

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง ระบบการอุทธรณ์ การคุ้มครองพิทักษ์สิทธิทางกฎหมาย และการพิจารณาคดีปกครอง

ในทางกฎหมายมหาชน การที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติหน้าที่ใดนั้น ฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์หรืออำนาจมหาชนที่ทำให้สถานะหรือการกระทำของฝ่ายปกครองอยู่เหนือเอกชน ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนก่อน การบังคับตามคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองโดยไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาล หรือการที่ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่สามารถถูกยึดอายัดเพื่อนำไปขายทอดตลาดได้ เป็นต้น การที่ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ดังกล่าว ประกอบกับการกิจอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวพันกับประชาชนหรือการดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนมากที่สุด เมื่อฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะของตน การกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเอกชนอยู่เสมอไม่มากก็น้อย ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงต้องถูกควบคุมตรวจสอบเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในบทที่ 2 นี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง ระบบการอุทธรณ์ การคุ้มครองพิทักษ์สิทธิทางกฎหมาย และการพิจารณาคดีปกครอง ดังต่อไปนี้

2.1 ทฤษฎีและหลักการกระทำทางปกครองและการควบคุมฝ่ายปกครอง

2.1.1 การกระทำทางปกครอง

1) ความหมายของการกระทำทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์¹ ให้ความหมายของ “การกระทำทางปกครอง” คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

¹ จาก การกระทำทางปกครอง เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 (น. 3 – 6), โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ก, 2543, กรุงเทพฯ. อ้างถึงใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 274), โดย ชาลนชัย แสงวงศ์ ก, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา² ให้ความหมายของการกระทำทางปกครอง คือ

(1) การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำทางรัฐบาล และ

(2) การกระทำของรัฐนั้นมีลักษณะของการกระทำที่กำหนด ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชน

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ กล่าวว่³ การกระทำทางปกครองมีความหมายกว้างมาก รวมถึงการกระทำทุกอย่าง เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การจัดการเรื่องสิ่งกีดขวางจราจร การสร้างหรือรื้อสิ่งปลูกสร้างอาคาร การขนส่ง การยิงปืนของเจ้าพนักงานตำรวจ การให้ความเห็น การดูแลอาคาร การสร้างสถานที่ของทางราชการ เป็นต้น แม้ในทางปฏิบัติการที่ฝ่ายปกครอง การกระทำทั่ว ๆ ไปทางปกครองจะมีบทบาทมาก แต่ในทางกฎหมายแล้วถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา (Realakt) ไม่มีบทบาทในทางกฎหมายปกครองเท่าใดนัก แต่อาจมีผลในทางแพ่งในลักษณะนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้

2) ประเภทของการกระทำทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า⁴ “การกระทำทางปกครอง” นั้น ในทางกฎหมายสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) และในลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ (Real Act)

“การกระทำทางปกครอง” ที่เป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชน

ส่วน “การกระทำทางปกครอง” ที่เป็นปฏิบัติการนั้นเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในคูคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมายหรือ

² จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (เล่ม 3) ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง (น. 2), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³ จาก หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 142), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์ ก, 2544, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴ สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง” .วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3. หน้า 61 – 62.

การใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งถือเป็นการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง มิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม

ศาสตราจารย์ ดร.วราพงษ์ วิสสุตพิชญ์ อธิบายว่า⁵ “การกระทำทางปกครอง” นั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทคือ “นิติกรรมทางปกครอง” และ “ปฏิบัติการทางปกครอง”

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสากววงศ์ กล่าวว่า⁶ การกระทำทางปกครอง แบ่งได้ 4 รูปแบบ คือ (1) ปฏิบัติการในทางปกครอง (Realakt) (2) นิติกรรมทางปกครอง (3) คำสั่งทั่วไปทางปกครอง และ (4) สัญญาทางปกครอง ได้แก่ Coordination + Subordination ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา กล่าวว่า⁷ การกระทำทางปกครองนั้นในทางกฎหมาย อาจจำแนกรูปแบบของการกระทำได้เป็น 5 รูปแบบ คือ (1) คำสั่งทางปกครอง (2) คำสั่งทางปกครองทั่วไป (3) ปฏิบัติการทางปกครอง (4) สัญญาทางปกครอง และ (5) กฎ

จากการแบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าการแบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองที่แยกย่อยแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากอิทธิพลแนวคิดทฤษฎีของประเทศที่นักกฎหมายมหาชนดังกล่าวสำเร็จการศึกษามาในที่นี้ผู้เขียนจึงขออธิบายโดยแบ่งการกระทำทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ “นิติกรรมทางปกครอง” และ “ปฏิบัติการทางปกครอง”

(1) นิติกรรมทางปกครอง

สำหรับคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั้น เป็นคำที่แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “Acte Administratif” อันประกอบด้วยคำ 2 คำ คือคำว่า “Acte” อันเป็นคำนาม กับคำว่า “Administratif” อันเป็นคำคุณศัพท์⁸

นิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติใดให้นิยามไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองได้รับการพัฒนาจากศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) และความเห็นของนักวิชาการ ทั้งนี้ตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสนั้น เมื่อกล่าวถึง “นิติกรรมทางปกครอง” จะหมายถึง “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” ที่ฝรั่งเศสเรียกว่า “Decision

⁵ การกระทำทางปกครอง เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 (น.13). เล่มเดิม. อ้างถึงใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 278). เล่มเดิม.

⁶ จาก กฎหมายปกครอง (น. 35), โดย กมลชัย รัตนสากววงศ์ ข, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (เล่ม 3) ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง (น. 15). เล่มเดิม.

