ่งเทียบเคียงได้กับ “คำสั่งทางปกครอง” ในระบบกฎหมายไทย

ข) กฎเกณฑ์ที่ใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี (Décision d'espèce) ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ผสมผสานลักษณะของกฎและคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะกรณี อันเป็นลักษณะของคำสั่งทางปกครอง แต่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้เฉพาะเจาะจงตัวบุคคลอันเป็นลักษณะของกฎ นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้อาจเทียบเคียงได้กับ “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” ในระบบกฎหมายไทย คำสั่งทั่วไปทางปกครองเป็นแนวคิดมาจากระบบกฎหมายเยอรมัน โดยรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ให้คำอธิบายไว้ว่า คำสั่งทั่วไปมีลักษณะผสม คือ ไม่มีการเจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้าแต่เป็นกรณีเฉพาะราย เช่น ป้ายจราจร ซึ่งไม่ใช่กฎหมาย เพราะไม่ได้บอกว่าจะใช้กับบุคคลใด แต่เป็นการห้ามโดยทั่วไปสำหรับบุคคลที่อยู่บริเวณนั้น รวมทั้งตำรวจจราจรด้วย คำสั่งทั่วไปมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่อง แต่ไม่ระบุตัวบุคคลในทางกฎหมายปกครอง คำสั่งทั่วไปจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองในตัวเอง แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทั่วไปทางปกครอง

การถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง.

จากลักษณะดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองมีลักษณะเช่นเดียวกับ “กฎ” แต่ขาดคุณลักษณะข้อใดข้อหนึ่งของกฎ คือ ไม่เป็นการบังคับทั่วไป แต่ใช้บังคับเฉพาะกรณี และไม่เป็นการบังคับแก่บุคคลทั่วไป แต่ใช้บังคับเฉพาะบุคคล คำสั่งทางปกครองที่ใช้กับบุคคลเฉพาะเรื่องและเฉพาะบุคคล แต่เป็นบุคคลหลาย ๆ คน ในคราวเดียวกัน เรียกว่า Collective Decision ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะเรื่องและเฉพาะบุคคล ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป เพราะ คำว่า เฉพาะบุคคล รวมถึงกลุ่มบุคคลด้วย ซึ่งหมายถึง กลุ่มบุคคลที่ถูกบังคับตามคำสั่งทางปกครองในคราวเดียวกันหลาย ๆ คน แต่ออกคำสั่งทางปกครองครั้งเดียวกัน เช่น คำสั่งสลายการชุมนุม สัญญาไฟจราจร การประกาศผลสอบ การประกาศผลการเลือกตั้ง เป็นต้น

จากความหมาย คำสั่งทางปกครองดังกล่าว คำสั่งทางปกครองจึงมีองค์ประกอบสำคัญ 5 ประการ ดังนี้⁵⁵

(1) องค์ประกอบของผู้ออกคำสั่ง : “เจ้าหน้าที่” คำสั่งทางปกครองโดยหลักต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ไม่ใช่เอกชน เว้นแต่เอกชนนั้นจะได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการบางอย่าง การกระทำของเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจึงอาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้

(2) องค์ประกอบของการใช้อำนาจรัฐ : “อำนาจปกครอง” มาตรการที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่อันจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐและต้องเป็นอำนาจมหาชนประเภทการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง

(3) องค์ประกอบของวัตถุประสงค์ : “กฎเกณฑ์/นิติสัมพันธ์” คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล กล่าวคือ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมาย ดังนั้นมาตรการใด ๆ ของฝ่ายปกครองซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจปกครอง หากเป็นการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้ว แม้จะส่งผลกระทบต่อบุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครอง ไม่ถือว่าเป็นมาตรการนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง

(4) องค์ประกอบของผลต่อผู้รับคำสั่ง : “ผลเฉพาะกรณี” เป็นองค์ประกอบที่เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากรูปแบบการกระทำทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่ง คือ “กฎ” โดยคำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อนิติสัมพันธ์ในลักษณะที่มีผลเฉพาะกรณีหรือกับบุคคลคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้ ในขณะที่ “กฎ” เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อนิติสัมพันธ์ในลักษณะที่มีผลบังคับกับบุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวน

⁵⁵ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 109-121). เล่มเดิม.

(5) องค์ประกอบของการเกิดผลในระบบกฎหมาย : “ผลโดยตรงภายนอกฝ่ายปกครอง” คำสั่งทางปกครองเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง คือ มีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีสถานะอยู่ภายนอกฝ่ายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง คำสั่งที่ยังไม่มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่มีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับบุคคล การมีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครองนี้ ไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นกรณีที่เป็น การออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับผู้บังคับบัญชาได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติในฐานะที่ผู้บังคับบัญชาเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แต่ถ้าคำสั่งนั้นกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยตรงแล้ว คำสั่งนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง มีหลักพิจารณา ดังนี้

1) ข้อพิจารณาทั่วไป

ก) อำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทรงอำนาจในเรื่องนั้น การพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมักจะพิจารณาลงไปที่ “ตำแหน่ง” ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ โดยจะต้องพิจารณาด้วยว่าเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้น ออกโดยองค์กรที่มีหน้าที่หรือไม่ด้วย เช่น เป็นอำนาจขององค์กรของฝ่ายปกครองส่วนกลาง หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การวิชาชีพ ทั้งนี้ เมื่อกฎหมายประสงค์จะให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้น กฎหมายไทยมักจะระบุตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการที่ตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร

ข) อำนาจขององค์การฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาในแง่พื้นที่ที่มีอำนาจ กล่าวคือ องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายในพื้นที่ที่ตนมีอำนาจด้วย เช่น เทศบาลจะออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับได้เฉพาะในเขตพื้นที่ของตนเท่านั้น จะก้าวล่วงให้มีผลบังคับนอกเขตพื้นที่ของตนไม่ได้

ค) อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาในแง่ของตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายประสงค์จะให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้น กฎหมายไทยมักจะระบุตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการที่ตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร เป็นต้น

ง) อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาในแง่ตัวบุคคลที่มีอำนาจในตำแหน่ง กล่าวคือ พิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดได้รับการแต่งตั้งให้เข้าสวมตำแหน่งที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นย่อมมีอำนาจออกคำสั่งในขอบเขตที่ตนได้รับแต่งตั้ง

2) กระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่

ก) การกำหนดคู่กรณีในคำสั่งทางปกครอง บุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคล อาจเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองได้ตามขอบเขตที่สิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนหรืออาจถูกกระทบกระเทือนโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵⁶

ข) การตรวจสอบความสามารถในการมีส่วนร่วมและความสามารถกระทำการในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของคู่กรณี มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵⁷

⁵⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 21 บุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคล อาจเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองได้ตามขอบเขตที่สิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนหรืออาจถูกกระทบกระเทือนโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้.

⁵⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 22 ผู้มีความสามารถกระทำการในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้จะต้องเป็น

(1) ผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะ

(2) ผู้ซึ่งมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดให้มีความสามารถกระทำการในเรื่องที่กำหนดได้ แม้ผู้นั้นจะยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือความสามารถถูกจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) นิติบุคคลหรือคณะบุคคลตามมาตรา 21 โดยผู้แทนหรือตัวแทนแล้วแต่กรณี

(4) ผู้ซึ่งมีประกาศของนายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้มีความสามารถกระทำการในเรื่องที่กำหนดได้ แม้ผู้นั้นจะยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือความสามารถถูกจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ค) การตรวจสอบเหตุแห่งการไม่สามารถทำคำสั่งทางปกครองได้ขององค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ มาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵⁸

ง) การแสวงหาและตรวจสอบพยานหลักฐานตามหลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวนหรือการค้นหาความจริงในทางเนื้อหา มาตรา 28 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵⁹

⁵⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกที่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

(4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี

(5) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นที่กลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้น จะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น ไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(2) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้นั้นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบแล้วแต่กรณี

(3) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณีว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 14 วรรคสอง และมาตรา 15 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่มาใช้บังคับโดยอนุโลม.

