

บทที่ 2

แนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองและอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง

ตั้งแต่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา การบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทยอยู่ภายใต้ข้อบังคับ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” (Principle of the Legality of Administrative Action) เช่นเดียวกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศเสรีประชาธิปไตยประเทศอื่น ๆ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายมีอยู่หลายระบบ แต่ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลมีความสำคัญกว่าระบบอื่น ๆ ซึ่งแต่เดิมศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่เนื่องจากระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลยุติธรรมมีข้อบกพร่องหลายประการ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแทนศาลยุติธรรม¹

หลังจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในลักษณะระบบศาลคู่แยกออกจากศาลยุติธรรมเพื่อให้มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง แต่เนื่องจากคดีทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภท เช่น คดีร้องขอให้ศาลเพิกถอน

¹ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง (น. 15-16), โดย วรพจน์ วิสริตพิชญ์ ก, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม. ลิขสิทธิ์ 2538 โดย สำนักพิมพ์นิติธรรม.

การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า มีลักษณะผสมกันระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน² เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง (3) ได้บัญญัติให้คดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง จึงทำให้มีคดีทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะดังเช่นคดีปกครอง หรือที่เรียกว่าข้อพิพาททางปกครองเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาในศาลปกครอง ดังนั้นการศึกษาแนวคิด ความหมายและลักษณะของการกระทำปกครองหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงมีความสำคัญอันจะทำให้ทราบว่ามีการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใดบ้าง ที่มีลักษณะ ดังเช่นการกระทำทางปกครอง อันจะส่งผลให้การดำเนินการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มีความชัดเจนและเหมาะสมต่อไป

2.1 ความหมาย ลักษณะและประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองมีลักษณะหลากหลาย เพราะการกระทำที่มีผลทางกฎหมาย ทั้งหมดของฝ่ายปกครองอาจเป็นการกระทำทางแพ่งหรือทางปกครองก็ได้ การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองนี้จะส่งผลกระทบต่อประชาชนที่เกี่ยวข้องเป็นอย่างมากและหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยปราศจากอำนาจหรือเกินอำนาจ การกระทำนั้นก็ต้องถูกยกเลิกเพิกถอน และหากมีผู้เสียหาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นก็อาจถูกลงโทษทางอาญาหรือทางแพ่งด้วย

2.1.1 ความหมายและลักษณะของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำที่รัฐเข้าไปกระทบสิทธิและทรัพย์สินของประชาชน เช่น มีมาตรการ มีคำสั่ง หรือวางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในสังคมทำให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามโดยส่วนรวม มีการกระทำทางปกครองอย่างที่ทำให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน เช่น ให้เงินช่วยเหลือผู้ประสบอุบัติเหตุ ให้ทุนการศึกษาและการกระทำทางปกครองในลักษณะการวางแผน

² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 480/2550 “แม้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่การที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและขอให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามคำขอของผู้ฟ้องคดี ศาลจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการที่ฟ้องคดีมีสิทธิในเครื่องหมายการค้าในเบื้องต้นก่อน.”

เช่น การตัดถนน เป็นทั้งการกระทบสิทธิและให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน³ ดังนั้นการกระทำทางปกครองมีลักษณะดังนี้⁴

2.1.1.1 การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐไม่ใช่การกระทำของเอกชน

รัฐเป็นนิติบุคคลซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแตกต่างหากจากเอกชนซึ่งเป็นสมาชิกของรัฐ แต่รัฐเป็นนิติบุคคลจึงไม่สามารถใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยตนเอง แต่ต้องใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่โดยผ่านทางบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งซึ่งเป็นผู้ใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐและในนามของรัฐ

การกระทำของบุคคลธรรมดาที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐได้นั้น ต้องปรากฏว่าบุคคลที่กระทำการนั้นได้กระทำการภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

1. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำโดยบุคคลธรรมดา ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2. เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำการนั้นในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่ ไม่ใช่กระทำในฐานะส่วนตัว

3. เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการนั้นเพื่อประโยชน์มหาชน ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัว

2.1.1.2 การกระทำทางปกครองต้องเป็นการกระทำของรัฐที่กระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ไม่ใช่การกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ

2.1.1.3 การกระทำทางปกครองต้องเป็นการกระทำของรัฐที่กระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารประเภทองค์กรฝ่ายปกครอง

ในทางวิชาการของกฎหมายปกครองอาจแยกองค์กรบริหาร (Executive Organ) ออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1. รัฐบาล (Government)
2. ฝ่ายปกครอง (Administrative)

กรณีจึงต้องพิจารณาว่าในบรรดาองค์กรฝ่ายบริหารทั้งหลาย อันได้แก่ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐนั้น องค์กรใดบ้างเป็นรัฐบาลและองค์กรใดบ้างเป็นฝ่ายปกครอง

³ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 202-204), โดย นัยนา เกิดวิชัย, 2541, กรุงเทพฯ: พัทธกษัตริย์. ลิขสิทธิ์ 2541 โดย สำนักพิมพ์พัทธกษัตริย์.

⁴ จาก *คำอธิบายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2* (น. 1-2), โดย วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ข, 2537, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. ลิขสิทธิ์ 2537 โดย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สำหรับองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาหรืออำนาจกำกับดูแลของรัฐมนตรีนั้นถือว่าเป็นองค์กรฝ่ายปกครองเสมอ ดังนั้นการกระทำขององค์กรเหล่านี้จึงเป็นการกระทำทางปกครอง

ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร 3 จำพวกแรก คือ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรีและ รัฐมนตรีนั้นอาจกระทำการต่าง ๆ ได้ 2 ฐานะ คือ ในฐานะที่เป็นรัฐบาลและในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ดังนั้นการกระทำทางปกครองดังกล่าวในบางกรณีจึงเป็นการกระทำของรัฐบาลและในบางกรณีจึงเป็นการกระทำทางปกครอง แล้วแต่ว่าองค์กรดังกล่าวกระทำการในฐานะใด

2.1.1.4 มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชนให้เปลี่ยนแปลงระบับซึ่งสิทธิ

หน้าที่หลักของส่วนราชการก็คือ การกระทำทางเนื้อหาในทางปกครองโดยแท้และในส่วนสนับสนุนในทางแพ่ง กล่าวคือแต่ละส่วนราชการจะมีหน้าที่ในทางปกครองและจะมีกฎหมายให้อำนาจหน้าที่แก่เจ้าพนักงาน ส่วนในทางแพ่งจะมาสสนับสนุนให้วัตถุประสงค์ของส่วนราชการบรรลุสมดังเจตนารมณ์ที่ตั้งขึ้นมา

การกระทำทางปกครองโดยแท้ คือ การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเหนือประชาชนและใช้อำนาจนั้นสั่งการภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ฉะนั้นถ้าไม่มีอำนาจเหนือก็มีใช้อำนาจทางฝ่ายปกครอง แต่จะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง มิใช่การกระทำทางปกครอง

การออกคำสั่ง การเก็บภาษี การออกใบอนุญาต ฯลฯ เป็นการใช้อำนาจของรัฐที่อยู่เหนือประชาชน จึงมีลักษณะในทางปกครอง แต่ถ้าอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค “เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง” มิใช่ “การกระทำทางปกครอง” ถ้าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง เกิดการผิดสัญญาเป็นคดีแพ่งขึ้นสู่ศาลยุติธรรม แต่ถ้าเป็นการกระทำทางปกครอง คือ มีการใช้อำนาจเหนือ อาศัยอำนาจในการสั่งการ ข้อพิพาทในทางปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองจะไม่ฟ้องศาลเมื่อมีการผิดสัญญา แต่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายไปบังคับให้ปฏิบัติได้ ไม่ต้องรอคำสั่ง ตัวอย่างเช่น คดีสั่งให้รื้อถอนอาคารหรือการให้เงินช่วยเหลือ โดยพิจารณาเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ได้สิทธิเป็นสาระสำคัญ การพิจารณาเงื่อนไขของผู้ได้สิทธินี้จะเป็นลักษณะของการกระทำทางปกครอง เช่น การสอบชิงทุนของ ก.พ. ซึ่งมีวัตถุประสงค์คัดเลือกบุคคลไปศึกษาต่อต่างประเทศ โดยวิธีการจัดการ เช่น มีการคัดเลือกบุคคล อันเป็นลักษณะในทางปกครอง เพราะมีการใช้อำนาจ

เหนือเอกชนในการกำหนดข้อสอบ วันสอบ แต่หลังจากสอบได้ ก็ต้องมีการทำสัญญาทางแพ่ง คือเมื่อไปแล้วกลับมาก็ต้องมีการชดใช้และต้องมีผู้ค้ำประกัน⁵

2.1.2 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง จำแนกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

2.1.2.1 นิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง หมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครอง โดยชอบด้วยกฎหมาย ว่าตนประสงค์จะวางข้อกำหนดความสัมพันธ์ในทางสิทธิ หน้าที่ (นิติสัมพันธ์) ระหว่างบุคคลในกฎหมายปกครองกับบุคคลอื่น บุคคลอื่นในที่นี้อาจเป็นเอกชนที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรืออาจเป็นบุคคลในกฎหมายปกครองด้วยกันเองก็ได้⁶

นิติกรรมทางปกครองมีลักษณะสำคัญอยู่ 4 ประการ ประกอบด้วย⁷

ประการแรก นิติกรรมทางปกครองเป็นการอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานดังกล่าว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่ง (Expression of Will หรือ Manifestation de la volont) ดังนั้นการอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติทำลงไป โดยที่การกระทำนั้นมิได้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาใด ๆ ให้ปรากฏต่อผู้ใดเลยจึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

ประการที่สอง เจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนแสดงให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งนั้น ต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้นจึงไม่รวมถึงการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

ประการที่สาม ผลทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนนั้น ได้แก่ การสร้างนิติสัมพันธ์

⁵ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 16-17), โดย กลมชัย รัตนสากววงศ์ ก, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2546 โดย สำนักพิมพ์วิญญูชน. พิมพ์ซ้ำครั้งที่ 5 โดยได้รับอนุญาต.

⁶ จาก *หลักการและขั้นตอนเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง: ศึกษาเฉพาะกรณีเขตอำนาจศาลปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 41), โดย วิชัย วงษ์ทอง, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. ลิขสิทธิ์ 2545 โดยมหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁷ *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง* (น. 162-168). เล่มเดิม.