⁸ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 279). เล่มเดิม.

ex cutiore” หรือที่บ่อยครั้งเรียกว่า “คำสั่งที่มีผลบังคับทันที” ในฝรั่งเศส “นิติกรรมทางปกครอง” จึงหมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย⁹ นิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสมีความหมายกว้างโดยรวมทั้งนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ซึ่งมีได้เจาะจงตัวบุคคลเป็นการเฉพาะและนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะราย เช่น คำสั่งต่าง ๆ ที่มีผลไปยังบุคคลที่กำหนดได้แน่นอน¹⁰

ส่วนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ภาษาเยอรมันโดยทั่วไปใช้คำว่า “Verwaltungsakt” ซึ่งมาจากคำเต็มว่า “Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechtes”

นิติกรรมทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนับว่าเป็นแกนของกฎหมายปกครองเยอรมัน โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับเอาทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองมาจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และได้มีการนำทฤษฎีนี้มาพัฒนานับตั้งแต่ ค.ศ. 1826 โดย Otto Mayer ได้ให้คำนิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้ว่า เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือต่อประชาชนในกรณีเฉพาะราย ซึ่งต่อมาได้มีการให้คำนิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1796 มาตรา 35 วรรคแรกว่า “นิติกรรมทางปกครอง คือ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชนซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก”¹¹

สำหรับประเทศไทยนั้น แต่เดิมจะใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” และคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ในความหมายเดียวกันหรือใกล้เคียงกันโดยขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลที่จะตีความคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด เนื่องจากนักกฎหมายมหาชนไทยต่างพยายามที่จะกำหนดขอบเขตของ “นิติกรรมทางปกครอง” ตามแนวคิดทฤษฎีนิติกรรม

⁹ พูนศักดิ์ ใสสำรวจ, นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส หน้า 275. อ้างถึงใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง (เล่ม 3) ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง (น. 26). เล่มเดิม.

¹⁰ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (เล่ม 3) ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง (น. 26). เล่มเดิม.

¹¹ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 141 – 143). เล่มเดิม.

ทางปกครองของประเทศที่ตนสำเร็จการศึกษามา ซึ่งจากการสำรวจตรวจสอบเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ พบว่า มีการใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างน้อยใน 3 ความหมายด้วยกัน¹² คือ

ก. นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งจะหมายถึง กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง

ข. นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง ซึ่งจะหมายถึง กฎ และคำสั่งทางปกครอง

ค. นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ ซึ่งจะหมายถึง เฉพาะคำสั่งทางปกครอง ลักษณะของนิติกรรมทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วราพจน์ วิศรุตพิชญ์ อธิบายว่า¹³ “นิติกรรมทางปกครอง” มีลักษณะสำคัญ ๆ อยู่ 4 ประการประกอบกันดังต่อไปนี้

ก. เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ฯลฯ ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่ง

ข. เจตนาที่องค์กรดังกล่าวแสดงให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้นจึงไม่รวมถึงการที่องค์กรดังกล่าวประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือเพียงแต่ขอความร่วมมือหรือเตือนให้บุคคลหรือคณะบุคคลกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ขอให้จดจำหน่ายสุราในวันธรรมสวนะ หรือเตือนให้ยื่นคำขอต่อใบอนุญาต เป็นต้น

ค. ผลทางกฎหมายที่องค์กรดังกล่าวประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนนั้นคือการสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งอาจมีอำนาจ (“ผู้ทรงอำนาจ”) หรือมีสิทธิเรียกร้อง (“ผู้ทรงสิทธิ”) ให้อีกฝ่ายหนึ่ง (“ผู้มีหน้าที่”) กระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลจึงย่อมมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งหรือเลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ผู้ได้บังคับบัญชา หรือการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วย

¹² จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 92 – 93), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก., 2549, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹³ การกระทำทางปกครอง เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 (น. 13). เล่มเดิม. อ้างถึงใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 281). เล่มเดิม.

การควบคุมอาคารออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร ย่อมมีผลเป็นการสร้างสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่ผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าว

ง. นิติสัมพันธ์ดังกล่าวข้างต้นต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนแสดงออกมาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมแต่อย่างใด

(2) ปฏิบัติการทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วราพจน์ วิสรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ไว้¹⁴ ว่า หมายถึงการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวโดยที่การกระทำนั้นมิใช่ “นิติกรรมทางปกครอง” กล่าวคือการกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของ “นิติกรรมทางปกครอง” ดังที่กล่าวมาข้างต้น

“ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงแจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบและให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นในการแก้ข้อกล่าวหา หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกมาใช้บังคับก่อนหน้านั้นแล้ว เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยฝ่าฝืนกฎหมายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารดังกล่าวแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติตาม นอกจากนี้ “ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ฯลฯ กับบุคคลอื่นได้เช่นกัน เช่น ปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้บุคคลใดเสียหายย่อมเป็นการกระทำละเมิด ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่กระทำการนั้นจำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบนั้นมิได้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาขององค์กรดังกล่าว แต่เป็นผลบังคับของกฎหมาย

2.1.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

2.1.2.1 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายปกครองภายหลังจากที่มีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วมักมีการ

¹⁴ แหล่งเดิม. (น. 283).