⁵⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 28 ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี

จ) การรับฟังคู่กรณีและการให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁶⁰

ฉ) การให้สิทธิคู่กรณีในการตรวจดูเอกสาร มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁶¹

3) ระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครอง กรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครองไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองให้แล้วเสร็จภายในกำหนด หากดำเนินการไม่ทันตามที่กฎหมายกำหนดผลในทางกฎหมายของการไม่ออกคำสั่งทางปกครองหรือออกคำสั่งทางปกครองล่าช้าย่อมเป็นไป

มาตรา 29 เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาพยานหลักฐานที่ตนเห็นว่าจำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริง ในการนี้ให้รวมถึงการดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) แสวงหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง

(2) รับฟังพยานหลักฐาน คำชี้แจง หรือความเห็นของคู่กรณีหรือของพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีกล่าวอ้าง เว้นแต่เจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นการกล่าวอ้างที่ไม่จำเป็นเพื่อยหรือเพื่อประวิงเวลา

(3) ขอข้อเท็จจริงหรือความเห็นจากคู่กรณี พยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ

(4) ขอให้ผู้ครอบครองเอกสารส่งเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(5) ออกไปตรวจสอบสถานที่

คู่กรณีต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง และมีหน้าที่แจ้งพยานหลักฐานที่ตนทราบแก่เจ้าหน้าที่

พยานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่เจ้าหน้าที่เรียกมาให้ถ้อยคำหรือทำความเห็นมีสิทธิได้รับค่าป่วยการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง.

⁶⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น.

⁶¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 31 คู่กรณีมีสิทธิขอตรวจดูเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนได้ แต่ถ้ายังไม่ได้ทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิขอตรวจดูเอกสารอันเป็นต้นร่างคำวินิจฉัย

การตรวจดูเอกสาร ค่าใช้จ่ายในการตรวจดูเอกสารหรือการจัดทำสำเนาเอกสารให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง.

ตามที่กฎหมายนั้นบัญญัติไว้ เช่น ให้ถือว่าองค์กรอนุญาตตามคำขอนั้น หรือให้ถือว่าองค์กรปฏิเสธคำขอหรือยื่นตามคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นต้น

4) รูปแบบของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจา หรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁶²

การให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือคำสั่งที่ได้รับการยืนยันเป็นหนังสือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย เหตุผลที่จัดให้มีจะต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนการใช้ดุลพินิจ มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ทำในรูปแบบอื่นนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องจัดให้มีเหตุผล

5) การจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง กรณีที่คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งที่อาจอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องระบุงรณที่ที่อาจอุทธรณ์โต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ตลอดจนระยะเวลาในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองทราบด้วย มาตรา 40 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁶³

⁶² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 34 คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้.

⁶³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 41 วรรคแรก คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่จะต้องกระทำใดดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง.

ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่เป็นฐานแห่งอำนาจ คำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระหรือผลร้ายต่อผู้รับคำสั่ง ซึ่งเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคล คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องออกมาโดยมีฐานทางกฎหมายรองรับ หรือตามหลักที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายระดับรองตลอดจนข้อบังคับอื่นใดที่ตราขึ้น โดยอาศัยฐานจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ตาม ย่อมต้องออกกฎหมายดังกล่าวมาให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วย มิฉะนั้นให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (แต่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว หากไม่ต้องด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะแล้ว ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายจนกว่าจะถูกบอกล้างดังนี้ หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อุทธรณ์โต้แย้งภายในกำหนดตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลผูกพันได้เช่นกัน)

ดังนั้นกรณีต่อไปนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งของหน่วยงานที่ไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดี มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์อันมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิในการที่จะได้รับการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.30/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2550) หรือคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการ เป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2550) ฯลฯ

การพิจารณาคำสั่งทางปกครอง ศาสตราจารย์พิเศษ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้⁶⁴ ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่างกับศาลในข้อที่ว่า โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะริเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งได้ด้วยตนเองไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดร้องขอ ต่างกับศาลซึ่งถ้าไม่มีโจทก์มายื่นคำฟ้องหรือไม่มีผู้ร้องมายื่นคำขอ ศาลจะหยิบคดีหรือข้อพิพาทขึ้นมาพิจารณาเองไม่ได้ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องริเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเอง และการพิจารณาทางปกครองมีส่วนที่เหมือนกับการพิจารณาของศาลตรงที่ว่า ก่อนที่ศาลจะมี คำพิพากษา ศาลจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงแห่งคดีให้เป็นที่ยุติเสียก่อน ฝ่ายปกครองก็เหมือนกัน ก่อนจะออกคำสั่งทางปกครอง จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงของเรื่องให้เป็นที่ยุติเสียก่อนว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและดำรงอยู่นั้นเป็นอย่างไร เพราะฉะนั้น จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการหรือ

⁶⁴ จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (บันทึกถอดเทปการบรรยาย), โดย วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ณ, 2540 (27 มีนาคม), ณ โรงแรมพรพิงค์ ทาวเวอร์ จังหวัดเชียงใหม่.

ระบบการแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งไม่ว่าในชั้นเจ้าหน้าที่หรือในชั้นศาลก็ตามจะมีอยู่ 2 ระบบใหญ่ ๆ ด้วยกัน คือ

(1) ระบบกล่าวหา ซึ่งเจ้าหน้าที่หรือศาลจะพิจารณาและรับฟังข้อเท็จจริงตามที่คู่กรณีหรือคู่ความกล่าวอ้างและนำพยานหลักฐานมาแสดงเท่านั้น และ

(2) ระบบไต่สวน ซึ่งเจ้าหน้าที่หรือศาลไม่จำเป็นต้องผูกพันอยู่กับข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่คู่กรณีหรือคู่ความกล่าวอ้างและนำมาแสดง แต่เจ้าหน้าที่หรือศาลมีอำนาจที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงทั้งหลายที่เห็นว่าจำเป็นแก่การพิจารณาเรื่องนั้น

ศาสตราจารย์ชัชววัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า⁶⁵ การรู้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเท่านั้นที่เป็นพื้นฐานให้การทำคำสั่งทางปกครองเป็นไปโดยถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และในชั้นที่สุดเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการทำคำสั่งทางปกครอง⁶⁶ เจ้าหน้าที่จึงต้องดำเนินการทุกอย่างตามที่เห็นว่าเหมาะสมที่ตนจะได้รับความจริงที่ถูกต้องครบถ้วน โดยจะจำกัดตนเองอยู่กับข้อเท็จจริงที่คู่กรณีให้ไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาด้วยว่าควรหาข้อเท็จจริงจากที่ใดบ้างหรือจะรับฟังความเห็นจากผู้ใดหรือจากผู้เชี่ยวชาญหรือ ควรตรวจสอบเอกสารหลักฐานใด อย่างไร โดยข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบนั้นจะต้องเพียงพอที่คู่กรณีจะสามารถโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้โดยเหมาะสม ดังนั้นในการจะมีคำสั่งทางปกครองใด เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงปัญหานี้ก่อนเสมอ ถ้าหากมีผู้ซึ่งอาจอุทกกระทบอย่างสำคัญ แต่เจ้าหน้าที่มิได้แจ้ง ก็เป็นความบกพร่องของการพิจารณา คู่กรณีอาจขอให้เพิกถอนกระบวนการเดิมและเริ่มกระบวนการใหม่ได้ การต้องแจ้งอาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้เริ่มต้นดำเนินการพิจารณาทางปกครองด้วยตนเอง เช่น จะออกคำสั่งให้ปิดโรงงานก็ต้องแจ้งให้เจ้าของ โรงงานทราบ เป็นต้น หรือเมื่อได้รับคำขอจากคู่กรณีคนหนึ่งคนใดให้ดำเนินการพิจารณาทางปกครอง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ศาสตราจารย์ชัชววัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้⁶⁷ว่า ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการต่าง ๆ ให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย หากฝ่าย

⁶⁵ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 157). เล่มเดิม.