ขึ้นระหว่างบุคคล ซึ่งโดยปกติแล้วก็จะเป็ นนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลหรือคณะบุคคลที่รับการแสดงเจตนา นั้นนั่นเอง

“นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล” (Legal Relation) คือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจหรือสิทธิที่จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง บุคคลฝ่ายแรกเรียกว่า “ผู้ทรงอำนาจ” หรือ “ผู้ทรงสิทธิ” แล้วแต่กรณี และบุคคลอีกฝ่ายเรียกว่า “ผู้มีหน้าที่” การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลจึงย่อมมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมานั้นเอง

ประการที่สี่ นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐฝ่ายหนึ่งกับบุคคลหรือคณะบุคคลอื่น อีกฝ่ายหนึ่งที่เกิดขึ้นและมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของแต่ละฝ่ายนั้น ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนแสดงออกมาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมแต่อย่างใด

“นิติกรรมทางปกครอง” จึงเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเสมอและต่างกับสัญญาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือองค์กรอื่นของรัฐทำกับเอกชนแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานดังกล่าว ทั้งนี้ไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็น “สัญญาธรรมดา” ซึ่งการบังคับตามสัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือว่าเป็น “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งการบังคับตามสัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายมหาชนก็ตาม

อย่างไรก็ตาม มีนิติกรรมทางปกครองอยู่บางประเภทเหมือนกันที่เอกชนต้องให้ความยินยอมก่อนหรือหลังการออกนิติกรรมทางปกครองจึงจะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ เป็นต้นว่าใบอนุญาตให้บุคคลกระทำการ ประกอบกิจการ หรือประกอบวิชาชีพจะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้รับใบอนุญาตได้ยื่นคำขอต่อองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกใบอนุญาตนั้น คำสั่งแต่งตั้งบุคคลเป็นข้าราชการหรือเป็นกรรมการในคณะกรรมการต่าง ๆ จะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ที่ได้รับแต่งตั้งยอมรับการแต่งตั้งนั้น นิติกรรมทางปกครองเหล่านี้มีความคล้ายคลึงกับสัญญาอยู่มาก กรณีจะเป็นประการใดก็ตาม คำขอใบอนุญาตของผู้รับใบอนุญาตไม่ใช่ “คำเสนอ” และการยอมรับการแต่งตั้งให้เป็นข้าราชการหรือกรรมการของผู้ที่ได้รับแต่งตั้งไม่ใช่ “คำสนอง” ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้ว นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับผู้รับใบอนุญาตหรือกับผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจะไม่เกิดขึ้น คำขอใบอนุญาตของผู้รับใบอนุญาตก็คื การยอมรับการแต่งตั้งให้เป็นข้าราชการหรือกรรมการของผู้ที่

ได้รับการแต่งตั้งก็ดี คงมีลักษณะเป็นแต่เพียงเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์หรือความมีผลบังคับของใบอนุญาตหรือคำสั่งแต่งตั้ง เท่านั้น

นิติกรรมทางปกครอง จำแนกออกได้เป็นสองประเภทคือ “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง”

ก. กฎ

กฎหรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ก็คือ นิติกรรมทางปกครองที่บังคับหรืออนุญาตต่อบุคคลซึ่งได้นิยามไว้เป็นประเภท โดยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เกิดขึ้น⁸ ดังนั้น “กฎ” จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1. บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ฯลฯ ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตกระทำการได้

2. กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้เป็นนามธรรม (Abstract) เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการทุกวันสิ้นเดือน เช่น ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย ข้าราชการกรม กองต้องแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ในมาตรา 3 และมาตรา 5 ตามลำดับ โดยมีข้อความเดียวกันว่า “หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ข้อความที่ว่า “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” คือคำนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” ส่วนข้อความที่ว่า “...พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ...” เป็นเพียงตัวอย่างของ “กฎ” เท่านั้นเอง

⁸ คำอธิบายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2 (น.36). เล่มเดิม.

⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 279), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จากคำนิยามของ “กฎ” ข้างต้น จะเห็นได้ว่า “กฎ” เป็นบทบัญญัติหรือข้อความ เป็นข้อ ๆ ในเอกสารที่เรียกว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ เป็นข้อความที่กำหนดบังคับให้บุคคล โดยทั่วไป ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีทั่วไปไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ¹⁰

จ. คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ ก็คือ คำสั่งทางปกครองที่ขาดลักษณะสำคัญข้อหนึ่งข้อใดของนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือ กฎ กล่าวคือ กรณีอาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง และเฉพาะบุคคล หรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเรื่องแต่ไม่เฉพาะบุคคล หรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะบุคคลแต่ไม่เฉพาะเรื่อง¹¹

สำหรับประเทศไทย ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้ อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่มีกำหนด ในกฎกระทรวง”

ข้อความในมาตรา 5(1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้างต้นที่ว่า “การใช้ อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่าง บุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือ หน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว... แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ” คือคำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ส่วนข้อความที่ว่า “...เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน...” เป็นแต่เพียงการให้ตัวอย่างของ “คำสั่ง ทางปกครอง” ไว้เท่านั้น

¹⁰ คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น.170-171). เล่มเดิม.

¹¹ คำอธิบายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2 (น. 38). เล่มเดิม.

ส่วนคำว่า “การอื่นที่มีกำหนดในกฎกระทรวง” ตามมาตรา 5(2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ได้แก่ กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

ก. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อมา หรือให้สิทธิประโยชน์

(2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

ข. การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

การจำแนกนิติกรรมทางปกครองออกเป็น “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” นี้มีความสำคัญมาก ทั้งนี้เพราะ “กฎ” ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยตรงเลย ตรงกันข้ามกับ “คำสั่งทางปกครอง” ไม่ว่าจะออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติฉบับใด ๆ ก็ตามย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่มากนัก¹²

นอกจากนี้การที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการออกกฎ จะฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎนั้น หากกฎนั้นเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือเป็นกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด¹³ แต่การที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือผู้เสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครอง (ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ซึ่งสิทธิของตนถูกระทบกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง) จะฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลปกครองชั้นต้นนั้น¹⁴

¹² คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น.175). เล่มเดิม.

¹³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 ประกอบมาตรา 47.

¹⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 47.

อนึ่งโดยปกติแล้ว ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ซึ่งสิทธิของตนถูกระทบจากคำสั่งทางปกครองย่อมมีสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นได้เสมอ ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ซึ่งสิทธิของตนถูกระทบกระเทือนจากผลคำสั่งทางปกครองก็ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ เป็นการเฉพาะและคำสั่งทางปกครองนั้นมิใช่คำสั่งที่ออกโดยรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ซึ่งสิทธิของตนถูกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครองก็อาจอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นตามขั้นตอนและระยะเวลาที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2540 กำหนดไว้ ดังนั้นผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ซึ่งสิทธิของตนถูกระทบจากผลของคำสั่งทางปกครองจะฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ก็ต่อเมื่อตนได้ทำอุทธรณ์ภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด¹⁵

2.1.2.2 คำสั่งทั่วไปทางปกครอง

คำสั่งทั่วไปทางปกครองมีลักษณะกว้างของนิติกรรมทางปกครองและกฎหมาย เพราะว่ามีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า โดยคำสั่งทั่วไปทางปกครองมีลักษณะผสม คือ ไม่มีการเจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้าแต่เป็นกรณีเฉพาะราย¹⁶

2.1.2.3 สัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีลักษณะเป็น Coordination Subordination ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ สิ่งที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ต้องดูเนื้อหาของสัญญานั้นว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมหรือไม่ มีการทำสัญญากันขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นส่วนราชการ

¹⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42.

¹⁶ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 208-209), โดย นัยนา เกิดวิชัย, 2541, กรุงเทพฯ: พื้ทักอักษร. ลิขสิทธิ์ 2541 โดย โรงพิมพ์พิทักษ์อักษร.

สัญญาทางปกครองอาจแบ่งได้ 2 แบบ¹⁷

ก. สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Subordination)

ข. สัญญาที่ส่วนราชการด้วยกันทำกันเอง เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม เช่น ร่วมทุนกันสร้างเครื่องกำจัดขยะ (Coordination)

2.1.2.4 ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การอันองค์ของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานดังกล่าว โดยที่กระทำการนั้นไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ ขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งของนิติกรรมทางปกครองตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั่นเอง

ปฏิบัติการทางปกครองอาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลอื่นได้เหมือนกัน เช่น ปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้บุคคลใดเขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ย่อมเป็นการกระทำละเมิด ดังนั้นหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งหมายความว่าผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน และหน่วยงานดังกล่าวก็มีหน้าที่จะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐก็ดี หน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวที่จะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายก็ดี หาได้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐไม่ หากแต่เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมายโดยตรง¹⁸

2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดและจะทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ หลักการดังกล่าวทำให้เกิดผลตามมาคือ การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ และเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ

¹⁷ แหล่งเดิม.

¹⁸ คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น. 168-169). เล่มเดิม.

ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการใด ๆ ได้ ดังนั้น “กฎหมาย” จึงเป็นทั้งที่มา (Source) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นข้อจำกัด (Limitation) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย

ก่อนหน้าที่จะมีการ “สร้าง” แนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น เป็นที่เข้าใจกันอย่างชัดเจนว่าไม่มีอะไรที่จะเข้ามาขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจรัฐ (puissance publique) อันเป็นอำนาจพิเศษที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจึงมีความ “สูงสุด” และ “ไม่มีข้อจำกัด” แต่ต่อมาเมื่อมีการสร้างระบบ “รัฐธรรมนูญ” ให้เป็นกฎหมายสูงสุดและมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ พร้อมทั้งมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (le controle de constitutionnalite) ที่กฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือลำดับใดจะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ระบบดังกล่าวส่งผลเป็นลูกโซ่ลงมาถึงกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ที่จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นไปภายใต้หลักเดียวกันคือจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ หลักดังกล่าวจึงทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลง ฝ่ายปกครองจึงไม่มีอิสระในการดำเนินการใด ๆ ก็ได้ตามใจตัวเองอีกต่อไปเพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ใต้ปกครองด้วย¹⁹

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ ดังนี้²⁰

¹⁹ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 296) โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 2 โดยได้รับอนุญาต.

²⁰ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น. 17-25), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2549 โดย สำนักพิมพ์วิญญูชน.

2.2.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะหรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะไม่มีความหมาย ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

2.2.2 หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจหรือการกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย หรือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องมีฐานะทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

2.3 เหตุผลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การใช้อำนาจของรัฐในระบบประชาธิปไตยไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับคนในสังคมโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ การดำเนินการกิจของรัฐเพื่อให้สังคมสงบเรียบร้อยโดยองค์กรฝ่ายบริหาร และการพิจารณาพิพากษาวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีเพื่อดำรงไว้ซึ่ง

ความเป็นธรรมให้แก่คนในสังคมโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ ไม่ว่าจะกระทำเหล่านั้นจะเป็นการออกกฎระเบียบ คำสั่งหรืออาจเป็นคำวินิจฉัย คำพิพากษา การดำเนินงานของรัฐดังกล่าวเหล่านั้นย่อมต้องถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ โดยหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่สำคัญคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐ ซึ่งสาระสำคัญของหลักการทั้งสองประการนี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงและแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศในรายละเอียดปลีกย่อย โดยต้องขึ้นอยู่กับรูปแบบการปกครองของประเทศเหล่านั้น ซึ่งหลักการทั้งสองประการมีสาระสำคัญ ดังนี้²¹

2.3.1 หลักนิติรัฐ

หลักการที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐคือหลัก “นิติรัฐ” หมายความว่า รัฐที่ยอมรับจำกัดอำนาจของตนเองอยู่ภายใต้กฎหมายที่องค์กรของรัฐได้ตราขึ้น ดังนั้นรัฐก็จะไม่สามารถกระทำการใดที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงทำให้ต้องมีกำหนดองค์กรที่มาตรวจสอบการกระทำของรัฐว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

หลักนิติรัฐเป็นหลักการสำคัญที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยเป็นหลักการที่มีจุดมุ่งหมายที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐ ซึ่งองค์กรของรัฐต้องกระทำการภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายและมีผลผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ โดยจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาอันมีฐานมาจากประชาชนเป็นองค์กรหลักในการตรากฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกกันว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” และกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นต้องอยู่ภายใต้กรอบของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการเมืองการปกครองประเทศโดยเรียกหลักการนี้ว่า “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ”

ถ้าดูความหมายในแง่ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ เป็นคำที่รู้จักกันในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1848 นักคิดที่สำคัญของเยอรมัน ได้มีการกล่าวถึงหลัก “นิติรัฐ” คือ²²

²¹ จาก การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความที่ตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 5-11), โดย ทิตยา แดงประดับ, 2554, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2554 โดย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²² จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (น. 23-24), โดย บรรณเจต สิงคะเนติ ข, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2544 โดย สำนักพิมพ์วิญญูชน.