กำหนดให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ

การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่า ซึ่งแยกออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ผู้บังคับบัญชาซึ่งใช้อำนาจในการบังคับบัญชา กับผู้กำกับดูแลซึ่งใช้อำนาจในการกำกับดูแล ซึ่งสามารถพิจารณาความหมายของการใช้อำนาจทั้ง 2 ลักษณะดังกล่าวได้ดังนี้

1) อำนาจการบังคับบัญชา คือ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ปกครองผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม สามารถกลับแก้ ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นประการอื่น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ต้องชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะใช้ในทางที่เหมาะสมแต่ขัดต่อกฎหมายได้¹⁵

2) อำนาจควบคุมกำกับ คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหนือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกครองผลประโยชน์ทั่วไป¹⁶

จากความหมายของอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจควบคุมกำกับข้างต้น สามารถแยกพิจารณาความแตกต่างระหว่างการควบคุมบังคับบัญชากับการควบคุมกำกับได้ ดังนี้¹⁷

1) พิจารณาจากหลักการปกครอง

การควบคุมบังคับบัญชา เป็นการควบคุมที่เกิดมาจากหลักการรวมอำนาจ (Centralization) ซึ่งแบ่งองค์กรฝ่ายปกครองเป็นการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) และการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค (จังหวัด อำเภอ) ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองหรือรัฐมนตรีกับเจ้าหน้าที่ของกระทรวงนั้น ๆ ย่อมอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ลักษณะของการบังคับบัญชา และในขณะเดียวกันความสัมพันธ์ภายในระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับที่ต่ำกว่าขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมมีความสัมพันธ์ในลักษณะสายการบังคับบัญชา ในขณะที่การควบคุมกำกับ เป็นลักษณะของความสัมพันธ์ที่เกิดมาจากหลักกระจายอำนาจ

¹⁵ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 86). เล่มเดิม. อ้างถึงใน หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 80 – 81), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ก, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁶ จาก ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง (รวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์) (น. 211), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2531. อ้างถึงใน หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 81). เล่มเดิม.

¹⁷ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 81 – 87). เล่มเดิม.

(Decentralization) ซึ่งแบ่งออกเป็นองค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่ ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ และองค์กรกระจายอำนาจทางกิจการ ซึ่งได้แก่ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน และ องค์กรวิชาชีพ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับองค์กรกระจายอำนาจดังกล่าว มีความสัมพันธ์ในลักษณะของการกำกับดูแล โดยองค์กรส่วนกลางเป็นผู้มีอำนาจในการกำกับดูแลองค์กรกระจายอำนาจเพื่อให้การดำเนินการขององค์กรกระจายอำนาจนั้นเป็นไปตามกรอบที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย แต่จะไม่เข้าไปตรวจสอบในบางขอบเขต เพื่อให้้องค์กรกระจายอำนาจนั้นมีอิสระในการดำเนินการ ซึ่งเป็นการตอบสนองวัตถุประสงค์ขององค์กรกระจายอำนาจนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ

2) พิจารณาจากความสัมพันธ์ของผู้ควบคุมกับผู้อยู่ภายใต้การควบคุม

การควบคุมบังคับบัญชา เป็นการควบคุมที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ของบุคคลภายในนิติบุคคลมหาชนใดนิติบุคคลหนึ่ง เช่น รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงควบคุมบังคับบัญชาปลัดกระทรวง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ภายในองค์กรใดองค์กรหนึ่ง ส่วนการควบคุมกำกับ เป็นการควบคุมที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ของนิติบุคคล 2 นิติบุคคล คือ รัฐ กับองค์กรกระจายอำนาจ ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่มีอำนาจดั้งเดิมกับองค์กรกระจายอำนาจทั้งหลายที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนไปจากรัฐ ดังนั้น ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้หากองค์กรที่ได้รับอำนาจไปจากรัฐมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการตั้งองค์กรกระจายอำนาจนั้น ๆ รัฐจึงสามารถเพิกถอนอำนาจขององค์กรกระจายอำนาจนั้น ๆ ได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ทั่วไปของรัฐ

3) พิจารณาจากที่มาของอำนาจในการควบคุม

อำนาจควบคุมบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขตจำกัด แม้ในกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ อำนาจบังคับบัญชาก็สามารถมีได้ ซึ่งการที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาดังกล่าว ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างหนึ่งแม้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ถือว่าอำนาจเช่นนั้นมิอยู่ เว้นแต่เป็นเรื่องการลงโทษหรือการกระทำที่ไปกระทบสิทธิของผู้ใต้บังคับบัญชาแต่ในทางตรงกันข้าม อำนาจควบคุมกำกับจะเป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัดเท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กล่าวคือ อำนาจในการควบคุมกำกับเป็นอำนาจที่ได้รับยกก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายและควบคุมได้เท่าที่กฎหมายกำหนดขอบเขตไว้ ซึ่งโดยทั่วไปขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจกำกับดูแลควบคุมองค์กรผู้อยู่ใต้กำกับดูแลจะไม่เข้าไปแทรกแซงความอิสระในการดำเนินการขององค์กรกระจายอำนาจนั้น ๆ ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ขององค์กรกระจายอำนาจนั้น เพื่อความเป็นอิสระในการดำเนินการภายใต้กรอบของกฎหมาย

4) พิจารณาจากขอบเขตของการควบคุม

ในการควบคุมบังคับบัญชา อำนาจในการบังคับบัญชาจะสามารถควบคุมได้บังคับบัญชาได้ทั้งการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการกระทำ ส่วนอำนาจในการควบคุมกำกับ เป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยหลักทั่วไปผู้มีอำนาจกำกับดูแลจึงมีอำนาจควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยไม่มีอำนาจในการควบคุมความเหมาะสมหรือความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการกระทำ ซึ่งเป็นไปตามหลักการให้อำนาจผู้ควบคุมกำกับจะต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นและต้องไม่กระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น