⁶⁶ Brewer-Carias, อ้างถึงใน กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 121-122). เล่มเดิม.; Karl-Peter Sommermann, "The Basic Elements of Public Administrative Procedure", The Rule of Law in Public Administration: The German Approach, 1993, p.41, อ้างถึงใน กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 259). เล่มเดิม.

⁶⁷ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 288). เล่มเดิม.

ปกครองได้มีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งนั้น⁶⁸ คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายบางครั้งก็ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวมได้จึงอาจต้องถูกเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกผลของคำสั่งเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้นคำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็อาจมีการเพิกถอนได้ เพียงแต่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน

ในหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย หากฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น แม้แต่ในส่วนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย อาจเกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวมได้ กรณีเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายภายหลังออกคำสั่งทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป ฉะนั้นคำสั่งทางปกครองแม้จะชอบด้วยกฎหมายจึงอาจถูกเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกผลของคำสั่งทางปกครองเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม แต่หลักเกณฑ์ที่จะเพิกถอนย่อมต้องเคร่งครัดไปในลักษณะหนึ่ง เพราะคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายมิได้มีข้อบกพร่องที่ไม่สมบูรณ์แต่อย่างใด ดังนั้นคำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็อาจมีการเพิกถอนได้เสมอ

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้ประโยชน์กับคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์คำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้ประโยชน์หรือ “คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาวะ” เป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายในทางเป็นผลร้าย หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือแม้คำสั่งปฏิเสธการออกคำสั่งในทางที่เป็นคุณถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาวะแก่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง เช่นกัน คำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้ประโยชน์ ได้แก่ คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งยึดใบอนุญาตขับจี้รถยนต์ส่วนบุคคลหรือเคยได้รับทุนค่าเล่าเรียนต่อมาได้มีคำสั่งทางปกครองยกเลิกทุนนั้นหรือให้ประกาศนียบัตรแล้วต่อมามีการเพิกถอน กรณีคำสั่งทางปกครองให้ยกเลิกทุนหรือให้ยกเลิกประกาศนียบัตรเหล่านี้ จะเห็นได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีไว้เพื่อการให้ประโยชน์เพราะลบล้างผลอันเป็นประโยชน์นั้นเสียและเป็นการลบล้างผลในกฎหมายคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางที่เป็นคุณหรือก่อให้เกิดประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดโดยชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ คำสั่งให้เงินชดเชยให้ทุนหรือเงินอุดหนุน⁶⁹ ให้แปลงสัญชาติให้ใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้ประโยชน์จะแตกต่างกัน

⁶⁸ แหล่งเดิม.

⁶⁹ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 292-295). เล่มเดิม.

ทั้งในแง่ของข้อจำกัดด้านเวลาที่จะให้เพิกถอนได้และการเยียวยาความเชื่อโดยสุจริตในผลของคำสั่งทางปกครอง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งนั้นไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนทั้งหมดและบางส่วน โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือให้มีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดก็ได้ (2) การเพิกถอนการให้ประโยชน์ (การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง) เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้นอาจเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือไม่ให้มีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดไว้⁷⁰

2.3 การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อมีปัญหาข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่กรณีพิพาทย่อมต้องการที่จะได้รับการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้น ซึ่งวิธีการยุติข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับ คือ การนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาโดยศาล เพื่อให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทไปตามกฎหมายเป็นวิธีที่ได้รับการยอมรับว่ามีความยุติธรรม แต่กระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลนั้นมีขั้นตอนที่ซับซ้อนยุ่งยากพร้อมทั้งใช้ระยะเวลาที่ยาวนานและเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก จึงได้มีการหาวิธีอื่นเพื่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนอกจากวิธีการทางศาล ทั้งนี้เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นถูกระงับลงได้อย่างรวดเร็ว และวิธีการระงับข้อพิพาทมีด้วยกันอยู่หลายวิธี แต่วิธีการระงับข้อพิพาทที่สำคัญและนิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย มีดังนี้

(1) การเจรจาต่อรอง (Negotiation) วิธีนี้ถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทพื้นฐานโดยคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายที่สมัครใจนั้นพยายามที่จะพูดคุยกันเพื่อปรับความเข้าใจทั้งสองฝ่ายและพยายามหาข้อยุติที่ทุกฝ่ายต่างเห็นพ้อง หากสามารถหาจุดที่ทั้งสองฝ่ายต่างเห็นพ้องกันได้แล้วปัญหาดังกล่าวเป็นอันยุติลง ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้เป็นวิธีการที่ทำได้โดยง่ายที่สุดคือ สามารถทำที่ไหน เมื่อใดก็ได้แล้วแต่คู่กรณีจะสะดวกโดยไม่ต้องมีพิธีรีตองอะไรมากมายและเสียค่าใช้จ่ายน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการระงับข้อพิพาทอื่น พร้อมทั้งวิธีการนี้ยังรักษา

⁷⁰ สืบค้นเมื่อ 25 ธันวาคม 2556, จาก http://palru8.blogspot.com/2010/07/lp-615_29.html

ความลับของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี เนื่องจากไม่มีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในการเข้าร่วมการเจรจา⁷¹

หากสามารถระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรองจะเป็นการดีที่สุดสำหรับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เนื่องจากข้อพิพาทจะถูกระงับลงอย่างรวดเร็ว โดยมีได้ทำให้เกิดความชุ่มชื้นของใจระหว่างคู่กรณีกันมากขึ้นเป็นโอกาสที่จะรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่กรณี แต่อย่างไรก็ตามการเจรจาต่อรองต้องอาศัยความร่วมมือของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการเข้าร่วมการเจรจา เพราะหากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ต้องการเข้าร่วมการเจรจาอีกฝ่ายก็ไม่สามารถบังคับได้

(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Conciliation หรือ Mediation) วิธีนี้เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนมากกว่าการเจรจาต่อรองธรรมดา เพราะเป็นวิธีการที่นอกจากจะมีคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้วยังมีบุคคลที่ 3 ซึ่งทำหน้าที่เป็นคนกลางซึ่งจะเรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย (Mediation)”⁷² โดยกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคู่กรณีจะเป็นผู้เจรจาต่อรองเอง โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ที่คอยประสานความเข้าใจให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายและยังเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือแนะนำระหว่างคู่กรณี เพื่อให้บรรยากาศในการเจรจาเป็นไปในทิศทางที่ดีสามารถหาวิธีการแก้ไขปัญหาได้ เพราะผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นคนกลางที่ไม่มีส่วนได้ส่วนเสียเกี่ยวกับปัญหาที่พิพาทย่อมไม่เกิดอารมณ์ร่วมไปกับเหตุที่พิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยจึงสามารถมองเห็นปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาได้ชัดเจนกว่าคู่กรณี แม้ว่าวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีพิธีรีตองมากกว่าการเจรจาแต่ยังถือได้ว่ามีความยุ่งยากน้อยกว่าการฟ้องร้องคดีต่อศาล

(3) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนกว่าการเจรจาต่อรองและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่มีลักษณะหลายประการที่ใกล้เคียงกับการดำเนินคดีในศาล⁷³ โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น โดยอนุญาโตตุลาการจะประกอบด้วยบุคคลภายนอกที่คู่กรณีเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ⁷⁴ ซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะเลือกบุคคลที่เห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท เพื่อวินิจฉัยชี้ขาด

⁷¹ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทนอกจากวิธีการทางศาล*, (น.4) โดย สรวิศ ลิ้มปรีงยี ก, ม.ป.ป., ม.ป.ท.