Robert von Mohl ได้ให้ความหมายของนิติรัฐในลักษณะอุดมคติ ว่าหมายถึงรัฐแห่งความมีเหตุมีผลอันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุมีผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดของสังคมเป็นการทั่วไป ความหมายนี้มีลักษณะเป็นอุดมคติก็เนื่องจากเป็นแนวคิดหลักการมุ่งไปสู่สังคมที่ดีงาม สรุปคือ นิติรัฐคือรัฐที่ปกครองตามหลักการเหตุผลเพื่อให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมเป็นไปด้วยความสงบสุข การปกครองรัฐนั้นแทนที่จะเป็นการปกครองโดยคน แต่กลายเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย

Friedrich Julius Stahl ได้ลดขอบเขตของนิติรัฐ โดยเสนอออกมาในรูปธรรมว่านิติรัฐเป็นหลักการที่รัฐยอมจำกัดอำนาจของตนเข้าไปล่วงละเมิดในเขตแดนที่เป็นเสรีภาพของบุคคล โดยแนวความคิดนี้เป็นการเอาแนวความคิดเรื่องการจำกัดอำนาจรัฐมาผสมผสานกับแนวความคิดปัจเจกชนนิยม จึงต้องมีการจำกัดอำนาจรัฐเพื่อไม่ให้มีการใช้อำนาจของรัฐไปก้าวล่วงแนวคิดเรื่องปัจเจกชน แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดหลักที่ทำให้เกิดพัฒนาการของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักการที่รัฐยอมจำกัดอำนาจของตนเองเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสังคมโดยรวม ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งหลาย รวมทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินงานของรัฐก็มีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองประโยชน์มหาชนนั่นเอง “นิติรัฐ” ในความหมายปัจจุบันมีลักษณะที่ไม่ได้เป็นข้อความคิดแต่เป็นการรวบรวมหลักการทั้งหลายว่านิติรัฐนั้นมีหลักการใดบ้างซึ่งเป็นการพัฒนาหลักนิติรัฐไปสู่หลักการย่อยที่เป็นรูปธรรม หลักการที่สำคัญของหลักนิติรัฐ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ

2.3.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจธิปไตย

รัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยย่อมอาศัยอำนาจสูงสุดที่เรียกว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เป็นเครื่องมือในการปกครองรัฐ โดยหลักการสำคัญของระบอบประชาธิปไตย คือ “การปกครองของประชาชน” เนื่องจากอำนาจสูงสุดทางปกครองหรืออำนาจในการกำกับควบคุมอนาคตของประเทศและกำหนดชะตากรรมของประชาชนหรืออำนาจในการกำหนดใจตนเองของประชาชนเป็นอำนาจของประชาชน ระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นผู้ปกครองและถูกปกครองในขณะเดียวกัน ในกรณีประเทศไทยใช้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา

หลักการพื้นฐานในระบบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา คือรัฐสภาเป็นองค์กรเพียงองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงมาจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยจึงกล่าวได้ว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมสูงสุดในทางประชาธิปไตย ดังนั้นจึงเป็นเงื่อนไขให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่น ๆ ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา การที่รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทาง

ประชาธิปไตยอย่างสูงก่อให้เกิดหลักการสำคัญคือ การกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีความสำคัญจะได้รับการกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภานั้นเอง โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจนิติบัญญัติของตนให้แก่องค์กรอื่นไปใช้แทนอย่างเด็ดขาดได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ กรณีการตรากฎหมายที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นไปใช้แทนอย่างเด็ดขาดได้ แต่เป็นการมอบอำนาจโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดหลักการสำคัญของกฎหมายฉบับนั้นด้วยตนเอง แต่สำหรับหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดต่าง ๆ นั้นฝ่ายนิติบัญญัติสามารถมอบให้องค์กรอื่น ๆ เป็นผู้กำหนดได้โดยต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ และในปัจจุบันจะพบว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีการมอบอำนาจในการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐองค์กรอื่นไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือแม้กระทั่งองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายได้

ในระบบประชาธิปไตย การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านทางองค์กรต่าง ๆ ย่อมมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชน การใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะต้องใช้เพื่อประโยชน์มหาชนเท่านั้น โดยความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันคือการที่รัฐสภาอันเป็นองค์กรที่มีฐานความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอย่างสูงเพราะเหตุว่าเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยรัฐสภามีอำนาจในการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยเมื่อรัฐสภาตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแล้ว องค์กรฝ่ายบริหารก็จะนำกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นนำมาใช้บังคับแก่ประชาชนเพื่อให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น องค์กรตุลาการอันเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดี โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะต้องดำเนินการไปตามกฎหมายและเมื่อกฎหมายที่ศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาที่เป็นผู้แทนราษฎร จึงมีผลเท่ากับว่าศาลได้พิจารณาพิพากษาวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของราษฎร แต่อย่างไรก็ตามศาลมีดุลพินิจในการวินิจฉัยกฎหมายปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงแล้วชี้ว่าผลในทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร

กล่าวโดยสรุป หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ทำให้การยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแต่มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกจากกัน แม้ว่าจะมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกจากกันแต่การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรเหล่านั้นจะเห็นได้ว่ามีความเกี่ยวพันและเชื่อมโยงไปถึงประชาชน

2.4 นิติวิธีทางกฎหมาย

การที่กฎหมายจัดบรรทัดฐานทางสังคมชนิดหนึ่ง (Social Norms) ในฐานะที่กฎหมายเข้าไปมีส่วนในสังคม โดยใช้เป็นเครื่องมือในการจัดสรรประโยชน์ เข้าไประงับข้อขัดแย้งข้อพิพาท และจัดแบ่งส่วนที่พึงมีพึงได้ให้กับบุคคล ทั้งนี้เพราะกฎหมายแทรกเข้าไปอยู่ในชีวิตและสังคมของคนทั่วไป ดังนั้นการทำความเข้าใจกฎหมายและนิติวิธีของกฎหมาย จึงเป็นเรื่องสำคัญมากเรื่องหนึ่งในทางนิติศาสตร์²³

นิติวิธีทางกฎหมาย หมายถึง หนทาง/แนวทางที่ผู้เกี่ยวข้องในกฎหมายจะทำ ตั้งแต่การเรียนการสอน การใช้ การตีความกฎหมาย และทั้งหมดของกฎหมายให้ถูกต้องเหมาะสม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม²⁴

นิติวิธีทางกฎหมายบอกถึงพื้นฐานและวิถีคิดทางกฎหมาย ทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้นมีพื้นฐานวิถีคิดที่แตกต่างกัน ดังนี้

2.4.1 นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

การที่กฎหมายมหาชน เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะ อำนาจ สิทธิ หน้าที่และผลประโยชน์ส่วนรวมสองส่วน กล่าวคือ ส่วนผู้มีและใช้อำนาจ (รัฐ) อีกส่วนคือผู้ถูกอำนาจนั้นใช้ (ผู้ถูกปกครอง) ย่อมจะเกิดปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหล่านั้น ผู้ถูกผลกระทบจึงควรมีหลักประกันในทางกฎหมายและกฎหมายมหาชนว่าจะมีมาตรการอย่างไร ที่จะสร้างความสมดุลหรือสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้น ในแง่เหตุปัจจัยจึงเกี่ยวข้องกับทั้งกระบวนการของกฎหมาย กล่าวคือ ตั้งแต่การปลูกฝัง การเรียนการสอน การสร้างนักกฎหมายและทัศนคติต่อการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นทางกฎหมายมหาชน จึงมีความหมายกว้างกว่าการใช้การตีความกฎหมาย หากด้วยบทกฎหมายเป็นร่างกาย นิติวิธีก็คือ จิตวิญญาณของกฎหมาย (ที่ชอบธรรม)

ความหมายของนิติวิธีตามกฎหมายมหาชน หมายถึงหลักหรือแบบแผนของการคิดวิเคราะห์หรือการพิจารณาปัญหาอย่างเป็นระบบในเรื่องทางกฎหมายมหาชน ตามแนวทางหรือตามแบบแผนของกฎหมายมหาชน กล่าวอีกแบบหนึ่ง นิติวิธีเป็นหลักวิถีคิดและมองปัญหารวมทั้งแก้ไขปัญหาทางกฎหมายมหาชน ที่เกิดจากการที่คู่กรณีมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน เพราะฝ่ายหนึ่งเป็น “รัฐ” หน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งอยู่ในสถานะสูงกว่า มีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือเอกชน²⁵

²³ จาก *กฎหมายมหาชน แนวประยุกต์* (น. 128), โดย ดิเรก วรรธมาคม, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2552 โดย สำนักพิมพ์วิญญูชน.

²⁴ แหล่งเดิม.

²⁵ แหล่งเดิม.

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ²⁶

2.4.1.1 นิติวิธีหลัก คือ วิธีคิดวิเคราะห์ในทางกฎหมายมหาชนที่เป็นหลักคิดนำมาใช้ก่อนเป็นแบบแผนหลักสำหรับการคิดวิเคราะห์เบื้องต้น นำมาใช้ในการแก้ไขเรื่องต่าง ๆ ทางกฎหมายมหาชน นิติวิธีหลักนี้แบ่งย่อยได้เป็น

ก. นิติวิธีเชิงปฏิเสธ คือ การปฏิเสธที่จะนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงกับปัญหาทางกฎหมายมหาชน ตลอดจนอาจปฏิเสธไม่นำเอาหลักบางประการในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาชญาไปใช้ในการแก้ไขปัญหาทางมหาชน

ข. นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ คือ การคิดวิเคราะห์โดยการสร้างสิ่งใหม่ ๆ ขึ้นมาได้แก่ การสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมาใช้กับกรณีอันเป็นปัญหาที่เกิดขึ้น คล้ายกับการสร้างหลักกฎหมายโดยศาลในแบบ Common Law ทั้งนี้เนื่องมาจากบทบัญญัติที่ใช้อยู่ ไม่มีบทบัญญัตินั้น ๆ ยึดหลักการประสานความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.4.1.2 นิติวิธีประกอบ คือ วิธีคิดวิเคราะห์ในทางกฎหมายมหาชนเพื่อช่วยให้สามารถเข้าถึงนิติวิธีหลักได้รวดเร็วและถูกต้องยิ่งขึ้น กล่าวคือ เป็นการหาทาง/หาหลักต่าง ๆ ที่จะนำมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายมหาชน จึงเปรียบได้กับการเดินออกจากแนวทางนิติวิธีหลักแต่ใช้ทางเดินสำรองหรือทางเดินอ้อม เพื่อให้เกิดผลดีในการใช้การตีความกฎหมายมหาชนนั่นเอง

2.4.2 นิติวิธีทางกฎหมายเอกชน

กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ระหว่างเอกชนต่อเอกชน ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา เป็นการกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ระหว่างเอกชน โดยกฎหมายเอกชนยึดถือหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาหรือเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือว่าคู่สัญญามีความเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงมีอิสระที่จะทำสัญญาต่อกันตามความพอใจ โดยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หมายถึงสัญญาที่มีพื้นฐานจากการตกลงร่วมใจผูกนิติสัมพันธ์กันระหว่างกัน โดยความสมัครใจ ปราศจากการบังคับข่มขู่ ฉ้อฉล หลอกลวง หรือทำให้สำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรมหรือทำให้สำคัญผิดในคุณสมบัติในทรัพย์สินหรือบุคคล ซึ่งทำให้การแสดงเจตนาทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาไม่เป็นการใช้สิทธิทางเลือกโดยอิสระ ดังนั้นเมื่อการทำสัญญาเกิดขึ้นโดยอิสระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว เมื่อเกิดการโต้แย้งสิทธิขึ้น ก็บังคับไปตามสัญญาที่ได้ตกลงกัน อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาโดยอิสระนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามบทบัญญัติมาตรา 149 และมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁶ แหล่งเดิม.