5) พิจารณาจากการควบคุมเหนือการกระทำ

การควบคุมบังคับบัญชานั้น ผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจเหนือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา 4 ประการ¹⁸ คือ (1) ผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งการหรือแนะนำผู้ใต้บังคับบัญชาของตนให้กระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ โดยอาจมีคำสั่งเฉพาะหรือคำสั่งทั่วไป (2) ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเพิกถอนการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ (3) อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่เป็นสาระสำคัญ และ (4) อำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้บังคับบัญชาในกรณีที่มีเหตุจำเป็นรีบด่วนและผู้ใต้บังคับบัญชาละเลยไม่ยอมใช้อำนาจนั้น ส่วนในการกำกับดูแล ผู้มีอำนาจในการควบคุมกำกับมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเหนือการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับเพียง 2 ลักษณะเท่านั้น คือ (1) การให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบต่อการกระทำขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและ (2) การสั่งเพิกถอนหรือสั่งให้ระงับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

6) พิจารณาจากการควบคุมเหนือตัวบุคคล

อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาเหนือตัวบุคคลเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชามีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา นับตั้งแต่การบรรจุ แต่งตั้ง เลื่อนขึ้นเงินเดือน เลื่อนระดับ เลื่อนตำแหน่ง โยกย้าย การดำเนินการทางวินัยและการให้ออกจากราชการ ซึ่งเป็นอำนาจที่อาจให้ผู้อื่นให้โทษต่อผู้ใต้บังคับบัญชาในขอบเขตที่กว้างขวาง แต่การควบคุมกำกับ เป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลที่มีขอบเขตค่อนข้างจำกัด ซึ่งจะต้องพิจารณาตามลักษณะขององค์การกระจายอำนาจแต่ละประเภท โดยหากองค์กรที่ผู้บริหารมาจากการเลือกตั้งของสมาชิก เช่น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรวิชาชีพต่าง ๆ ผู้มีอำนาจในการควบคุมกำกับจะไม่มีบทบาทแต่อย่างใด

¹⁸ จาก เอกสารคำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง (น. 13), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ช, ม.ป.ป., กรุงเทพฯ. อ้างถึงใน หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 84). เล่มเดิม.

ในการแต่งตั้งผู้บริหารขององค์กรนั้น ๆ ย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของสมาชิกขององค์กรที่ประสงค์จะให้บุคคลใดเข้ามาบริหารองค์กร ในกรณีนี้ ผู้มีอำนาจควบคุมกำกับจึงมีอำนาจเหนือตัวบุคคลเพียงกรณีเดียว คือ การให้บุคคลนั้นออกจากตำแหน่ง ส่วนองค์กรกระจายอำนาจที่ผู้บริหารมาจากการแต่งตั้งของฝ่ายบริหาร เช่น กรณีของรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ผู้มีอำนาจควบคุมกำกับย่อมมีอำนาจในการแต่งตั้งและให้ออกจากตำแหน่งได้

7) พิจารณาจากสถานะของคำสั่ง

ในการควบคุมบังคับบัญชาชั้น โดยทั่วไปแล้วคำสั่งระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาถือว่าเป็นคำสั่งภายในของฝ่ายปกครองไม่ถือว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เว้นแต่จะเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย หรือคำสั่งบรรจุ แต่งตั้ง เลื่อนขั้นเงินเดือน สักพักงานหรือสั่งให้ออกจากงาน หรือให้พ้นจากตำแหน่ง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอื่น ๆ นอกจากที่กำหนดดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งของผู้มีอำนาจในการควบคุมกำกับที่สั่งต่อผู้ใต้การควบคุมกำกับย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครององค์กรผู้อยู่ภายใต้การกำกับจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรผู้ควบคุมกำกับองค์กรผู้อยู่ภายใต้การกำกับจึงมีอำนาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ เพื่อให้องค์กรตุลาการได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ควบคุมกำกับว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังกล่าว

2.1.2.2 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือองค์กรศาลนั้นถือเป็นการควบคุมตรวจสอบที่ให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่น ๆ เพราะเหตุว่าองค์กรตุลาการมีลักษณะที่เป็นองค์กรอิสระและคำวินิจฉัยหรือคำสั่งขององค์กรดังกล่าวเป็นคำวินิจฉัยที่ถึงที่สุดและผูกพัน คู่กรณี ความสำคัญของการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้นมีความสำคัญถึงขนาดที่มีการกล่าวกันว่าประเทศที่ไม่มีกระบวนการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาล ประเทศนั้นไม่ใช่รัฐเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง

โดยทั่วไปนั้น การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเป็นกรณีที่เอกชนหรือบุคคลที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำนั้นหรือไม่ใช้การกระทำนั้นบังคับแก่กรณีของตนและหรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้

คำสืมนิหมทดแทนให้แก่ตนแล้วแต่กรณี เหตุผลที่องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่เหมาะสมในการทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองเนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้¹⁹

1. องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวจะมีขึ้นตอนดังต่อไปนี้

(1) การรับฟังข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุให้เกิดข้อพิพาท การพิจารณาว่าข้อเท็จจริงตามที่โจทก์และจำเลยกล่าวอ้างในคำฟ้องและคำให้การเกิดขึ้นจริงหรือไม่นั้นย่อมเป็นไปตามพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบสนับสนุนข้ออ้างของตนหรือหักล้างข้ออ้างของฝ่ายตรงข้าม

(2) การตีความความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี

(3) การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่รับฟังเป็นที่ยุติแล้ว และ

(4) การออกคำสั่งว่าตามกฎหมายแล้วนั้นคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไร

2. คำสั่งขององค์กรตุลาการหรือศาลที่สั่งว่าตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรนั้น “ต้องเป็นที่ยุติ” (Res Judicata) กล่าวคือเมื่อได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีนั้นให้คู่ความฟังแล้ว ศาลผู้ออกคำสั่งจะรื้อฟื้นคดีขึ้นมาเพื่อพิจารณาหรือออกคำสั่งใหม่ให้ผิดแปลกแตกต่างไปจากคำสั่งเดิมไม่ได้เว้นแต่การแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อย ๆ และคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลดังกล่าวมีสิทธิแต่เพียงอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนั้นต่อองค์กรตุลาการที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าองค์กรตุลาการผู้ออกคำพิพากษาหรือคำสั่งเดิมและถ้าองค์กรตุลาการที่อยู่ในฐานะสูงสุดได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งว่าตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรให้คู่ความฟังแล้ว คำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวย่อม “เสร็จเด็ดขาด” หรือ “เป็นที่ยุติ” (Finality)

3. กระบวนการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์กรตุลาการนั้นจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย (Publicity) คือเปิดให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ การพิจารณาคดีโดยลับเป็นเพียงข้อยกเว้นซึ่งจะกระทำได้ก็เฉพาะที่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้นและจะต้องเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้ปกป้องสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของตนได้ เช่น การให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธินำเสนอพยานหลักฐานของตนต่อศาลเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียง

¹⁹ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง* (น. 56 – 60 และ 95 – 98), โดย วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ก., 2544, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

ของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของกลุ่มความฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ เป็นไปตามหลักการฟังความรอบข้าง (Audi alteram partem)

4. องค์กรตุลาการต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งของตน (Duty to give reasons) เสมอ เหตุผลประกอบคำสั่งคือการแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชน คำพิพากษาหรือคำสั่งที่สั่งว่าตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรจะเป็นที่ยอมรับของกลุ่มความและสาธารณชนหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับว่าเหตุผลที่องค์กรนั้นแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งของตน “รับฟังได้” (Defendable) หรือไม่สำคัญ

5. องค์กรตุลาการนั้นจะต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality) หรืออีกนัยหนึ่งคือต้องปราศจากอคติความลำเอียง (Freedom from bias) โดยมีสมาชิกขององค์กรที่เป็นอิสระ (Independence) ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรือความกดดันอย่างใด ๆ ขององค์กรอื่นและของกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ โดยมีวิธีการประกันความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรนั้นหลายวิธี เช่น การให้คู่ความที่เห็นว่าสมาชิกขององค์กรตุลาการนั้นมีส่วนได้เสียในคดีมีสิทธิคัดค้านไม่ให้สมาชิกรายนั้นเข้าร่วมพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท การห้ามไม่ให้ผู้ใดแสดงความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์ข้อพิพาทที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล การกำหนดให้การแต่งตั้ง การถอดถอน การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษทางวินัยแก่สมาชิกขององค์กรตุลาการนั้นต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการซึ่งเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและรัฐสภา เป็นต้น

6. เมื่อมีการยื่นคำฟ้องคดีอย่างถูกต้องในศาล ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ดังนั้นประชาชนจึงได้รับหลักประกันว่าความเดือดร้อนของประชาชนจะได้รับการเยียวยาภายในเวลาอันสมควร ซึ่งแตกต่างไปจากการควบคุมระบบอื่นที่กฎหมายจะไม่กำหนดบังคับไว้อย่างแน่นอนว่าเมื่อได้รับคำร้องเรียนจากเอกชนจะต้องดำเนินการพิจารณาคำร้องเรียนดังกล่าวไว้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร

จากลักษณะองค์กรตุลาการดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ เป็นการควบคุมที่มีประสิทธิภาพเพราะศาลสามารถมีคำพิพากษาหรือคำสั่งและมีคำบังคับที่จะเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของเอกชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้ดีที่สุดองค์กรหนึ่ง เนื่องจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองมีผลบังคับผูกพันคู่กรณีในคดีพิพาทนั้นให้ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวก็มีกระบวนการบังคับคดีมาดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตาม

คำพิพากษาของศาลในท้ายที่สุด กรณีจึงเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่คู่กรณีได้อย่างแท้จริง²⁰

2.1.2.3 การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทถือว่าเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่ง เพราะคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ ล้วนเป็นองค์กรที่อยู่ในโครงสร้างขององค์กรฝ่ายปกครองเองและมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงลักษณะและประเภทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ดังนี้

1) ลักษณะของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท²¹

โดยที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรภายในฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม จึงสามารถแยกสาระสำคัญของการเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ดังนี้

(1) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของตน การวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น ด้วยเหตุนี้ องค์กรที่จะมีอำนาจวินิจฉัยแล้วก่อให้เกิดผลผูกพันต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นจึงต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมาย นอกจากนั้นการที่จะทำให้ภาระหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทบรรลุความมุ่งหมายได้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจำเป็นต้องมีอำนาจตามกฎหมายในการที่จะเรียกบุคคลหรือพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วย ซึ่งกฎหมายที่จัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเป็นกฎหมายตามแบบพิธี คือ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น

(2) องค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร ซึ่งความเป็นอิสระของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเรียกร่องเฉพาะความอิสระในแง่องค์กร กล่าวคือ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องไม่ใช่องค์กรที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร แต่ในขณะที่ความอิสระในแง่ของการทำหน้าที่วินิจฉัยนั้นมิได้มีหลักประกันความอิสระเหมือนกรณีองค์กรตุลาการหรือผู้พิพากษา ทั้งนี้เนื่องจากองค์ประกอบของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทล้วนแต่เป็นตำแหน่งที่มีผู้บังคับบัญชาทั้งสิ้น การทำหน้าที่ในการวินิจฉัยอาจต้องอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้บังคับบัญชาโดยทางอ้อม ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยข้อพิพาทในกรณีใดกรณี

²⁰ นรินทร์ อธิสาร. (2546). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน. หน้า 58-61.

²¹ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 127 - 135). เล่มเดิม.