⁷² แหล่งเดิม.

⁷³ จาก *การไกล่เกลี่ยในศาลฎีกา: ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.10) โดย อนุวรรณ พุทธเจริญลาภ, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

⁷⁴ จาก “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐบาลกับการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี,” โดย ฉัญญา มุนจินดา, 2547 (ธันวาคม), *บทบัญญัติ*, 60(4).

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องนำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีความเที่ยงธรรมในการทำหน้าที่ และเพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปโดยรวดเร็วตรงตามเป็นจริง และถูกต้องตามหลักวิชาการ ทางปฏิบัติและปกติประเพณีในเรื่องนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (Arbitral Award) ประการใดแล้ว ย่อมมีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที หากไม่ปฏิบัติตามคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป ซึ่งการยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกรวดเร็วกว่าการฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาทั่วไป เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตัดสินว่าจะบังคับหรือปฏิเสธไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่ามีกรณีใดบ้าง ซึ่งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธการบังคับค่อนข้างมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี⁷⁵

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็น การอนุญาโตตุลาการในศาล และการอนุญาโตตุลาการนอกศาล การอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นกรณีที่ได้มีการนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลชั้นต้นและคดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลแล้ว แต่คู่กรณีต่างเห็นพ้องและตกลงกันเสนอข้อพิพาทเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือทั้งหมดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยการยื่นคำร้องขอต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายจะอนุญาตให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น ซึ่งในการตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกัน ภายใต้การควบคุมและช่วยเหลือของศาล ส่วนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีประสงค์จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยไม่ประสงค์จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดหรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วโดยแยกออกเป็น⁷⁶

(ก) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือการอนุญาโตตุลาการ แบบเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration) เป็นคู่กรณีตกลงจะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกันเอง ตั้งแต่การตั้งอนุญาโตตุลาการ การกำหนดกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้เหมาะสมกับข้อพิพาท แต่หากคู่กรณีมิได้ตกลงกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไว้หรือกำหนดวิธีพิจารณาไว้แต่บางเรื่องไม่อยู่ในความตกลงเป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการ แต่ต้องให้ความยุติธรรมและโอกาสแก่คู่กรณีในการเข้าร่วมพิจารณา

⁷⁵ จาก อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, (น.7-8) โดย สรวิศ ลิ้มปรีงยี ข, 2545, กรุงเทพฯ: นิติรัฐ

⁷⁶ การไกล่เกลี่ยคดีปกครองโดยศาลปกครอง (วิชานิติพนธ์ปริญญาโท) (น.4-5). เล่มเดิม.

(ข) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration) เป็นกรณีที่คู่กรณีประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งจะมีรายชื่อบุคคลที่มีความรู้ความสามารถทางด้านต่าง ๆ และยินดีทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ให้คู่กรณีเลือก รวมทั้งมีข้อบังคับให้คู่กรณีเลือกใช้กับการอนุญาโตตุลาการของตน นอกจากนั้น ยังมีเจ้าหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีที่ใช้บริการ เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดี⁷⁷

2.3.1 ความหมายและประเภทของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

“การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” เป็นทางเลือกหนึ่งของวิธีการระงับข้อพิพาทแบบ ADR (Alternative Dispute Resolution) ซึ่งเป็นวิธีระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางทำหน้าที่ช่วยเหลือเสนอแนวทางและหาทางออกที่คู่พิพาทยอมรับได้และพึงพอใจให้แก่คู่พิพาท หากตกลงเห็นชอบด้วยกับข้อเสนอจะนำไปสู่การตกลงประนีประนอมยอมความซึ่งผูกพันให้คู่พิพาทต้องปฏิบัติตาม⁷⁸

โดยในภาษาอังกฤษการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีการใช้ศัพท์อยู่ 2 คำ คือ คำว่า “Conciliation” หมายถึง การประนอมข้อพิพาท และคำว่า “Mediation” หมายถึง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งมีผู้ให้นิยามไว้หลายท่านดังนี้

Black’s law ให้นิยามของคำว่า Conciliation⁷⁹

(1) การยุติข้อพิพาทในทางที่สามารถตกลงได้

(2) กระบวนการที่มีคนกลางเข้ามารับทราบข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีและหาหนทางให้ข้อพิพาทนั้นได้รับการแก้ไข (ส่วนใหญ่มักใช้กับการระงับข้อพิพาทแรงงาน)

และคำว่า Mediation⁸⁰ ไว้ว่า วิธีการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพันโดยเกี่ยวข้องกับคนกลางซึ่งเป็นบุคคลที่สามที่พยายามจะช่วยคู่กรณีพิพาทหาทางออกที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน

⁷⁷ ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง, (น.58-60) โดย พรพิมล บุญทวีเวช, 2547, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อ้างถึงใน การไกล่เกลี่ยคดีปกครองโดยศาลปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 5). เล่มเดิม.

⁷⁸ จาก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ฉบับไทย-อังกฤษ (น.1), โดย กองการต่างประเทศ, กรุงเทพฯ: สำนักงานยุติธรรม.

⁷⁹ Black’s law Dictionary, Second Pocket Edition, west group, p. 122.

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

(2) A process in which a neutral person meets with the parties to a dispute (often labor) and explores how the dispute might be resolved. อ้างถึงใน การไกล่เกลี่ยคดีปกครองโดยศาลปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 6). เล่มเดิม.

การไกล่เกลี่ยของ Black's law จึงหมายความว่า การแทรกแซงหรือสอดแทรกของบุคคลที่สามเพื่ออยู่ระหว่างกลางบุคคลสองฝ่ายที่มีข้อพิพาท เพื่อชักจูงให้บุคคลที่มีข้อพิพาทปรับเปลี่ยนหรือตกลงในปัญหาข้อพิพาทได้เป็นการตกลงกันในข้อพิพาทโดยการกระทำที่เป็นกลางหรือบุคคลที่เป็นกลาง⁸¹

Professor Jacqueline M. Nolan-haley ได้ให้ความหมาย การไกล่เกลี่ยเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในระยะสั้น มีแบบแผนมุ่งที่เนื้องานเป็นสำคัญและเป็นกระบวนการแทรกแซงอย่างมีส่วนร่วม โดยคู่พิพาทจะทำงานร่วมกับบุคคลที่สามที่เป็นกลางอย่างผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อเข้าสู่การยอมรับในข้อตกลงข้อกันและกัน⁸²

J. Folberg และ A. Taylor (Mediation : Comparative Guide to Resolving Conflicts Without Litigation (San Francisco : Jossey-Bass Inc., 1984) ให้คำนิยามของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าเป็นกระบวนการที่คู่กรณีโดยความช่วยเหลือของคนกลาง แยกแยะประเด็นข้อขัดแย้งด้วยความยินยอมพร้อมใจและสนองตอบความต้องการของทั้งสองฝ่าย⁸³

Christopher W. M. ให้คำเห็นว่าการไกล่เกลี่ย หมายถึง การแทรกแซงของบุคคลที่สามที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกลางในการเจรจาหรือแก้ปัญหาความขัดแย้งโดยผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ แต่จะเป็นผู้ช่วยเหลือคู่กรณีด้วยความสมัครใจและสามารถตกลงกันในปัญหาความขัดแย้งร่วมกันได้⁸⁴

Lon Fuller (Mediation – Its Forms and Functions) ได้กล่าวถึงการไกล่เกลี่ยว่าคุณสมบัติที่สำคัญของการไกล่เกลี่ย คือ ความสามารถที่จะชักจูงให้คู่กรณีหันหน้าเข้าหากัน ทั้งนี้ไม่ใช่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้กระทำ แต่เป็นการช่วยเหลือให้คู่กรณีมีกรอบแนวคิดใหม่

⁸⁰ Black's law Dictionary, Second Pocket Edition, west group, p. 444.