2.5 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

คำว่า “การควบคุม” หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการเยียวยา โดยฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง

“การตรวจสอบ” หมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการกระทำ หรือก่อนมีนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ดี ถูกต้องหรือไม่ ในแง่นี้ การตรวจสอบจึงหมายถึง การควบคุมก่อนการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิด การละเมิดกฎหมายขึ้น

การตรวจสอบนั้นมีหลายรูปแบบ เช่น การโต้แย้งคัดค้าน การปรึกษาหารือ การไต่สวน ทัวไป การให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสาร การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง สิทธิของคู่ความ ที่จะเข้ารับฟังการพิจารณาคดี เป็นต้น

“การเยียวยา” หมายถึง การแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งแสดงให้เห็นในตัวว่าเป็นการควบคุมภายหลังการกระทำโดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด

ดังนั้น “การควบคุมฝ่ายปกครอง” จึงหมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองและการควบคุมจากภายนอก เช่น โดยศาล โดยรัฐสภา หรือโดยองค์กรพิเศษ²⁷

2.5.1 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยจำแนกตามระยะเวลา

การพิจารณาเกี่ยวกับระบบการควบคุมฝ่ายปกครองนั้นอาจจำแนกได้หลายลักษณะ ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาว่าใช้หลักเกณฑ์ใดมาเป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งจำแนกได้ดังนี้²⁸

2.5.1.1 พิจารณาว่าเป็นการป้องกันหรือแก้ไข ซึ่งหากใช้เกณฑ์นี้อาจแยกการควบคุมออกเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันและการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข

2.5.1.2 พิจารณาจากช่วงเวลาการควบคุม หากใช้เกณฑ์นี้อาจแยกการควบคุมออกเป็นการควบคุมในระหว่างกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองกับการควบคุมภายหลังจากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว

²⁷ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 288). เล่มเดิม.

²⁸ จาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 65), โดย บรรณเจ็ด สิงคะเนติ ก, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2548 โดย สำนักพิมพ์วิญญูชน.

2.5.1.3 พิจารณาจากองค์กรที่ควบคุม หากใช้หลักเกณฑ์นี้ อาจแยกการควบคุมออกเป็น การควบคุมโดยรัฐสภา การควบคุมโดยองค์กรอิสระและการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

2.5.1.4 พิจารณาจากลักษณะขององค์กรที่ควบคุม หากใช้เกณฑ์นี้อาจแยกการควบคุม ออกเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองและการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

2.5.1.5 พิจารณาจากผู้ริเริ่มเสนอเรื่องให้ทำการควบคุม หากใช้เกณฑ์นี้อาจแยก การควบคุมออกเป็นการควบคุมโดยประชาชนและการควบคุมโดยฝ่ายค้าน

2.5.1.6 พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการควบคุม หากใช้เกณฑ์นี้ อาจแยกการควบคุม ออกเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์และ การควบคุมทางการคลัง

2.5.1.7 พิจารณาจากลักษณะของการควบคุม หากใช้เกณฑ์นี้อาจแยกการควบคุม ออกเป็น การควบคุมแบบภววิสัย (Objective) และการควบคุมแบบอัตวิสัย (Subjective) หรือ อาจแยกเป็นการควบคุมที่เป็นแบบพิธี (Formlich) กับการควบคุมที่ไม่เป็นแบบพิธี (Nichtformlich)

2.5.1.8 พิจารณาจากผลบังคับของการควบคุม หากใช้เกณฑ์นี้อาจแยกผลของการ ควบคุมออกเป็นการแจ้งให้ทราบ การดำเนิน การยกเลิก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงและการวินิจฉัยแทน

เพื่อให้การพิจารณาระบบการควบคุมฝ่ายปกครองครอบคลุมลักษณะการควบคุม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในที่นี้จะอาศัยเกณฑ์ในการควบคุมที่แยกออกเป็นการควบคุมฝ่าย ปกครองแบบป้องกัน และการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขเป็นพื้นฐานการจำแนกและ นำลักษณะการควบคุมแบบอื่น ๆ มาจัดระบบให้อยู่ภายใต้ระบบดังกล่าว

ก. การควบคุมแบบป้องกัน

เป็นการควบคุมไม่ให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือทำให้ เสียหายแก่สิทธิของประชาชนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเรียกการควบคุมแบบนี้ว่า “การควบคุมแบบป้องกัน” เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งแต่เริ่มดำเนินการรับเรื่อง สืบหาข้อเท็จจริง ปรับข้อเท็จจริง ที่ยุติเข้ากับข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ จนถึงขั้นตอนการวินิจฉัยและออกนิติกรรมทางปกครอง เช่น คำสั่งหรือใบอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำทุกขั้นตอนโดยชอบด้วย กฎหมายสารบัญญัติและชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติทางปกครอง²⁹

²⁹ จาก การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 13), โดย ไพรัช โดสสวัสดิ์, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2547 โดย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ข. การควบคุมแบบแก้ไข

เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองมาแล้ว หากกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประชาชนสามารถร้องเรียนขอให้ตรวจสอบการกระทำทางปกครองนั้นได้ ซึ่งเรียกว่า “การควบคุมแบบแก้ไข” ซึ่งได้แก่ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในของฝ่ายปกครอง ประการหนึ่งและการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายนอกฝ่ายปกครอง อีกประการหนึ่ง เช่น โดยที่ใช้อำนาจตุลาการหรือศาลควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย สารบัญญัติและวิธีสบัญญัติของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนการควบคุมตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครองนั้นจะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ เนื้อหาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง³⁰

2.5.2 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยจำแนกประเภทตามองค์กร

2.5.2.1 การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง หมายถึง การควบคุมที่ดำเนินการ โดยองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง โดยยังไม่มีองค์กรภายนอกอื่น ๆ เช่น องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งปกติแล้วองค์กรภายในฝ่ายปกครองก็สามารถควบคุมการกระทำทางปกครองได้ ทั้งโดยอาศัย “การบังคับบัญชา” และโดยอาศัย “การกำกับดูแล”³¹ กล่าวคือ

ก. การควบคุมโดยอาศัยการบังคับบัญชา (Controle Hierarchique)

การบังคับบัญชา คือ มาตรการหนึ่งของการรวมอำนาจบริหาร (Centralization) ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางด้วยกันเอง ในรูปของสายการบังคับบัญชา (Hierarchie) กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนเอง ทำการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่าง ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา หากเห็นว่ากระทำใดของผู้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจที่จะสั่งการ (Pouvoir d'instruction) ให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการต่าง ๆ ไปในทิศทางเดียวกัน นอกจากนี้ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจการเพิกถอน (Pouvoir d'annulation) รวมทั้งมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง (pouvoir de

³⁰ แหล่งเดิม.

³¹ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง (น. 34). เล่มเดิม.

modification) และมีอำนาจที่จะสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ได้บังคับบัญชา (pouvoir de substitution) ได้อีกด้วย

นอกจากนี้ ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาตัวผู้ได้บังคับบัญชาอีกด้วย หมายความว่า การที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจบังคับบัญชาของตนเพื่อกระทำการต่าง ๆ เกี่ยวกับสถานภาพของผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งอำนาจการควบคุมของผู้บังคับบัญชาในกรณีดังกล่าวนี้มี 3 ประการด้วยกัน คือ อำนาจที่จะลงโทษทางวินัย อำนาจที่จะโยกย้ายหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น และอำนาจที่จะเลื่อนขั้นเงินเดือน

ข. การควบคุมโดยอาศัยการกำกับดูแล (Tutelle Administrative)

การกำกับดูแล คือ มาตรการหนึ่งของการกระจายอำนาจบริหาร (Decentralization) ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรนิติบุคคล 2 องค์กรด้วยกัน นั่นคือ “องค์กรกระจายอำนาจ” กับ “รัฐ”

แต่หากจะพิจารณาถึงเนื้อหาสาระแล้วอาจกล่าวได้ว่า การกำกับดูแลเป็นการควบคุมโดยรัฐหรือตัวแทนของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวมในเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย โดยการใช้อำนาจควบคุมเหนือการกระทำและเหนือบุคคลขององค์กรกระจายอำนาจตามกฎหมายมหาชน

จากที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า ในการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยอาศัยการกำกับดูแลจากองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลอาจใช้อำนาจกำกับดูแลของตน ควบคุมทั้งตัวการกระทำทางปกครองของผู้อยู่ใต้การกำกับดูแลและตัวผู้อยู่ใต้การกำกับดูแลที่ได้กระทำการอันเป็นการกระทำทางปกครองได้ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าการควบคุมการกระทำทางปกครองในกรณีเช่นนี้ องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลจะสามารถใช้อำนาจกำกับดูแลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยเฉพาะเท่านั้นและจะใช้อำนาจควบคุมเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้ไว้ไม่ได้ (Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà de texte) อีกทั้งองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลจะสามารถใช้อำนาจกำกับดูแลได้ก็เฉพาะแต่เพื่อควบคุม “ความชอบด้วยกฎหมาย” ไม่ใช่ควบคุม “ความเหมาะสม” อันเป็นหลักการและเหตุผลของ “การกระจายอำนาจ”

2.5.2.2 การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

การกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง นอกจากจะถูกควบคุมโดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครองด้วยกันเองแล้วยังอาจถูกควบคุมโดยองค์กรอื่น นอกจากองค์กรภายในของฝ่ายปกครองได้เช่นกัน ซึ่งการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรอื่นนอกจากองค์กรภายใน

ของฝ่ายปกครองที่สำคัญ ๆ ได้แก่ การควบคุมโดยทางการเมืองและการควบคุมโดยองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาล³²

ก. การควบคุมโดยทางการเมือง (Controle Politique)

การควบคุมการกระทำในทางปกครองที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยทางการเมืองนี้อาจกระทำโดยอาศัยความกดดันในทางการเมืองต่าง ๆ เช่น มติมหาชน หนังสือพิมพ์ กลุ่มพลังการเมืองต่าง ๆ เป็นต้น หรือโดยการแทรกแซงโดยตรงจากรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีเองก็ได้

การควบคุมโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการควบคุมโดยวิธีทางการเมืองซึ่งรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาจะเปิดโอกาสให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินขององค์กรฝ่ายบริหารทั้งของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแต่ละคนได้หลายวิธีด้วยกัน เช่น การตั้งกระทู้ถาม การตั้งคณะกรรมการเพื่อทำการสอบสวนหรือการยื่นญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล

ข. การควบคุมโดยองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาล

การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลนั้น โดยทั่วไปเป็นกรณีที่กฎหมายให้สิทธิแก่ราษฎรผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย เดือดร้อนเนื่องจากการกระทำทางปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่า การกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้น เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอนการกระทำนั้นหรือไม่ให้การกระทำนั้นบังคับแก่กรณีของตน หรือขอให้บังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน แล้วแต่กรณี

ค. การควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้มีระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกเพิ่มขึ้น ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี³³

(1) การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น

³² จาก *นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 66), โดย ชีระ สุธีวรารังกูร, 2541, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2541 โดย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 244.

(2) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

(3) การตรวจสอบการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ไม่รวมถึงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล

(4) กรณีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ คำสั่งหรือการกระทำใดของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้³⁴

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดินนั้น เนื่องจากผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด คงมีแต่อำนาจหน้าที่รายงานสรุปข้อเท็จจริง พร้อมทั้งความเห็นและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขส่งให้หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นต้นเหตุแห่ง “ทุกข์” หรือความเดือดร้อนหรือเสียหายของราษฎรเพื่อทราบหรือพิจารณาดำเนินการต่อไปเท่านั้น ดังนั้นจึงมีประสิทธิภาพน้อยเป็นเพียงการเสริมระบบการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลเท่านั้น

นอกจากนั้นยังมีข้อที่น่าพิจารณาว่าหากพิจารณาแง่วัตถุประสงค์แห่งการควบคุม โดยเฉพาะการควบคุมเหนือ “การกระทำ” แล้ว การกระทำถือว่าเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง และโดยที่การกระทำของฝ่ายปกครองมีขอบเขตกว้างขวาง ซึ่งในเบื้องต้นอาจแยกจากพื้นฐานของกฎหมาย โดยแยกออกเป็นการกระทำในขอบเขตของกฎหมายเอกชนกับการกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชน การกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชนยังอาจแบ่งแยกออกเป็นการกระทำในลักษณะที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (der Realakt) และการกระทำซึ่งเป็น “การกระทำในทางกฎหมาย” (Rechtsakte)

การกล่าวถึงการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น มักจะมุ่งหมายถึงการควบคุมการกระทำที่เป็น “การกระทำในทางกฎหมาย” เพราะการกระทำในทางกฎหมายเป็นการกระทำ

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245.