หนึ่งได้ ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นข้อแตกต่างระหว่างองค์กรตุลาการกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งอาจจะเรียกคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ว่าเป็นเพียง “องค์กรกึ่งตุลาการ”

(3) องค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยแล้วข่มก้อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น ๆ ลักษณะขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทจึงมิใช่เป็นเพียงองค์กรที่ให้ความเห็นทางกฎหมายหรือองค์กรที่ให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ และมีใช่เป็นเพียงองค์กรที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

(4) องค์กรนั้นจะต้องมีวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาท เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทดังกล่าว องค์กรนั้นจึงต้องมีวิธีพิจารณาเพื่อให้เกิดความมั่นใจต่อผู้ที่จะถูกวินิจฉัยจากคณะกรรมการดังกล่าวว่า ข้อพิพาทของตนได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง มีการรับฟังเหตุผลของผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งสองฝ่าย การวินิจฉัยของคณะกรรมการจะต้องมีการให้เหตุผล เป็นต้น นอกจากนี้วิธีพิจารณาของคณะกรรมการจะต้องกำหนดเรื่ององค์ประชุม องค์มติ รวมทั้งการให้สิทธิคู่กรณีในการคัดค้านกรรมการ ซึ่งหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวจึงควรต้องปรากฏในวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

2) ประเภทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

การแบ่งแยกประเภทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น สามารถแบ่งแยกออกได้หลายประเภท แต่ในที่นี้จะขอแยกประเภทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยพิจารณาจากขอบเขตภาระหน้าที่ ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 2 กลุ่ม²² คือ

(1) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องการบริหารงานบุคคลและการควบคุมวิชาชีพ ซึ่งลักษณะร่วมกันของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในกลุ่มนี้คือ เป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจในการวินิจฉัยเหนือต่อบุคคลที่เป็นสมาชิกเท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นข้าราชการที่อยู่ภายใต้คณะกรรมการของข้าราชการประเภทนั้น ๆ เช่น คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะที่เกี่ยวกับข้าราชการพลเรือน (ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4) หรือคณะกรรมการอัยการ (ก.อ.) ซึ่งมีอำนาจในการวินิจฉัยเหนือข้าราชการอัยการเท่านั้น ส่วนองค์กรในการควบคุมวิชาชีพย่อมมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเหนือบุคคล

²² แหล่งเดิม. (น. 135-137).

ที่อยู่ในองค์กรวิชาชีพนั้น ๆ เท่านั้น เช่น สภานายความ ย่อมมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับทนายความ เป็นต้น

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านตามกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่อง โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทประเภทนี้จะเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะตามที่กฎหมายนั้น ๆ บัญญัติไว้เท่านั้นและ โดยที่เป็นคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน กฎหมายจึงมักกำหนดให้บุคคลที่เข้ามาเป็นกรรมการเป็นผู้มีความรู้ความสามารถตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนั้น ๆ

3) สถานะของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเป็นองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมตรวจสอบของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเป็นการควบคุมที่อยู่ในโครงสร้างของการควบคุมภายในฝ่ายปกครองประกอบด้วยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ทั้งนี้โดยพิจารณาจากการให้คำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539²³ ซึ่งจากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นลักษณะของคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นยังอาจแยกตามองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยอุทธรณ์ออกได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ องค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่ม องค์กรเดี่ยวมักจะหมายถึงผู้บังคับบัญชาระดับสูงหรือผู้มีอำนาจควบคุมกำกับ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 ออกตามความมาตรา 45 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตัวอย่างเช่น หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด อธิบดี ปลัดกระทรวง นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด ในกรณีที่ทำ

²³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง.

คำสั่งทางปกครองทั่วไปมีลักษณะบางประการที่แตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครองที่เป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีดังต่อไปนี้²⁴

การวินิจฉัยข้อพิพาทโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องวินิจฉัยปัญหาในลักษณะเดียวกับการวินิจฉัยของศาล กล่าวคือจะต้องวินิจฉัยในประเด็นต่าง ๆ ที่คู่กรณียกขึ้นอ้าง เว้นแต่ไม่ใช่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีหรือมีเหตุที่ไม่ต้องวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว

1. คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องลงลายมือชื่อในคำวินิจฉัย ลักษณะเกี่ยวกับการพิพาทภาคีของศาล เพื่อให้กรรมการที่ลงชื่อต้องรับผิดชอบในคำวินิจฉัยดังกล่าว ดังนั้นหากกรรมการคนใดไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนั้นก็ย่อมมีสิทธิทำความเห็นแย้งได้

2. คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเป็นที่สุดและผูกมัดคู่กรณี (Res Judicata) เว้นแต่จะมีการอุทธรณ์ต่อไป ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยใหม่ไม่ได้ กรณีจะแตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่ได้เอง หากมีเหตุสมควรที่จะต้องเปลี่ยนแปลง

3. คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องวินิจฉัยไม่เกินคำขอ ทั้งนี้เพราะลักษณะดังกล่าวเป็นลักษณะขององค์กรตุลาการ ซึ่งแตกต่างไปจากการควบคุมตรวจสอบของผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ที่เป็นผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม โดยไม่ต้องคำนึงถึงประเด็นนั้นเป็นประเด็นที่มีการอุทธรณ์หรือไม่ก็ตาม

4) การควบคุมตรวจสอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยศาล²⁵

เมื่อการควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองลักษณะหนึ่ง ดังนั้นโดยหลักทั่วไปแล้วหากคู่กรณีไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงย่อมมีสิทธินำคดีฟ้องร้องต่อศาลได้ ซึ่งหากกฎหมายมิได้กำหนดให้ฟ้องร้องต่อศาลใดเป็นการเฉพาะแล้ว การโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งการควบคุมตรวจสอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วศาลจะไม่พิจารณาทบทวนข้อเท็จจริงที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ฟังมา เว้นแต่จะมีการโต้แย้งว่าการฟังข้อเท็จจริงคณะกรรมการฯ ไม่ถูกต้อง ดังนั้นขอบเขตอำนาจของศาลจึงอยู่ที่ปัญหาข้อกฎหมาย กล่าวคือศาลจะตรวจสอบการใช้กฎหมายของคณะกรรมการฯ การตรวจสอบทางกฎหมายเกี่ยวกับกับการฟังข้อเท็จจริง ซึ่ง

²⁴ คดีปกครองที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (รายงานผลการวิจัย) (น. 316). อ้างถึงใน *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (น. 135). เล่มเดิม.

²⁵ แหล่งเดิม. (น. 141 – 144).

ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงกล่าวโดยสรุปว่า โดยหลักทั่วไปแล้วการตรวจสอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยศาลนั้น ศาลจะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัย และเป็นกรณีที่เป็นการวินิจฉัยที่เกี่ยวกับถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ เนื่องจากคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้มีประสบการณ์และความสามารถเฉพาะทางที่อยู่ในฐานะที่จะประเมินเรื่องต่าง ๆ ได้ดีกว่าศาล

2.2 แนวความคิด หลักการเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านนิติกรรมทางปกครอง

2.2.1 หลักการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านนิติกรรมทางปกครองและการบอกล้างนิติกรรมทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว นิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะยังไม่ตกเป็นโมฆะ แต่จะเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้หากบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายบุคคลนั้นจะต้องดำเนินการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง โดยรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้กล่าวไว้²⁶ ว่าโดยหลักแล้วการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองกระทำได้โดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง และการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์นั้น มีความแตกต่างกับการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ เนื่องจากการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ผู้พิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจที่จะตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทั้งในแง่ความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนการดำเนินการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยศาลปกครองนั้น ศาลจะมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

อย่างไรก็ตามในระหว่างที่มีการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านนิติกรรมทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองย่อมต้องการที่จะบังคับการให้เป็นไปตามนิติกรรมทางปกครองในทันทีมิให้เกิดความล่าช้าในการปฏิบัติราชการ ในขณะที่เดียวกันประชาชนผู้ตกอยู่ภายใต้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมที่จะต้องการชดเชยวงมิให้มีการบังคับตามนิติกรรมทางปกครองจนกว่าจะได้มีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดในระหว่างนั้น เพราะในกิจการบางอย่างอาจจะไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้อีกภายหลัง

²⁶ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น. 168 – 169). เล่มเดิม.

สิทธิประโยชน์ของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองและประโยชน์ของมหาชนที่ขัดกันนี้ รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้กล่าวไว้²⁷ ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ ปกครองในชั้นศาลปกครอง มาตรา 80 กำหนดให้การอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านนิติกรรมทางปกครอง เป็นการทุเลาการบังคับตามนิติกรรมทางปกครอง (Aufschiebende Wirkung) นั้นหมายความว่า นิติกรรมทางปกครองจะไม่มีผลบังคับเป็นการชั่วคราวและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้ มาตรการบังคับการปกครองในระหว่างนั้นได้ แต่การทุเลาการบังคับนี้จะไม่นำมาใช้ หากเป็นการ กระทำต่อประโยชน์มหาชนซึ่งจะต้องบังคับทางปกครองในทันที (bei Gefährim Verzug) เช่น เรื่องการชำระภาษีอากรค่าธรรมเนียม มาตรการของเจ้าพนักงานตำรวจ หรือกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติ กำหนดไว้ให้บังคับการทางปกครองได้ทันทีโดยชัดแจ้ง หรือเข้ากรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนและสิทธิประโยชน์ของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ในกรณีเฉพาะราย อย่างไรก็ตาม มาตรการบังคับทางปกครองในทันทีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ได้ใช้ดังกล่าว ก็อาจถูกอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านได้อีกตามมาตรา 80 วรรคสี่และวรรคห้า VwGO หลักการในเรื่องการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านนิติกรรมทางปกครองเป็นการทุเลาการบังคับตาม นิติกรรมทางปกครองนี้ มีผู้เห็นว่า เป็นการทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลบังคับ แต่ศาล ปกครองสหพันธรัฐเห็นว่ามิได้ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลบังคับ เพียงแต่เป็นการขัดขวาง มาตรการบังคับทางปกครองเท่านั้น ในทางปฏิบัติไม่มีผลแตกต่างกัน เพราะไม่อาจดำเนินการ หรือใช้ประโยชน์โดยอาศัยนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

2.2.2 ระบบการอุทธรณ์

ระบบอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง คือ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีที่มาจาก การดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อน ฟ้องคดีปกครอง หลักการดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายปกครองที่สร้างสภาพบังคับและ กำหนดความสัมพันธ์เกี่ยวกับการจัดระบบการควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่ง ทางปกครอง) ในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองทั้งในชั้นฝ่ายปกครองและชั้นศาล โดยคำนึงถึง หลักความรับผิดชอบตามลำดับสายงานบังคับบัญชา (Hierarchy) และหลักความเชี่ยวชาญเฉพาะ ด้าน (Specialization) ภายในฝ่ายปกครองเพื่อให้ระบบบังคับบัญชาและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ดังกล่าวมีสภาพบังคับจริงในทางปฏิบัติ ภายใต้การควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง) ขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล และป้องกันมิให้องค์กรวินิจฉัยคดี ปกครองหรือศาลก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบและใช้อำนาจสั่งการของตนแทนอำนาจสั่งการ

²⁷ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 191-193). เล่มเดิม.

ทางบริหารของเจ้าหน้าที่ในทุกระดับชั้นโดยที่ตนเองมิได้เป็นผู้รับผิดชอบในการบริหาร จนทำให้ระบบการตรวจสอบโดยองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาลทาลายระบบบังคับบัญชาและเป็นระบบการตรวจสอบที่สร้างปัญหาใหม่ขึ้นมาบนทอนประสิทธิภาพการบริหารราชการแทนที่จะส่งเสริมประสิทธิภาพของการบริหารราชการ ซึ่งเป็นจุดประสงค์ของการสร้างองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาล²⁸

ผู้เขียนจึงนำเสนอแนวคิด หลักการเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.2.1 ระบบอุทธรณ์ตามกฎหมายของประเทศไทย

ในประเทศไทย ได้กำหนดให้ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองคู่กรณีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง หากคู่กรณีไม่ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองให้ครบถ้วนก่อน ศาลปกครองไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ เพราะถือว่าคู่กรณีไม่ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขก่อนฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วยเหตุนี้จึงถือว่าสถานะในทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์เป็นกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ การอุทธรณ์เป็นจุดเชื่อมระหว่างการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขในการรับฟ้องคดีของศาลในขณะเดียวกัน โดยมีเกณฑ์พิจารณาที่จะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนฟ้องคดีปกครอง 2 ประการ

1) กรณีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ ได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คู่กรณีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองให้ครบถ้วนก่อนฟ้องคดีปกครองเสมอ หากคู่กรณีไม่ได้ดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือดำเนินการอุทธรณ์แล้วแต่ยังไม่ครบถ้วนตามขั้นตอนศาลปกครองจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เช่น มาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาต ผู้ได้รับใบอนุญาต ผู้แจ้งตามมาตรา 39 ทวิ และผู้ได้รับคำสั่งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่ง” ดังนั้น หากคู่กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่พอใจคำสั่ง

²⁸ จาก “บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หลัก Exhaustion of administrative remedies (มาตรา 20 (4) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522),” โดย อมร จันทรมนุญ, 2531, (ธันวาคม), *วารสารกฎหมายปกครอง*, 7(3). น. 921.

จึงต้องอุทธรณ์ตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งได้บัญญัติขั้นตอนและวิธีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ

2) กรณีที่กฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ ไม่ได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้ หากเป็นการฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองและไม่มีกฎหมายยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น ถึงแม้กฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้ กรณีนี้ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ตามขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยศาลปกครองถือว่าจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ตามขั้นตอนหรือวิธีการภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542²⁹ อันเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง

1.1 การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(ก) คำสั่งทางปกครองที่อุทธรณ์ได้

คำสั่งทางปกครองที่อุทธรณ์ได้จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 44 และมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁰ ดังนี้

1) เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี ตามบทบัญญัติมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศรัณยู โปธีรัชตางกูร ได้อธิบายไว้³¹ ว่าในกรณีที่คำสั่งทางปกครองได้ออก

²⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 วรรคสอง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด.

³⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 44 วรรคหนึ่ง ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

มาตรา 48 คำสั่งทางปกครองของบรรดาคณะกรรมการต่าง ๆ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น แต่ถ้าคณะกรรมการดังกล่าวเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท สิทธิการอุทธรณ์และกำหนดเวลาอุทธรณ์ ให้เป็นไปตามที่บัญญัติในกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา.

³¹ จาก การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (น. 27), โดย ศรัณยู โปธีรัชตางกูร, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงวงศ์ ค. (ม.ป.ป.). คำบรรยายรายวิชา LA342(54) กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบทางละเมิด

โดยรัฐมนตรี คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้บังคับให้ต้องอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายเฉพาะฉบับใดก็เป็นองค์กรสูงสุดตามกฎหมายฉบับนั้น ๆ จึงไม่มีผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่าที่จะพิจารณาคำอุทธรณ์ได้ ดังนั้นคู่กรณีจึงต้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองโดยตรง

2) เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ออกโดยบรรดาคณะกรรมการซึ่ง ศรัณยู โปธีรัชตางกูร ได้อธิบายไว้³²ว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองได้ออกโดยคณะกรรมการต่าง ๆ ไม่ว่าจะ เป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้บังคับให้ต้องอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากคณะกรรมการต่าง ๆ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองโดยเฉพาะและไม่อยู่ในระบบสายการบังคับบัญชา คำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการจึงเป็นที่สุด ไม่มีองค์กรใดที่สูงกว่าที่จะพิจารณาคำอุทธรณ์ได้ ดังนั้นคู่กรณีจึงต้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองโดยตรง

(ข) การยื่นอุทธรณ์และกำหนดเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

1) ผู้มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็น “คู่กรณี” ซึ่งตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยาม “คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง แต่หากเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้นจะอุทธรณ์ไม่ได้ แต่บุคคลดังกล่าวสามารถโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้โดยตรง³³

2) คู่กรณีจะต้องยื่นคำอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁴ แต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมิได้ระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นอุทธรณ์หรือโต้แย้งและระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้นตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ของเจ้าหน้าที่. (น. 114). สืบค้นเมื่อ 5 มกราคม 2557, จาก [http://e-book.ram.edu/e-book/inside/html/dlbook.asp?code=LA342\(54\)](http://e-book.ram.edu/e-book/inside/html/dlbook.asp?code=LA342(54)).

³² แหล่งเดิม.

³³ แหล่งเดิม. (น. 115).

³⁴ บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หลัก Exhaustion of administrative remedies (มาตรา 20 (4) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522) (น. 921). เล่มเดิม.

พ.ศ. 2539³⁵ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้อธิบายไว้³