Mediation: A method of nonbinding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution. อ้างถึงใน การไกล่เกลี่ยคดีปกครองโดยศาลปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 6). เล่มเดิม.

⁸¹ การไกล่เกลี่ยในศาลฎีกา: ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 25). เล่มเดิม.

⁸² Jacqueline M. Nolan-haley (1992). Alternative Dispute Resolution in a nutshell. P. 56 อ้างถึงใน การไกล่เกลี่ยในศาลฎีกา: ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 25). เล่มเดิม.

⁸³ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภากับการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี (น. 21). เล่มเดิม.

⁸⁴ Christopher W. Moore. (1996). The Mediation Process Practice Strategies for Resolving Conflict. P. 15 อ้างถึงใน การไกล่เกลี่ยในศาลฎีกา: ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น.26). เล่มเดิม.

ร่วมกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่าย กรอบแนวคิดซึ่งจะชักนำให้เกิดทัศนคติและความรู้สึกต่อกันและกันในทิศทางใหม่⁸⁵

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 “ไกล่เกลี่ย” หมายความว่า พุดจาให้ปรองดองกัน พุดจาให้ตกลงกัน ลูบไล้ ทำให้เรียบร้อยทำให้มีส่วนเสมอกัน⁸⁶

โชติช่วง ท้าววงศ์ ได้ให้คำนิยาม “การไกล่เกลี่ย” หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางเข้าช่วยเหลือแนะนำในการเจรจาต่อรองของกลุ่มความเพื่อระงับข้อพิพาท⁸⁷

วิชา มหาคุณ ได้กล่าวว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายถึง กระบวนการซึ่งมีการตั้งคณะบุคคลหรือบุคคล โดยเปิดเผยและเป็นกลางระหว่างคู่ความ เพื่อใช้ความพยายามแก้ไขความขัดแย้งในทางแพ่งให้บรรลุถึงข้อตกลงอันเหมาะสม ซึ่งต่างกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการระหว่างเพื่อน หรือโดยผู้นำท้องถิ่น⁸⁸

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามแล้วอาจสรุปได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ การระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลางเข้ามาทำหน้าที่ช่วยเหลือ แนะนำ ให้การเจรจาของกลุ่มกรณีประสบความสำเร็จในการหาข้อยุติของปัญหา โดยคู่กรณีสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย เพื่อรักษาบรรยากาศในการเจรจาให้เป็นไปได้ด้วยดีที่นำไปสู่การประนีประนอมข้อพิพาทต่อกันได้อย่างรวดเร็ว ประหยัด รักษาความลับ และความสัมพันธ์อันดีระหว่างคู่กรณี

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากความขัดแย้งระหว่างบุคคลเพื่อมิให้ข้อพิพาทนั้นบานปลายสร้างความเสียหายให้แก่คู่กรณี ทำให้คู่กรณีต้องหาวิธีการเพื่อระงับข้อพิพาทหรือหาทางประนีประนอมยอมความ ซึ่งสามารถกระทำได้ตั้งแต่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแม้คู่กรณียังไม่ได้นำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล และแม้กระทั่งข้อพิพาทนั้นได้ถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลแล้วสามารถที่จะหาวิธีการประนีประนอมได้ โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจแบ่งออกเป็นประเภท ดังนี้

⁸⁵ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภากับการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี (น. 21). เล่มเดิม.

⁸⁶ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542

⁸⁷ “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล” รวมบทความการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. (น.45) โดย โชติช่วง ท้าววงศ์, (2548), กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม

⁸⁸ จาก “ความรู้ทั่วไปในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและประนีประนอมคดีครอบครัว,” โดย วิชา มหาคุณ, 2537 (พฤศจิกายน-ธันวาคม), *ตุลพาห*, 41(6), น. 110.

(ก) การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลเป็นกรณีที่คู่พิพาทนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลและในระหว่างที่ศาลกำลังดำเนินการพิจารณาของศาลชั้นต้นหรือศาลที่สูงกว่า โดยศาลเป็นผู้ดำเนินการให้คู่ความที่พิพาทได้ทำความตกลงกันในข้อพิพาท ซึ่งคู่ความอาจเข้าสู่กระบวนการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทได้ตั้งแต่เริ่มต้นฟ้องคดี หรือในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเมื่อคู่ความสามารถตกลงกันให้มีการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท หรือศาลเห็นว่าข้อพิพาทในคดีสามารถที่จะดำเนินการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทได้ จัดให้มีการไถ่เกลี่ยคดีได้ตั้งก่อนวันที่ศาลนัดชี้สองสถานหรือวันนัดสืบพยาน หรือหลังวันนัดดังกล่าวก็ได้ และเมื่อข้อพิพาทสิ้นสุดลงโดยการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท หากคู่ความตกลงกันได้อาจทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันโดยขอให้ศาลพิพากษาตามยอม หรือคู่ความอาจถอนฟ้องคดีจะทำให้ข้อพิพาทนั้นระงับไป แต่ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงประนีประนอมกันได้ระหว่างคู่พิพาทจะต้องนำสำนวนคดีนั้นคืนสู่ศาลเพื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาต่อไป

(ข) การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล

การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ทุกเวลานับแต่ที่เกิดข้อพิพาทไม่ว่าจะก่อนมีการฟ้องคดีหรือเป็นกรณีที่ข้อพิพาทนั้นได้ฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ซึ่งเป็นกรณีที่คู่พิพาทยินยอมให้บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามเป็นคนกลางช่วยเหลือในการเกลี่ยไถ่ข้อพิพาท โดยเป็นการดำเนินการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเอง โดยศาลมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมิได้เป็นผู้ดำเนินการให้ คู่กรณีอาจดำเนินการเจรจาตกลงกันเองหรือมอบข้อพิพาทให้สำนักงานหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท หากการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลประสบความสำเร็จคู่กรณีจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทเดิมที่มีอยู่และผูกพันตามข้อตกลงที่มีขึ้นมาใหม่ เพราะหากเป็นการไถ่เกลี่ยก่อนมีการฟ้องคดีหากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความสามารถนำสัญญาที่เกิดจากการประนีประนอมยอมความใหม่นี้มาฟ้องคดีต่อศาลได้ หากในกรณีที่เป็นการไถ่เกลี่ยในคดีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลก็ยังสามารถทำการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลได้ตกลงประนีประนอมกันนอกศาลแล้วคู่กรณีก็สามารถนำสัญญาประนีประนอมยอมความยื่นต่อศาลเพื่อพิพากษาตามยอมหรือถอนฟ้องได้

2.3.2 หลักเกณฑ์ของการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท

การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทมีหลักการที่สำคัญ คือ การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นจะต้องมีคู่กรณีพิพาทตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปโดยมีคนกลางเข้ามาช่วยเหลือในการเจรจาของคู่กรณีที่เรียกว่า “ผู้ไถ่เกลี่ย” ซึ่งเป็นกรณีที่แตกต่างจากการเจรจาต่อรองที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องตกลงเจรจาเอง โดยไม่มีบุคคลที่สามเข้าร่วมในการเจรจา โดยที่คู่กรณีนั้นสมัครใจที่จะเลือกใช้วิธีการไถ่เกลี่ย ซึ่งมีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยในการไถ่เกลี่ยต้องอาศัยความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ ทั้งนี้ก่อนที่ผู้ไถ่เกลี่ย