ที่จะต้องอาศัยเจตจำนงของบุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่แทนรัฐกระทำการ ในลักษณะที่เรียกว่าเป็นการกระทำในทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เองการควบคุมการกระทำในลักษณะนี้จึงสามารถควบคุมความชอบด้วยกฎหมายหรือความสมบูรณ์ของการกระทำในลักษณะดังกล่าวได้ ส่วนการกระทำที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (Realakt) นั้น เมื่อมีปฏิบัติการทางปกครอง ใดๆ ใดอย่างหนึ่งไปแล้ว กรณีย่อมไม่มีปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์ของการกระทำนั้น ใดๆ แต่อย่างไรก็ตาม คงมีปัญหาเพียงว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” ดังกล่าวจะเป็นการละเมิดหรือไม่ หากกล่าวโดยสรุปการกระทำที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” จึงไม่มีประเด็นปัญหาเรื่องการควบคุม แต่เมื่อปฏิบัติการทางปกครอง ใดๆ ใดอย่างหนึ่งไปแล้วและก่อให้เกิดความเสียหาย กรณีคงมีเฉพาะประเด็นปัญหาเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้จะต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบหรือไม่ เพียงใด³⁵

2.6 หลักเกณฑ์การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แบ่งออกเป็น 2 ประการ ได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และการควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ หรือการควบคุมความเหมาะสม

2.6.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

การควบคุมฝ่ายปกครองนั้นถือว่า “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย” เป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพราะ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เองการควบคุมฝ่ายปกครอง ทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็น การควบคุมภายในฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่ดี หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น การควบคุมทางการเมืองที่ดี การควบคุมโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ ก็ดี รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการที่ดี ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้เองจึงถือได้ว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย เป็นแกนกลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง เกณฑ์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอาจแบ่งเกณฑ์พิจารณาได้ 2 เกณฑ์³⁶ คือ

³⁵ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (น. 17-18). เล่มเดิม.

³⁶ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 34). เล่มเดิม.

2.6.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบ

การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นการกระทำในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของคำสั่งทางปกครอง จะต้องพิจารณาเกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ กระบวนการและแบบของการกระทำ ดังนี้

ก. เกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

นิติกรรมทางปกครองจะต้องออกโดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเรื่องนั้น³⁷ โดยข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ หมายถึง เจ้าหน้าที่คนใดมีหน้าที่จะต้องดำเนินการในเรื่องนั้น ในการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่อาจแยกพิจารณาออกเป็นอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหา กับอำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่³⁸

1. อำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหา เกณฑ์ในการกำหนดอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหาถือการพิจารณาจากภารกิจของเจ้าหน้าที่ โดยพิจารณาว่าเป็นอำนาจหน้าที่ในขอบเขตของหน่วยงานใดและอำนาจหน้าที่นั้นเป็นของเจ้าหน้าที่ระดับใด หลังจากทราบแล้วว่าอำนาจหน้าที่นั้นอยู่ที่หน่วยงานใด ประการต่อมาจะต้องพิจารณาว่าอำนาจหน้าที่นั้น เจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น กล่าวคือ เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือระดับต่ำ

2. อำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่ เป็นการพิจารณาว่า ความมุ่งหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นอยู่ในขอบเขตของพื้นที่ที่เจ้าหน้าที่นั้น ๆ มีอำนาจหรือไม่ หากการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นมิได้อยู่ในเขตพื้นที่ของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ เจ้าหน้าที่ก็ไม่มีอำนาจที่กระทำในเรื่องดังกล่าวได้

แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจตามกฎหมายแล้วก็ตาม ยังมีได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจออกคำสั่งได้โดยชอบ กรณีนี้ก็ต้องตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองมีปัญหาเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางหรือไม่ โดยกฎหมายได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่เป็นกลางไว้ 2 หลัก คือ

1. หลักความไม่เป็นกลางโดยผลของกฎหมาย คือ กรณีที่มีความสัมพันธ์พิเศษในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁹

³⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1 (น. 46), โดย มานิตย์ จุมปา ก, 2549, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ลิขสิทธิ์ 2549 โดย สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 2 โดยได้รับอนุญาต.

³⁸ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 34-35), เล่มเดิม.

³⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13.

2. หลักความไม่เป็นกลางโดยพฤตินัย กรณีนี้เป็นกรณีที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องว่าเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองนั้นมีเหตุ ซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางหรือไม่ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁴⁰

ข. เกณฑ์ในเรื่องของกระบวนการขั้นตอน

หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ โดยหลักพื้นฐานแล้วในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนนั้น มักเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามมีกระบวนการขั้นตอนบางประการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด หากไม่ดำเนินการตามที่กำหนดอาจส่งผลให้การกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น หลักการยื่นคำร้อง หลักการรับฟังความบุคคลที่เกี่ยวข้อง หลักการปรึกษาหรือการขอความเห็นชอบจากหน่วยงานอื่น เป็นต้น หลักต่าง ๆ เหล่านี้เป็นหลักการที่กำหนดในเรื่องของกระบวนการขั้นตอนโดยตรงเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครอง⁴¹

1. หลักการยื่นคำร้อง หลักนี้เป็นหลักที่ใช้ในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นกรณีอนุญาต อนุมัติทั้งหลาย เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการอนุญาตหรืออนุมัติก็ต่อเมื่อมีการยื่นคำร้องมาจากบุคคลที่เกี่ยวข้องก่อน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะสามารถพิจารณาอนุญาตหรืออนุมัติตามคำร้องขอ นั้นได้ การมีคำสั่งอนุญาตหรืออนุมัติโดยไม่มีคำร้องขอย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดเงื่อนไขให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีการกำหนดเงื่อนไขไว้แตกต่างกัน

2. หลักการรับฟังความบุคคลที่เกี่ยวข้อง หลักการรับฟังความบุคคลที่เกี่ยวข้อง เป็นหลักการสำคัญที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงความเสมอภาคในการพิจารณาทางปกครอง หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน” หากในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ให้คู่กรณีมีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงและคู่กรณี

⁴⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 16.

⁴¹ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 36-40). เล่มเดิม.

ไม่มีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาทางปกครองและหากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ไปกระทบสิทธิของคู่กรณี ในกรณีเช่นนี้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจมีความบกพร่องในแง่ของการไม่ดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะขั้นตอนดังกล่าวเป็นขั้นตอนที่สำคัญในการพิจารณาทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ไม่ดำเนินการโดยเริ่มขั้นตอนนี้อย่อมมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองได้

3. หลักการปรึกษาหารือหรือขอความคิดเห็นจากหน่วยงานอื่น หลักในเรื่องนี้แยกออกเป็น 2 เรื่อง คือ หลักการปรึกษาหารือกับหลักการขอความเห็นชอบจากหน่วยงานอื่นก่อนที่มีคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้นการที่หน่วยงานทางปกครองออกมาตรการทางปกครองอันใดอันหนึ่งไปโดยมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่ของรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้

ค. แบบของการกระทำ

แบบของการกระทำเป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะส่งผลทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ กฎหมายที่กำหนดในเรื่องของแบบของการกระทำ อาจแบ่งออกเป็นกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องและกฎหมายปกครองกลาง ซึ่งหมายถึงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั่นเอง

สำหรับข้อพิจารณาในเรื่องแบบของคำสั่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีที่กฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องได้กำหนดให้ออกคำสั่งเป็นหนังสือโดยกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องดังกล่าวนี้มีได้กำหนดรายละเอียดว่า คำสั่งทางปกครองนั้น ๆ จะต้องมีสาระสำคัญอย่างไร ในส่วนนี้เองที่จะต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาประกอบการพิจารณา กล่าวคือ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 36 โดยมีสาระสำคัญดังนี้ คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยต้องระบุวัน เดือนและปีที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น⁴²

ง. หลักการให้เหตุผล

การให้เหตุผลถือว่าเป็นสาระสำคัญในส่วนของวิธีบัญญัติประการหนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ไม่มีการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติได้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดหลักทั่วไป นิติกรรมทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยื่นยันนิติกรรมทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย เหตุผลที่ให้นี้ต้องประกอบด้วย 1) ข้อเท็จจริง

⁴² แหล่งเดิม.

อันเป็นสาระสำคัญ 2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง 3) ข้อพิจารณาและสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ แต่บางกรณีก็ได้รับการยกเว้นว่าไม่ต้องให้เหตุผล เช่น เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่ต้องระบุมีก หรือนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาแล้วมีผลโดยตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น⁴³ และกรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควร หากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 37 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 37 วรรคสอง ยังได้บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุมเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้ ต่อมา มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ต้องระบุมเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง โดยประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและยื่นยื่นคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือในกรณีดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องระบุมเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งตามมาตรา 37 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁴⁴

(1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของกลุ่มกรณี เช่น การไม่รับคำขอไม่อนุญาต ไม่อนุมัติ ไม่รับรอง ไม่รับอุทธรณ์หรือไม่รับจดทะเบียน

(2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาต เพิกถอนการอนุมัติ เพิกถอนการรับรอง หรือเพิกถอนการรับจดทะเบียน

(3) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ

(4) คำสั่งทางปกครองที่เป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์

(5) คำสั่งยกเลิกการสอบราคา การประกวดราคาหรือการประมูลราคาที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว

วรรคสุดท้ายของประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวยังกำหนดว่าความที่กล่าวมาแล้วซึ่งหมายถึงการที่เจ้าหน้าที่อาจไม่อนุญาตให้ตรวจดูเอกสารหรือพยานหลักฐานได้ ถ้าเป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับ

⁴³ คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1 (น. 48). เล่มเดิม.

⁴⁴ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 42-43). เล่มเดิม.

2.6.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา มีหลักเกณฑ์ดังนี้⁴⁵

ก. คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย รวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปด้วย กรณีย่อมเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้น ๆ นอกเหนือจากจะไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ นอกจากนี้ยังจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายทั่วไปด้วย หลักที่ห้ามมิให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองขัดแย้งกับกฎหมายนี้เรียกว่า “หลักความมาก่อนของกฎหมาย” (Grundsatz des Vorrang des Gesetzes) หลักการนี้เป็นหลักที่เรียกร่องในทางปฏิเสหที่ห้ามมิให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองไปขัดแย้งกับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง

ข. กฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้นอกเหนือจากจะต้องตรวจสอบว่าการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่แล้ว ซึ่งเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า “หลักเงื่อนไขของกฎหมาย” (der Grundsatz der Vorbehalter des Gesetzes) กล่าวคือ การที่จะออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่อาจกระทบสิทธิของบุคคล เงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งคือจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นด้วย กรณีมิได้หมายความว่า เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองแล้ว จะถือว่าคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย กรณียังต้องตรวจสอบต่อไปว่ากฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ มีกรณีที่ต้องตรวจสอบดังนี้ ประการแรก หากกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นเป็นพระราชบัญญัติจะต้องตรวจสอบว่าพระราชบัญญัตินั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประการที่สอง หากกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นเป็น “กฎหมายลำดับรอง” จะต้องตรวจสอบว่า “กฎหมายลำดับรอง” นั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งต้องตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองที่ออกโดยอำนาจตามกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายระดับ

⁴⁵ แหล่งเดิม.

พระราชบัญญัติย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

ค. คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องไม่มีข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจ (Ermessensfehlerfreiheit) ในกรณีที่ถูกกฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอิสระในการเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่อยู่ในส่วนของผลของกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า “ดุลพินิจ”⁴⁶ เจ้าหน้าที่ก็จะต้องใช้ดุลพินิจนั้นในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนดย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การใช้ดุลพินิจที่เป็นความบกพร่องของกฎหมายอาจแยกออกได้ดังนี้ (1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด (Ermessensuberschreitung) (2) การไม่ใช้ดุลพินิจ (Ermessennichtgebrauch) (3) การใช้ดุลพินิจโดยขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Ermessensmissbrauch) และ (4) การใช้ดุลพินิจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (Verstoß Gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze)

ง. คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน เป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้รับคำสั่งหรือต่อบุคคลอื่น การพิจารณาในทางเนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นเป็นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ ความสัมพันธ์หรือเรียกว่าพิจารณาถึง “ความเหมาะสม” “ความจำเป็น” และ “ความสมดุลระหว่างที่ถูกระทบกับผลที่ได้รับ” จากการกระทำนั้น ๆ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. มาตรการที่มีความเหมาะสม หมายถึง มาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดนั้นได้
2. มาตรการที่จำเป็น หมายถึง มาตรการที่มีความเหมาะสมดังกล่าวข้างต้น อันเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบสิทธิต่อบุคคลได้น้อยที่สุด
3. มาตรการที่สมดุล หมายถึง มาตรการที่มีความเหมาะสมและจำเป็นดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นมาตรการที่เมื่อพิจารณาผลกระทบกับผลที่ได้รับแล้วอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผล

⁴⁶ จาก พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 165), โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ข, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

จ. หลักความแน่นอนชัดเจน (der Grundsatz der Bestimmtheit) หลักนี้เป็นหลักที่เรียกร้องโดยตรงต่อคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองจะต้องมีความแน่นอน ชัดเจน เพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทราบว่าเจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด หลักความแน่นอนชัดเจนนี้มีผลมาจากลักษณะของคำสั่งทางปกครอง เพราะคำสั่งทางปกครองนั้นมีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย (konkret-individuelle) ด้วยเหตุนี้เจ้าหน้าที่จะต้องทำให้ลักษณะทั่วไปของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่สามารถทราบได้แน่ชัดว่าใครคือผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ดีหรือไม่สามารถทราบเจตนาของเจ้าหน้าที่ได้ว่าเจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ฉ. เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ เงื่อนไขในกรณีนี้มีผลมาจากตรรกะในทางกฎหมายและจากข้อจำกัดในทางข้อเท็จจริง โดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในทางข้อเท็จจริงก็ดีหรือในทางกฎหมายก็ดีเป็นการกระทำที่อาจบรรลุความมุ่งหมายตามคำสั่งนั้นได้

2.6.2 การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือการควบคุมความเหมาะสม

ในขณะที่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแบ่งเกณฑ์ในการตรวจสอบออกเป็นความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติและความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ ซึ่งหากแยกลักษณะของกระบวนการในการใช้กฎหมายอาจแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายและส่วนผลของกฎหมาย การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายย่อมครอบคลุมทั้งในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายและในส่วนของผลของกฎหมาย แต่ในขณะที่การควบคุมความเหมาะสมจะเกิดได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่า 1 ทางเลือก เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด สำหรับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง ดังนั้นจึงอาจแยกลักษณะผลของกฎหมายได้ 2 ลักษณะคือ ผลของกฎหมายที่มีลักษณะผูกพันเจ้าหน้าที่และผลของกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่เลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมได้ ซึ่งการเลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งเรียกว่า “ดุลพินิจ”⁴⁷

⁴⁷ แหล่งเดิม.

2.7 การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นปัญหาสำคัญในกฎหมายปกครอง เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดว่าฝ่ายปกครองต้องกระทำการอย่างไรได้ทุกเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

2.7.1 ความหมายและลักษณะของดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในประเทศอังกฤษ S.A. de Smith และ J.M. Evans อธิบายว่า “ดุลพินิจหมายถึงอำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมไม่ใช่การใช้ดุลพินิจแต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่”⁴⁸

นักกฎหมายสหรัฐอเมริกา โดย Kenneth C. Davis กล่าวว่า “เจ้าพนักงานของรัฐมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระในระหว่างทางเลือกกระทำการเป็นไปตามหลายทางหรือทางที่จะไม่กระทำ”⁴⁹

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์ กล่าวสรุปคำอธิบายของนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสว่า “อำนาจดุลพินิจคือความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร”⁵⁰

ศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสากววงศ์ ได้สรุปคำอธิบายของ Vgl.G.Puttner นักกฎหมายชาวเยอรมันว่า “ดุลพินิจฝ่ายปกครองย่อมหมายถึงการที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติ

⁴⁸ From *Judicial Review of Administrative Action* (p. 278), by S.A. de Smith and J.M. Evan, 1980, London: Stevens ons. Copyright 1980 by Stevens ons.

⁴⁹ From *Administrative Law Text*, 3rd ed.. (p. 91), by Kenneth C.Davis, 1972, N.P.: West Publishing. Copyright 1972 by West Publishing Co.Ltd.

⁵⁰ จาก “การควบคุมการใช้ดุลพินิจการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” โดย วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์, 2534, *บทบัญญัติ*, 47(1), น. 53. ลิขสิทธิ์ 2534 โดย สำนักงานศาลยุติธรรม.

หรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย”⁵¹

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด จะใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ นอกจากนี้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น ในเรื่องหลักความเสมอภาคและหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ภายใต้หลักความเสมอภาคในเรื่องการวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เมื่อฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และได้ออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ประชาชนคนใดไปแล้ว ย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การจะเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่ออกให้ใหม่จะต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษภายใต้หลักความสมควรแก่เหตุ (Übermassverbot) หรือหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์จะต้องเหมาะสม จำเป็นและได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ⁵²

อำนาจที่กฎหมายให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งนั้นส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจที่ประกอบด้วยอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจผสมกันไป บางกรณีกฎหมายบัญญัติว่าเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องออกคำสั่งซึ่งเป็นอำนาจผูกพัน แต่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าไม่ควรจะออกคำสั่งอย่างไรในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกออกได้ ซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจ

เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรของฝ่ายปกครองใดองค์กรหนึ่งออกคำสั่งขาดความแน่นอนชัดเจนเมื่อนั้นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นย่อมมีดุลพินิจ

ถ้าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจแล้ว ศาลก็มีอาจก้าวล่วงเข้ามาวินิจฉัยแทนได้เพราะเป็นอำนาจโดยแท้จริงของฝ่ายปกครอง ซึ่งตามหลักนิติรัฐฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจโดยอิสระมิได้ ดุลพินิจจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายให้อำนาจไว้

ในการออกกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถออกกฎหมายให้ชัดเจนทุกกรณีได้ จึงเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นรายกรณีไปได้ แต่ขณะเดียวกันถ้าฝ่ายบริหาร

⁵¹ จาก “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 2534, *บทบัญญัติ*, 47(1), น. 53. ลิขสิทธิ์ 2534 โดย สำนักงานศาลยุติธรรม.

⁵² จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1* (น. 573-574), โดย มานิตย์ จุมปา ข, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2554 โดย สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. พิมพ์ครั้งที่ 3 โดยได้รับอนุญาต.

ใช้อำนาจดุลพินิจเกินกรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ก็จะมีองค์การที่มีอำนาจควบคุมเข้ามาตรวจสอบได้ แต่ถ้าอยู่ในกรอบแล้วองค์กรหรือศาลไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้และเมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยและคำวินิจฉัยถึงที่สุดแล้ว อำนาจเช่นนี้เรียกว่า “ดุลพินิจ” แต่ถ้าส่วนใดที่ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ ไม่เรียกว่าดุลพินิจ แต่ถือว่ามีอำนาจตัดสินใจสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอำนาจนี้อาจไม่ใช่ดุลพินิจก็ได้⁵³

2.7.2 ประเภทของดุลพินิจ

การพิจารณาลักษณะหรือประเภทของดุลพินิจอาจพิจารณาได้จากขั้นตอนของการใช้กฎหมายหรือพิจารณาจากลักษณะของการใช้ดุลพินิจ หรือพิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรืออยู่ในส่วนผลของกฎหมาย โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้⁵⁴

2.7.2.1 ประเภทของดุลพินิจโดยพิจารณาจากขั้นตอนของการใช้กฎหมาย การพิจารณาดุลพินิจประเภทนี้อาจแยกออกเป็นดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ กับดุลพินิจในการเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด

ก. ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่กฎหมายมิได้กำหนดผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ กฎหมายปล่อยให้เป็นการอิสระของฝ่ายปกครองที่จะกำหนดว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการหรือไม่ และหากกระทำการแล้วจะเลือกผลในทางกฎหมายอย่างไร

ข. ดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นกรณีที่เมื่อเกิดข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว กฎหมายได้กำหนดมาตรการในการให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่เหมาะสมเพื่อใช้บังคับกับกรณีนั้น ๆ ให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

2.7.2.2 ดุลพินิจที่พิจารณาจากลักษณะของการใช้ดุลพินิจ การพิจารณาดุลพินิจประเภทนี้อาจแยกดุลพินิจออกเป็นการใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะรายและการใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป

ก. การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย เป็นความมุ่งหมายจะให้เกิดความยุติธรรมในแต่ละกรณี ซึ่งในแต่ละกรณีอาจมีความแตกต่างในรายละเอียดของแต่ละเรื่องไม่เหมือนกัน ในสภาพเหล่านี้ ในด้านหนึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ในอีก

⁵³ กฎหมายปกครอง (น.215-216). เล่มเดิม.

⁵⁴ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 55-63). เล่มเดิม.

ด้านหนึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงในกรณีนั้น ๆ หลังจากนั้นจึงพิจารณาหาทางออกที่ถูกต้องเหมาะสม สำหรับกรณีของข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้นในกรณีนี้เบื้องต้นเจ้าหน้าที่จะต้องทราบว่าอะไรคือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายได้ให้อำนาจให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในเรื่องนั้น ๆ และประการต่อมาคือเงื่อนไขของการใช้อำนาจดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขไว้อย่างไร หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาและวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อพิจารณาดังกล่าว

ข. การใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป โดยทั่วไปแล้ว เรื่องดุลพินิจเป็นเรื่องที่จะต้องใช้กับข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามกรณีย่อมมีความเป็นไปได้ว่า เจ้าหน้าที่ในระดับหัวหน้าอาจกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจให้แก่บรรดาเจ้าหน้าที่ในบังคับบัญชาของตน เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นเอกภาพ ความผูกพันของการใช้ดุลพินิจในลักษณะดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลดีต่อหลักความเสมอภาค การใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป เป็นการใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่สามารถจำแนกประเภทของข้อเท็จจริงนั้น ๆ ได้ แต่ไม่อาจนำมาใช้กับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะ

2.7.2.3 ประเภทของดุลพินิจที่พิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรืออยู่ในส่วนผลของกฎหมาย

การพิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรืออยู่ในส่วนผลของกฎหมาย อาจแยกดุลพินิจได้ดังนี้⁵⁵

ก. ดุลพินิจตัดสินใจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อบำบัดการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตามสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร

ข. ดุลพินิจวินิจฉัย คือ กรณีที่ใช้ถ้อยคำของกฎหมายที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัวโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อยคำที่แสดงออกซึ่งความคิดเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคลและสรรพสิ่งพรรณนาข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องแสดง

⁵⁵ จาก “การกระทำทางปกครอง,” โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2545, *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ*, น. 202. ลิขสิทธิ์ 2545 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ให้เห็นได้โดยปริยายว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์จะปล่อยให้การวินิจฉัยปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องเป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจอยู่ในดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

2.7.3 การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปรับใช้อำนาจของตนให้สอดคล้องและยืดหยุ่นเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะเรื่อง อำนาจดุลพินิจจึงไม่ใช่อำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่นนี้ จึงมีการควบคุมการใช้ดุลพินิจได้ เพราะหากไม่ให้มีการควบคุมการใช้ดุลพินิจ อำนาจดุลพินิจก็ไม่ต่างไปจากอำเภอใจกล่าวอีกนัยหนึ่ง เพราะเหตุที่มีการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทำให้อำนาจดุลพินิจแตกต่างไปจากอำเภอใจ⁵⁶

2.7.3.1 การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง สามารถควบคุมได้ทั้งความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจและความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจ

2.7.3.2 การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองโดยศาล

จากหลักการพื้นฐาน รัฐย่อมปกครองโดยกฎหมาย (The Rule of Law) หรือบางครั้งอาจเรียกว่ากฎหมายเป็นใหญ่ (The Supremacy of Law) หรือ นิติรัฐ (The Legal State) ทุกองค์กรของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมาย ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาฝ่ายปกครองกระทำการถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ดี “ความชอบด้วยกฎหมาย” มิได้หมายความว่าเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงปัญหาข้อเท็จจริงด้วย ท่านประธานศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเบอร์เกอร์กล่าวว่า “ดุลพินิจย่อมต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือไม่เป็นดุลพินิจโดยทุจริต” ดังนั้นดุลพินิจทั้งสิ้นของฝ่ายปกครองย่อมถูกตรวจสอบควบคุมได้ เว้นแต่มีบทบัญญัติชัดเจนไม่ให้ตรวจสอบ⁵⁷

โดยหลักแล้วศาลปกครองจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ศาลจะเข้าไปตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจ คือ ศาลจะตรวจว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ถ้าเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

⁵⁶ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น. 585). เล่มเดิม.

⁵⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง(ภาคทั่วไป) (น.469), โดย จิรนิติ หะวานนท์, 2554, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2554 โดย สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ศาลจะสั่งเพิกถอนการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าว แต่ถ้าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หากแต่เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม ศาลปกครองจะไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เพราะหากให้ศาลปกครองเข้าไปพิจารณาในเรื่องความเหมาะสมได้ ศาลปกครองจะกลายเป็นผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครองไป⁵⁸

แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจไม่เหมาะสมจนถึงขนาดอันเป็นการขัดต่อหลักการใช้ดุลพินิจ ศาลปกครองอาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้และอาจสั่งเพิกถอนการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นของฝ่ายปกครองได้

สำหรับหลักการที่ศาลปกครองจะใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งหากการใช้อำนาจดุลพินิจใดของฝ่ายปกครองขัดต่อหลักความได้สัดส่วน การใช้อำนาจนั้นย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ชอบ ศาลปกครองย่อมก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบได้

หลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ ที่สำคัญ 3 หลักการ คือ⁵⁹

ก. หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือ คำสั่งที่ออกจากการใช้ดุลพินิจต้องเหมาะสมกับการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กฎหมายให้ดุลพินิจในการเลือกออกคำสั่งได้หลายอย่าง เช่น ฝ่ายปกครองเลือกออกคำสั่งประกาศให้เนื้อสุกรเป็นสินค้าควบคุม แต่เมื่อประกาศแล้วทำให้ราคาสูงขึ้น จึงผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการป้องกันการค้ากำไรเกินควร กรณีเช่นนี้เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม

ข. หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) คือ ฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด (คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย) ตัวอย่างเช่น มีผู้จะมาพูดในที่สาธารณะ แต่มีผู้ที่ต่อต้านความคิดเห็นของคนที่จะมาพูด ฝ่ายปกครองกลัวว่าจะเกิดความวุ่นวายจึงออกคำสั่งห้ามไม่ให้มาพูด ทั้ง ๆ ที่สามารถจัดเจ้าหน้าที่ป้องกันเหตุวุ่นวายได้ เช่นนี้เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ขัดต่อหลักแห่งความจำเป็น

ค. หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) หลักนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่อยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุดและในขณะเดียวกัน

⁵⁸ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น. 587-588). เล่มเดิม.

⁵⁹ จาก “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน,” โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, น. 103-108. ลิขสิทธิ์ 2540 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ก็ก่อความเสียหายแก่ประชาชนหรือรัฐแล้วแต่กรณีน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งซึ่งหากได้ลงมือปฏิบัติแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่ตกแก่ประชาชนหรือรัฐ ตัวอย่างเช่น กรณีตัดถนนผ่านบ้านเรือนจำนวนมาก แต่หากมีการเปลี่ยนแนวเส้นทางใหม่จะทำให้บ้านเรือนถูกเวนคืนน้อยลง ถ้ารัฐไม่ยอมแก้ไขประกาศในการสร้างเส้นทางและเลือกใช้ดุลพินิจที่สร้างความเสียหายแก่ประชาชนจำนวนมากทั้งที่สามารถหลีกเลี่ยงได้โดยไม่ทำการสร้างทางไม่อาจทำได้ (การสร้างทางยังทำได้และทำให้เกิดความเสียหายน้อยกว่าเส้นทางที่ได้ประกาศไว้แล้ว) แต่ไม่ยอมกระทำ ย่อมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจไม่ได้สัดส่วน

2.8 อำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของข้อพิพาททางปกครองเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ข้อพิพาททางปกครองเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการที่นายทะเบียนหรือคณะกรรมการเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าในกรณีมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า หรือกรณีที่มีผู้มีส่วนได้เสียฟ้องคดีเกี่ยวกับอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือคณะกรรมการสิทธิบัตร กรณีมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับคำขอรับสิทธิบัตร หากประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ ซึ่งแยกออกเป็น

2.8.1 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดรูปแบบของการควบคุมการกระทำทางปกครองออกเป็น 2 กรณี

2.8.1.1 การอุทธรณ์คำสั่ง คำวินิจฉัยของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

การอุทธรณ์คำสั่ง คำวินิจฉัยของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า เป็นการกำหนดมาตรการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง โดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่ง คำวินิจฉัยของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า ให้กระทำการโดยยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า⁶⁰

⁶⁰ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 18.

2.8.1.2 การอุทธรณ์คำสั่ง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าต่อศาล

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แยกการอุทธรณ์คำสั่ง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าต่อศาล ออกเป็น 2 กรณี คือ

ก. การอุทธรณ์ต่อศาล

การอุทธรณ์ต่อศาลเป็นกรณีอุทธรณ์คำสั่งคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ตามที่มีผู้ร้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หรือเพิกถอนการจดทะเบียนสัญญาตูอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ข. การฟ้องคดีต่อศาล

การฟ้องคดีต่อศาลเป็นการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเกี่ยวกับเนื้อหาการรับจดทะเบียนหรือไม่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยเฉพาะ ในกรณีเมื่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าได้มีคำวินิจฉัยแล้ว ผู้ขอจดทะเบียนหรือผู้คัดค้านมีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการต่อศาล โดยต้องฟ้องคดีต่อศาลภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ⁶¹ หากผู้ขอจดทะเบียนหรือผู้คัดค้านมิได้อุทธรณ์คำวินิจฉัยของนายทะเบียนภายในเวลาที่กำหนดให้ถือว่าคำวินิจฉัยของนายทะเบียนเป็นที่สิ้นสุด⁶²

2.8.2 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 กำหนดรูปแบบการยื่นอุทธรณ์ไว้ 2 กรณี คือ

2.8.2.1 การอุทธรณ์คำสั่ง คำวินิจฉัยของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาต่อคณะกรรมการสิทธิบัตร

เมื่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญามีคำสั่งให้รับจดทะเบียนและออกสิทธิบัตรให้แก่ผู้ขอหรือมีคำสั่งยกคำขอรับสิทธิบัตรหรือวินิจฉัยว่าผู้คัดค้านมีสิทธิขอรับสิทธิบัตร ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการสิทธิบัตรภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยดังกล่าว หากไม่อุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนดถือว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นที่สิ้นสุด⁶³

ก. การอุทธรณ์คำสั่ง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิบัตรต่อศาล

เมื่อคณะกรรมการสิทธิบัตรแจ้งคำสั่ง คำวินิจฉัยพร้อมด้วยเหตุผลไปยังผู้อุทธรณ์ หากไม่เห็นด้วยกับคำสั่ง คำวินิจฉัยดังกล่าว คู่กรณีมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลภายใน 60 วันนับแต่วันที่

⁶¹ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 38 วรรคสอง.

⁶² พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 39.

⁶³ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 72.

ได้รับแจ้งคำสั่ง คำวินิจฉัย หากไม่ดำเนินการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด ถือว่าคำสั่ง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิบัตรเป็นที่สุด⁶⁴

2.9 ระบบการพิจารณาคดี

ระบบการพิจารณาคดีในประเทศต่าง ๆ สามารถแยกออกเป็น 2 ระบบ คือ การพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา (Accusatorial System) และการพิจารณาคดีในระบบไต่สวน (Inquisitorial System) แต่ในความเป็นจริงมีการนำกลไกของระบบหนึ่งไปใช้ในอีกระบบหนึ่งค่อนข้างมาก ทำให้เป็นการยากที่จะแบ่งแยกว่าประเทศใดใช้ระบบใดระบบหนึ่ง

2.9.1 ระบบกล่าวหา (Accusatorial System)

การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาที่มีที่มาจากประเทศอังกฤษและเผยแพร่ไปยังกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ รวมทั้งกลุ่มประเทศอาณานิคมของอังกฤษและประเทศในแถบเอเชีย ระบบนี้เป็นการให้โจทก์นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย และให้จำเลยนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน ต่อหน้าศาลหรือคณะลูกขุนซึ่งเป็นกลาง ปราศจากอคติ และมีความเป็นอิสระ ระบบกล่าวหาในทางทฤษฎีอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า การให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อกล่าวหาและข้อโต้แย้งของตนเอง เป็นหนทางที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าศาลจะได้ข้อเท็จจริงที่แท้จริง และเพียงพอแก่การวินิจฉัยคดี การแสวงหาข้อเท็จจริงในระบบกล่าวหา โจทก์และจำเลยจะเป็นผู้รับผิดชอบในการรวบรวมและเสนอพยานหลักฐานทั้งหมดในคดี ซึ่งเป็นการบังคับให้คู่ความต้องพยายามแสวงหาข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ที่มีน้ำหนักอันควรรับฟังและต้องเสนอพยานหลักฐานที่เชื่อว่าจะเป็นประโยชน์แก่รูปคดีของตนมากที่สุดเพื่อให้สอดคล้องกับระบบที่ออกแบบให้ศาลมีความเป็นกลาง ซึ่งหลักการสำคัญของระบบกล่าวหาอาจสรุปได้ดังนี้⁶⁵

2.9.1.1 ศาลในระบบกล่าวหาจะเข้าไปมีบทบาทในการค้นหาความจริงน้อยมาก เพราะระบบกล่าวหาถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่จะแสวงหาพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลด้วยตนเอง ตามหลักการที่ว่า การค้นหาความจริงในระบบกล่าวหา คู่ความเป็นผู้นำ (Party-led) มากกว่าศาลเป็นผู้นำ (Judge-led) ศาลในระบบกล่าวหาจะทำหน้าที่เหมือนกรรมการห้ามมวย คอยควบคุมให้ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ศาลจะเข้าไปเกี่ยวข้องก็ต่อเมื่อมีการฝ่าฝืน

⁶⁴ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 74.

⁶⁵ จาก แนวทางการพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาระบบไต่สวนในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (น. 63-64), โดย อธิคม อินทุภูมิ, 2551, กรุงเทพฯ: ประศาสน์บัตรหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง วิทยาลัยการยุติธรรม. ลิขสิทธิ์ 2551 โดย สำนักงานศาลยุติธรรม.

หลักเกณฑ์ของกฎหมาย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายทำท่าว่าจะฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ของกฎหมาย คดีแพ่งศาลจะพยายามไม่เข้าไปมีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงเลย ส่วนคดีอาญาศาลจะเข้าไปช่วยค้นหาความจริงบ้างในบางกรณีที่ทำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น จึงเป็นการบังคับให้คู่ความต้องละเอียดรอบคอบตั้งรูปคดีและกลั่นกรองพยานหลักฐานที่จะเสนอต่อศาลให้มิน้ำหนักอันควรรับฟังเท่านั้น ผู้ที่มีความเชื่อมั่นในระบบกล่าวหายืนยันว่าความจริงจะปรากฏออกมาภายหลังจากการเสนอข้อเท็จจริงอย่างแท้จริงของคู่ความทุกฝ่ายในคดีนั้น

2.9.1.2 ระบบกล่าวหาถือว่าการเคร่งครัดกับหลักการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยชอบ จะทำให้การพิจารณาเกิดความยุติธรรมแต่คู่ความทั้งสองฝ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่จำเลย ในคดีอาญาของสหรัฐอเมริกาพยานหลักฐานที่ได้มาโดยฝ่าฝืนหลักการคุ้มครองสิทธิของจำเลย มีผลทำให้การสอบสวนไม่ชอบทั้งหมด แต่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่การได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ฝ่าฝืนหลักการคุ้มครองสิทธิของจำเลยเพียงแต่มีผลทำให้ไม่อาจนำพยานหลักฐานนั้นมารับฟังในศาลเท่านั้น ภาระหน้าที่สำคัญของศาลในระบบกล่าวหา ส่วนใหญ่จึงได้แก่การพิจารณาพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอต่อศาลนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีได้หรือไม่

2.9.1.3 ระบบกล่าวหาให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการที่ว่า การพิจารณาคดีต้องกระทำต่อหน้าจำเลย จำเลยมีสิทธิถามค้านพยานโจทก์ (Cross Examination) จำเลยมีสิทธิที่จะมีทนายความคอยช่วยในการดำเนินคดี มีสิทธินำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างพยานหลักฐานโจทก์เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์อย่างเต็มที่

2.9.1.4 ระบบกล่าวหาให้ความสำคัญกับหลักวาจา (Principle of Orality) หมายความว่า การพิจารณาคดีต้องกระทำด้วยวาจาและโดยเปิดเผยในศาล พยานในชั้นศาลต้องมาเบิกความต่อหน้าศาลหรือข้อเท็จจริงอย่างที่อยู่ในพยานเอกสารต้องนำมาอ่านหรือแถลงในศาลเพื่อให้เข้าใจกันทุกฝ่าย หลักการนี้ตรงกันข้ามกับหลักลายลักษณ์อักษร ซึ่งศาลจะพิจารณาจากข้อความที่เขียนไว้เท่านั้นและเฉพาะสิ่งที่ได้กระทำด้วยวาจาในศาลเท่านั้นที่จะหยิบยกขึ้นวินิจฉัยคดีได้ ศาลจะนำข้อเท็จจริงที่เข้ามาสู่การพิจารณาคดีโดยมิชอบมาวินิจฉัยคดีนั้นไม่ได้ แม้จะเป็นข้อเท็จจริงที่ทุกคนทราบดีและแม้จำเลยเองจะได้ยินยอมให้หยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้ก็ตาม

2.9.1.5 ทนายความมีบทบาทค่อนข้างมากในระบบนี้ เพราะเป็นการทำหน้าที่เสนอพยานหลักฐานและข้อกล่าวอ้างหรือข้อโต้แย้งต่อศาลแทนคู่ความทำให้ทนายความเป็นผู้มีส่วนสำคัญในการควบคุมทิศทางของคดีและความเชี่ยวชาญของทนายความในการถามค้าน จะมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการทำลายน้ำหนักพยานหลักฐานของโจทก์ นอกจากนี้ทนายความที่มีความรอบรู้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความก็อาจใช้เงื่อนไขในกฎหมายวิธีพิจารณาความมาทำให้เกิดเป็นข้อแพ่งชนะในคดีได้ และในทางตรงข้ามทนายความที่ขาดทักษะ ก็อาจทำให้ตัวความต้อง

แพ็คเกจที่ควรเป็นผู้ชนะและการที่ผลของคดีอาจขึ้นอยู่กับความสามารถของทนายความยิ่งกว่าข้อเท็จจริงในคดีก็ได้และส่งผลให้คู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเป็นความมากขึ้นเป็นลำดับซึ่งเป็นวิกฤตของระบบกล่าวหาในปัจจุบัน⁶⁶

กระบวนการพิจารณาระบบกล่าวหา ส่วนใหญ่จะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีแพ่ง เนื่องจากคดีแพ่งเป็นเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความ จึงเป็นธรรมดาที่คู่ความจะมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการ ส่วนผู้พิพากษานั้นควรจะวางตนเป็นกลางและมีบทบาทเป็นเพียงเสมือนกรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬาเท่านั้น ดังนั้นระบบกล่าวหาจึงเป็นเพียงมาตรการเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างคู่ความ⁶⁷

2.9.2 ระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

การพิจารณาคดีในระบบไต่สวน ได้มีวิวัฒนาการเกิดขึ้นภายหลังการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหาโดยในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 นักกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law เริ่มเห็นถึงความจำเป็นเกี่ยวกับอำนาจของศาล ในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการที่ศาลต้องรู้จักเริ่มใช้อำนาจดังกล่าวให้เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณา นอกจากนี้การที่กฎหมายจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลมากเกินไปหรือตัวศาลเองไม่พยายามที่จะใช้อำนาจที่มีอยู่ นั้นจะมีผลทำให้คู่ความไม่กระตือรือร้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือทำให้คู่ความที่ไม่สุจริตพยายามที่จะหาทางประวิงคดี มีผลทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยความล่าช้า ดังนั้นการพิจารณาคดีเพื่อค้นหาความจริงจะง่ายขึ้น และเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดอุปสรรคหรือเกิดความผิดพลาดอันเกิดจากการไม่เอาใจใส่หรือด้อยความรู้ความสามารถของคู่ความ จึงควรกำหนดให้ศาลมีบทบาทมากขึ้นในการซักถาม ในการสนับสนุนหรือแนะนำคู่ความ ทนายความและพยานเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วน⁶⁸ ศาลมีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอและยังไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วย กระบวนการพิจารณาในแบบนี้มีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร โดยลับและไม่ค่อยจะมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ เนื่องจากศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่า

⁶⁶ แหล่งเดิม.

⁶⁷ จาก การพิจารณาคดีในระบบไต่สวน ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 21), โดย สุพิชฌาย์ กฤษณพิพัฒน์, 2549, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2549 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶⁸ จาก “การเร่งรัดวิธีพิจารณาคดีมโนสารและคดีไม่มีข้อผูกมัดกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง,” โดย สิริพันธ์ พลรบ และวรรณชัย บุญบำรุง, 2542, วารสารนิติศาสตร์, น. 445. ลิขสิทธิ์ 2542 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือ โดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ กระบวนการพิจารณาแบบนี้จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญและเป็นกระบวนการพิจารณาที่คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก⁶⁹

หลักการสำคัญของการแสวงหาข้อเท็จจริงในระบบไต่สวน อาจสรุปได้ดังนี้⁷⁰

2.9.2.1 ระบบไต่สวนศาลไม่ได้ทำหน้าที่โดยวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดเหมือนในระบบกล่าวหา ศาลมีหน้าที่ค้นหาความจริง ศาลจึงมีบทบาทอย่างสูงในการควบคุมการพิจารณาคดีในกรณีที่พยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอต่อศาลไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลมั่นใจหรือแน่ใจในข้อเท็จจริงได้แล้ว ศาลมีอำนาจอย่างเต็มที่ที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมโดยใช้ทุกมาตรการที่จะช่วยให้ศาลได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่จำเป็นและเกี่ยวข้องกับการตัดสินคดี การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในระบบไต่สวนจึงไม่จำกัดแต่พยานหลักฐานที่โจทก์ใช้ในการฟ้องร้องกล่าวหาและที่จำเลยใช้ในการต่อสู้คดีเท่านั้น

2.9.2.2 ระบบไต่สวนไม่ได้แยกการรวบรวมพยานหลักฐานก่อนการพิจารณาคดีกับการพิจารณาคดีออกจากกัน โดยเด็ดขาด เช่น ประเทศฝรั่งเศสมีผู้พิพากษาจะทำการไต่สวนดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานก่อนการพิจารณาเมื่อผู้พิพากษาไต่สวนแล้วมีความเห็นว่ามีมูล อันสมควรสั่งฟ้อง ผู้ถูกกล่าวหาที่จะมีการนำคดีเข้าสู่กระบวนการในชั้นพิจารณาต่อไป เจ้าพนักงานตำรวจในระบบไต่สวนจะมีบทบาทเพียงเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือแก่พนักงานอัยการและผู้พิพากษาไต่สวนในการรวบรวมพยานหลักฐาน

2.9.2.3 ระบบไต่สวนเน้นการค้นหาความจริงเป็นหลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณาความทุกเรื่องไม่ว่าจะเป็นเรื่องการอ้างพยานหลักฐาน การสืบพยานหรือเรื่องอื่นในศาล จึงยึดหยุ่นกว่าระบบกล่าวหา เพราะเหตุว่าการให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความดั่งในระบบกล่าวหามักทำให้การยกฟ้องในเรื่องเล็กน้อยเกิดขึ้นได้โดยง่าย

2.9.2.4 ระบบไต่สวนถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐในการแสวงหาข้อเท็จจริงและรัฐต้องให้ความเป็นธรรมแก่จำเลย การพิจารณาระบบไต่สวนไม่จำเป็นต้องกระทำโดยเปิดเผย อาจทำลับหลังจำเลยได้

2.9.2.5 การพิจารณาระบบไต่สวนมิใช่การต่อสู้คดีระหว่างโจทก์กับจำเลย แต่เป็นการต่อสู้กันระหว่างจำเลยกับรัฐ ระบบไต่สวนไม่ได้ให้ความสำคัญในหลักความเท่าเทียมกันระหว่าง

⁶⁹ การพิจารณาคดีในระบบไต่สวน ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (น. 18). เล่มเดิม.

⁷⁰ แนวทางการพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาระบบไต่สวนในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (น. 75-77). เล่มเดิม.

โจทก์และจำเลยในศาล จำเลยจะต้องมีส่วนร่วมในการค้นหาความจริงในคดี เพราะการพิสูจน์ว่า จำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ มิใช่หน้าที่ของโจทก์เพียงฝ่ายเดียว ถือเป็นภาระหน้าที่ของทั้ง โจทก์จำเลยและศาลที่จะต้องช่วยกันค้นหาความจริง

2.9.2.6 ระบบไต่สวน ไม่ได้ให้ความสำคัญกับหลักวาจา (Principal of Orality) เพราะ ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาในชั้นก่อนการพิจารณาเป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาได้ และระบบไต่สวนมุ่งเน้นที่การได้มาซึ่งข้อเท็จจริงในคดีไม่ว่าจะได้มาโดยรูปแบบใด เพียงแต่ จะต้องให้โอกาสแก่จำเลยในการกล่าวแก้ข้อเท็จจริงในส่วนที่เป็นผลร้ายแก่ตนด้วยเท่านั้น