จะดำเนินการไกล่เกลี่ยควรให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและลงชื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่คอยช่วยเหลือแนะนำ ในการแก้ไขปัญหาให้แก่คู่กรณี เพื่อให้คู่กรณีตกลงเจรจาจับข้อพิพาท แก่ผู้ไกล่เกลี่ยนั้นไม่มีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทเหมือนอนุญาโตตุลาการ และความเห็นและคำแนะนำของผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม เพราะการที่คู่กรณีจะตกลงระงับข้อพิพาทกันหรือไม่นั้นเป็นการตัดสินใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย พร้อมกันนี้คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยนั้นไม่มีกฎหมายกำหนดในเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น บุคคลใดก็ตามที่คู่กรณียินยอมให้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยย่อมมีอำนาจในการไกล่เกลี่ย แต่บุคคลที่จะทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะต้องมีความเป็นกลางและไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น พร้อมทั้งต้องเป็นบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้การยอมรับ แต่ทั้งนี้สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลหรือของสถาบันการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยทั่วไป ผู้ที่จะทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีคุณสมบัติตามระเบียบข้อบังคับที่ใช้ในศาลหรือสถาบันการไกล่เกลี่ยนั้น⁸⁹

2.3.3 บทบาทหน้าที่ และจรรยาบรรณของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

บทบาทและหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยจะต้องจัดเตรียมสถานที่ในการไกล่เกลี่ยให้มีลักษณะที่เหมาะสมในการเจรจา ผู้ไกล่เกลี่ยจะเปิดผู้เปิดการเจรจาไกล่เกลี่ยโดยอธิบายให้ คู่เจรจาทราบว่าผู้ไกล่เกลี่ยเป็นเพียงคนกลางที่ช่วยให้ความสะดวกแก่คู่เจรจาเพื่อให้ทั้งสองฝ่ายสามารถเจรจาทกลงกันได้ แต่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจที่จะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะสร้างความไว้วางใจต่อคู่ความ โดยการแนะนำตัวเพื่อให้คู่ความเกิดความผ่อนคลายความตึงเครียดพร้อมที่จะเผยข้อข้องใจเพื่อที่จะได้ทำการเจรจาทกลงกันและผู้ไกล่เกลี่ยจะตั้งคำถามเพื่อทราบข้อมูลเบื้องต้นที่จำเป็นต่อการกำหนดประเด็นปัญหาและผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาทที่จะทำให้การเจรจาดำเนินต่อไปและช่วยให้คู่กรณีพิพาทหาข้อสรุปที่ได้จากการเจรจา

ทั้งนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องจับประเด็นของคู่กรณีพิพาทว่าแต่ละฝ่ายต้องการเจรจาในปัญหาเรื่องใดพร้อมทั้งต้องจัดลำดับการเจรจา และจัดกลุ่มของปัญหาที่สามารถเจรจาได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องทำคู่กรณีพิพาทนั้นเห็นว่าผู้ไกล่เกลี่ยนั้นมีความเป็นกลางและอำนวยความสะดวกในการเจรจาของคู่กรณีพิพาท โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องให้อำนาจแก่คู่กรณีพิพาทในการตัดสินใจเกี่ยวกับผลของการไกล่เกลี่ย และต้องแจ้งให้คู่กรณีพิพาทเป็นผู้ที่ควบคุมการตัดสินใจทุกกรณีของการไกล่เกลี่ย พร้อมทั้งผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องช่วยคู่กรณีพิพาทกำหนดว่าข้อตกลงที่มีการเสนอให้เป็นทางเลือกนั้นสามารถปฏิบัติได้จริงและตรงตามที่คู่กรณีพิพาทต้องการทั้งสองฝ่าย

⁸⁹ จาก กระบวนการว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ศึกษาเปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น.27). โดย บุญตา ส. ผาบัณณิชัย, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ในเรื่องของจรรยาบรรณของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเคารพและสนับสนุนให้คู่กรณีพิพาทตัดสินใจด้วยตนเองบนพื้นฐานการตัดสินใจอย่างมีข้อมูล เพื่อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่พยายามโน้มน้าวหรือบังคับให้คู่กรณีพิพาทเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยหรือตัดสินใจอย่างหนึ่งอย่างใดในกระบวนการไกล่เกลี่ยและจะต้องดำเนินกระบวนการด้วยความเป็นกลาง ไม่ปล่อยให้อิทธิพลของบุคคลภายนอกเข้ามากดดันให้เสียความเป็นกลาง และหากว่าผู้ไกล่เกลี่ยทราบว่าจะไม่มีความเป็นกลางจะต้องแจ้งหรือเปิดเผยในสิ่งที่ไม่เป็นกลางนั้นพร้อมทั้งต้องถอนตัวจากการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย และผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเปิดเผยถึงความขัดแย้งในประโยชน์ที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นได้ในพร้อมทั้งระหว่างการเจรจาไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่รับทำงานใด ๆ ของคู่กรณีพิพาทไม่ว่าจะฝ่ายใด รวมทั้งต้องไม่กระทำการใด ๆ หนึ่งฝ่ายใดให้กับคู่กรณีพิพาทฝ่ายใด ภายหลังจากการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยและทั้งนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเก็บรักษาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการเจรจาไกล่เกลี่ยไว้เป็นความลับด้วย

2.3.4 ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ขั้นตอนในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ขั้นแรกโดยก่อนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีการพิจารณาข้อพิพาทและการเตรียมคำกล่าวเปิดการไกล่เกลี่ยของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ขั้นที่ 2 เป็นการรวบรวมข้อมูลที่เกิดขึ้น โดยคู่กรณีพิพาทแถลงถึงข้อเท็จจริงถึงปัญหาที่ทำให้ต้องมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ขั้นที่ 3 กำหนดหัวข้อในการไกล่เกลี่ยที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะช่วยให้คู่พิพาทได้มีการเจรจา โดยอาศัยความต้องการหรือประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นหลัก ที่ต้องมีการกำหนดหัวข้อเพื่อให้คู่พิพาทเจรจากันได้ตรงประเด็นและตรงกับความต้องการมากที่สุด แต่สามารถแก้ไขหรือปรับเปลี่ยนหัวข้อในการเจรจาระหว่างการไกล่เกลี่ยได้ และผู้ไกล่เกลี่ยต้องทำหน้าที่ช่วยให้คู่พิพาทมีมุมมองใหม่ในการแก้ไขปัญหาเพื่อหาวิธีในการแก้ไขปัญหาอย่างสร้างสรรค์และอาจทำให้คู่พิพาทอาจเห็นประโยชน์จากการแนะนำหรือในการประชุมกับผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งการประชุมกับผู้ไกล่เกลี่ยอาจเกิดขึ้นได้หลายครั้งในระหว่างการไกล่เกลี่ย

ขั้นที่ 4 การสิ้นสุดการไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นจากการมีข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทที่เป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมทั้งลงนามคู่พิพาททุกฝ่าย หรือมีการระงับข้อพิพาทกันแต่เพียงบางส่วนและต้องลงลายมือชื่อเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อคู่พิพาททุกฝ่าย หรืออาจมีการยุติการ

ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยมีการตกลงว่าจะมีการนำข้อพิพาทมาไกล่เกลี่ยและเจรจาอันใหม่ตามวันที่กำหนดหรือมีสาเหตุอื่นตามที่มีการระบุไว้ในระเบียบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁹⁰

2.3.5 ประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลมีความสำคัญและเป็นประโยชน์ต่อการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีพิพาทซึ่งเป็นการลดความขัดแย้ง สร้างความเป็นธรรมในสังคม เพราะข้อพิพาทหากเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถยุติข้อพิพาทนั้นได้อาจส่งผลกระทบต่อขยายเป็นวงกว้างสามารถสร้างความแตกแยกให้เกิดขึ้นในสังคมได้ หากสร้างระงับข้อพิพาทได้เร็วหรือหาทางให้คู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายเจรจาประนีประนอมเพื่อลดความขัดแย้งระงับลงได้ความสัมพันธ์ที่ดีหรือมิตรภาพยังคงอยู่ พร้อมทั้งยังประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลา โดยคู่กรณีไม่ต้องเสียเวลาในการไปศาล และหากสามารถตกลงกันได้ทั้งสองฝ่ายต่างรู้สึกว่าได้รับความเป็นธรรมถือได้ว่าได้รับชัยชนะทั้งสองฝ่าย อีกทั้งยังสามารถลดปริมาณคดีที่จะฟ้องคดีต่อศาล

ทั้งนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการช่วยประสานคนหมู่มากหรือคู่กรณีพิพาทให้เข้ามาสู่กระบวนการเจรจาโดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถช่วยให้คู่กรณีพิพาทเข้าใจถึงความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม จะทำหน้าที่ดูแลและพิทักษ์ระบบคุณธรรมในการบริหารงานบุคคลของราชการพลเรือน ให้เป็นไปตามหลักความรู้ ความสามารถ ความเสมอภาค ในโอกาส ความมั่นคงในการดำรงสถานภาพและความเป็นกลางทางการเมือง

2.4.1 ความเป็นมาของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

การเปลี่ยนแปลงระบบบริหารงานบุคคลถูกกำหนดในแผนปฏิรูประบบบริหารภาครัฐ โดยให้มีการปรับปรุงระบบวินัย ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ระบบการสอบสวนทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ มีรวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน หรือ ก.พ. มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ในการเสนอแนะและให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายการบริหารงานบุคคล การจัดการบริหารงานบุคคล มาตรฐานการ

⁹⁰ คำแนะนำและประมวลจริยธรรมผู้ไกล่เกลี่ย. (น.13-14) โดย สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, (2547), ม.ป.ท. อ้างถึงใน การไกล่เกลี่ยในศาลฎีกา: ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 51). เล่มเดิม.

บริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือน การกำกับดูแล ตรวจสอบ แนะนำและชี้แจงให้กระทรวง ทบวง กรม ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าวในฐานะองค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือน การเปลี่ยนแปลงทางสังคมมีอิทธิพลต่อการบริหารงานบุคคลทำให้ภาครัฐต้องมีการเปลี่ยนแปลงเพราะการบริหารงานราชการแบบดั้งเดิม ไม่สอดคล้องต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วของสังคมไทยในปัจจุบันทำให้ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ ระบบราชการในปัจจุบันจึงเป็นรูปแบบของการกระจายอำนาจการจัดการซึ่งต่างจากเดิมที่จะเน้นในเรื่องของการรวมอำนาจ โดยการปกครองบังคับบัญชาที่แต่เดิมเน้นลำดับชั้นของการบังคับบัญชาได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบใหม่เป็นแบบความเท่าเทียมในการทำงาน ซึ่งการบริหารงานบุคคลด้าน วินัย อุทธรณ์ และการร้องทุกข์ภายในองค์กรและหน่วยงานภาครัฐประเภทต่าง ๆ แต่ในปัจจุบันไม่มีมาตรฐานและความเท่าเทียมกัน พร้อมทั้งมีการมาตรฐานในการลงโทษยังมีความแตกต่างกัน โดยมีได้ตัวบทเรื่องวินัยเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการที่ดีแต่มีการนำไปใช้เพื่อปกป้องผู้กระทำ ความผิดทำให้เกิดความเสียหายแก่ระบบราชการโดยรวม จึงสมควรที่จะต้องมีการปฏิรูประบบราชการทั้งในส่วนของวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเป็นระบบมีมาตรฐานเดียวกัน โดยยึดหลักตามแนวทางในแผนการปฏิรูประบบบริหารภาครัฐที่สอดคล้องกับการบริหารจัดการภาครัฐที่ต้องการให้บุคลากรภาครัฐนั้นมีคุณภาพ⁹¹

จากสภาพการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจึงเป็นที่มาในการที่จะต้องให้มีการจัดตั้ง คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ขึ้นเพื่อที่จะให้มีบทบาทในการพิทักษ์ระบบคุณธรรม จากปัญหาของการดำเนินงานด้านวินัยของข้าราชการพลเรือนที่ไม่ได้มีการปรับปรุงมานาน จึงได้มีการร่าง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือนฉบับใหม่ มีการเสริมสร้างความเข้มแข็งของการพิทักษ์ระบบคุณธรรมในระบบราชการ ปรับปรุงระบบจรรยาบรรณ วินัย อุทธรณ์ ร้องทุกข์ เน้นการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบวินัย โดยมีสิ่งที่กำหนดใหม่ คือ ให้มีคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ควบคู่ไปกับคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.)⁹²

⁹¹ จาก *โครงการปฏิรูประบบวินัย อุทธรณ์ และร้องทุกข์ เจ้าหน้าที่ของรัฐ เล่ม 1*, โดย สำนักงานข้าราชการพลเรือน (ก.พ.), 2545, ม.ป.ท.

⁹² จาก *การพัฒนาขีดสมรรถนะขององค์กรเพื่อประสิทธิผลของการพิทักษ์ระบบคุณธรรม* เอกสารวิชาการอบรมหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)” รุ่นที่ 12, โดย วัธนีย์ ตรีทอง, 2552, วิทยาลัยการยุติธรรม, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.

2.4.2 หลักการและความจำเป็นของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

ความจำเป็นในการจัดตั้ง ก.พ.ค. สืบเนื่องจากสภาพปัญหาของการดำเนินงานด้านวินัยของราชการพลเรือนไทยที่ไม่ได้ปรับปรุงมานานจนเกิดปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการทางวินัย ปัญหาความไม่เป็นธรรมและมาตรฐาน โทษที่แตกต่างหล่อมล้ากันภายในและระหว่างองค์กรกลาง การบริหารงานบุคคลประเภทต่าง ๆ ปัญหากระบวนการพิจารณาสอบสวนล่าช้า อีกทั้งกฎหมายระเบียบเกี่ยวกับวินัยยากแก่การทำความเข้าใจและบางเรื่องไม่ชัดเจน การขาดมืออาชีพในการสอบสวน ตลอดจนปัญหาอันเกิดจากการที่ไม่ได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยให้สอดคล้องกับการจัดตั้งองค์กรของรัฐแบบใหม่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540

จากสภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้น ก.พ. จึงมีมติเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2547 รับหลักการในการปรับปรุงระบบวินัย อุทธรณ์และร้องทุกข์ของข้าราชการพลเรือนตามข้อเสนอของสำนักงาน ก.พ. เพื่อปรับเปลี่ยนระบบบริหารงานบุคคลด้านวินัย อุทธรณ์และร้องทุกข์ ให้เป็นไปตามระบบคุณธรรม (Merit System) อย่างมีประสิทธิภาพโดยการให้ ก.พ. ในองค์กรกลางบริหารงานบุคคลภาครัฐทำหน้าที่ กำหนดนโยบายมาตรฐานวินัย ส่งเสริมวินัยเชิงสร้างสรรค์และจรรยาบรรณของข้าราชการพลเรือน รวมทั้งออกกฎ ข้อบังคับ หลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับวินัย การดำเนินการด้านวินัย ภายใต้หลักการที่จะให้ระบบวินัยเป็นเครื่องมือบริหารงานบุคคลภาครัฐ โดยการรักษาวินัยเป็นหน้าที่ของทั้งข้าราชการและผู้บังคับบัญชา เพื่อให้ข้าราชการและผู้บังคับบัญชาตระหนักถึงความสำคัญของวินัยเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของราชการ⁹³

โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจึงมีลักษณะคล้ายคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาท ที่มาลักษณะมาจากคณะกรรมการต่าง ๆ ที่กฎหมายจัดตั้งขึ้นนั้น อาจมีได้ 2 ลักษณะ ลักษณะแรกคือ คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในทางปกครอง ซึ่งโดยมากมักมีงานในหน้าที่ 4 ประเภท ได้แก่ การกำหนดนโยบายต่าง ๆ เพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ถือปฏิบัติ (คณะกรรมการนโยบาย) การเสนอความเห็นหรือให้คำแนะนำต่อฝ่ายบริหาร (คณะกรรมการที่ปรึกษา) การวางนโยบายและบริหาร (คณะกรรมการบริหาร) และการดำเนินการต่าง ๆ ในการปกครอง เช่น การออกกฎเกณฑ์หรือคำสั่งทางปกครอง (คณะกรรมการปฏิบัติการ) อีกลักษณะหนึ่งคือ คณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย หรือที่เรียกว่าคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาท

⁹³ สำนักงานข้าราชการพลเรือน (สำนักงานก.พ.). (ม.ป.ป.). สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2556, จาก http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/index.php?option=com_content&view=article&id=161:2011-07-02-10-33-02&catid=109:2011-06-29-15-13-01&Itemid=29

สำหรับความหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้นิยามว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย” โดยสามารถแยกองค์ประกอบของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ 3 ประการ คือ 1) เป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย คณะกรรมการใดที่จะถือว่าเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จะต้องเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายที่มีศักดิ์ไม่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติและมีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร เช่น ฝ่ายบริหารไม่สามารถสั่งการโดยตรงให้คณะกรรมการปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง รวมไปถึงการพิจารณาให้ความดีความชอบหรือลงโทษทางวินัย เป็นต้น ถึงแม้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะถือเป็นองค์กรฝ่ายบริหารหรือมีเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารเข้าร่วมเป็นประธานหรือกรรมการ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารดังกล่าวไม่มีอำนาจบังคับบัญชาคณะกรรมการได้โดยตรง 2) มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่ คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นและ 3) มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในประเทศไทยมีการจัดโครงสร้างองค์กรในลักษณะของการเป็นองค์กร “กึ่งตุลาการ” และพิจารณาข้อพิพาทที่มีลักษณะ “เฉพาะด้าน” ของกิจการในทางปกครอง โดยส่วนใหญ่จะประกอบไปด้วยข้าราชการประจำ (หรือผู้แทนรัฐวิสาหกิจหรือองค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้อง) เป็นกรรมการ โดยตำแหน่ง และมีกรรมการที่แต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่พิจารณา โดยทั่วไปเป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ทางปกครอง และเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยพิพาทมีคำวินิจฉัยแล้ว จะไม่มีการอุทธรณ์ไปยังองค์กรในฝ่ายปกครองอีก โดยกฎหมายที่จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทจะบัญญัติให้คำวินิจฉัยดังกล่าว “เป็นที่สุด” ซึ่งหมายถึง “เป็นที่สุดในฝ่ายบริหาร” ผู้ที่จะโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถนำข้อโต้แย้งนั้นขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลได้ทันที ไม่ต้องอุทธรณ์ไปยังองค์กรภายในของฝ่ายปกครองอีก ซึ่งหากเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนดแล้ว ผู้ที่ประสงค์จะโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าว สามารถยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ปัจจุบันที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดยังไม่ได้ประกาศกำหนดว่าคณะกรรมการใดเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ดังนั้น การโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการต่าง ๆ จึงต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเสมอ

ส่วนวิธีดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายนั้น จะถูกกำหนดไว้โดยกฎหมายที่จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเป็นการเฉพาะ เนื่องจากการพิจารณาของคณะกรรมการต้องอาศัยความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญทางเทคนิคเฉพาะเรื่องที่แตกต่างกันไป ซึ่งรูปแบบวิธีพิจารณาจะไม่เป็นรูปแบบเดียวกันเช่นเดียวกับศาล ทั้งนี้ กฎหมายจะกำหนดหลักการสำคัญไว้อย่างกว้าง ๆ แล้วมีบทบัญญัติให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไปกำหนดรายละเอียดได้ตามความเหมาะสมภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย นอกจากนี้ วิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกด้วย

คณะกรรมการที่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทอาจมีบทบาทหรืออำนาจหน้าที่ด้านอื่น ๆ ควบคู่กันไปด้วย เช่น การออกกฎระเบียบต่าง ๆ การบริหารหน่วยงานซึ่งอาจมีทั้งการ การสั่งการ การอนุมัติ อนุญาต สั่งให้ปฏิบัติการหรือเป็นผู้ปฏิบัติการเองตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น ซึ่งถือการดำเนินการดังกล่าวว่าเป็นการสั่งการทางบริหารมิใช่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้นการปฏิบัติงานตามบทบาทหรืออำนาจหน้าที่ด้านอื่น ๆ ของคณะกรรมการจึงย่อมมิใช่การกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในความหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่อาจจะ เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในความหมายอื่นได้ โดยอาจเป็นคณะบุคคล ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นคณะกรรมการที่มีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งหรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอาจแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ คือ กลุ่มที่เป็นคณะกรรมการข้าราชการ คณะกรรมการควบคุมวิชาชีพ และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติเฉพาะอื่น ๆ

1. คณะกรรมการข้าราชการ หรือคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานรัฐถือเป็นคณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาททางด้านวินัย เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) คณะกรรมการข้าราชการฝ่ายรัฐสภา (ก.ร.) คณะกรรมการอัยการ (ก.อ.) คณะกรรมการข้าราชการกรุงเทพมหานคร (ก.ก.) คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) คณะกรรมการข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง (ก.ข.ป.) เป็นต้น

2. คณะกรรมการควบคุมวิชาชีพหรือสภาวิชาชีพ ถือเป็นคณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะในกรณีวินัยเกี่ยวกับการประพฤติผิดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ 1) คณะกรรมการวินัยอุทธรณ์ ได้แก่ คณะกรรมการการประกอบโรคศิลปะ คณะกรรมการกำกับดูแลการประกอบวิชาชีพบัญชี คณะกรรมการสภาสถาปนิก คณะกรรมการสภาวิศวกร

2) คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดคำกล่าวโทษ เป็นผู้พิจารณาผลการสอบสวนของคณะอนุกรรมการสอบสวนเกี่ยวกับการประพฤติผิดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพ ตามคำกล่าวโทษของผู้ได้รับความเสียหายเพราะการประพฤติผิดดังกล่าว โดยหากคณะกรรมการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้พักใช้ใบอนุญาตหรือให้เพิกถอนใบอนุญาตแล้ว จะต้องเสนอสถานายกพิเศษให้ความเห็นชอบก่อนจึงจะดำเนินการตามมติหรือคำวินิจฉัยได้หากสถานายกพิเศษยับยั้งการวินิจฉัยดังกล่าว คณะกรรมการจะต้องประชุมและมีมติยืนยันด้วยเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดที่มีอยู่ในขณะนั้นจึงจะถือว่าคำวินิจฉัยนั้นเป็นที่สุด 3) แต่สำหรับการควบคุมด้านจริยธรรมแห่งวิชาชีพของคณะกรรมการสถานายกความนั้น คณะกรรมการสถานายกความไม่อยู่ในฐานะคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากทนายความผู้ถูกสั่งลงโทษหรือถูกดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดในกรณีประพฤติผิดจรรยาบรรณทนายความ อาจอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อสถานายกพิเศษได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง โดยคำสั่งของสถานายกพิเศษให้เป็นที่สุด

3. คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติเฉพาะอื่น ๆ ได้แก่ คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นการเฉพาะเรื่อง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติอื่น โดยที่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีอำนาจหน้าที่ที่คล้ายคลึงกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีลักษณะกึ่งตุลาการและเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร พร้อมทั้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม นั้นถือเป็นที่สุดเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท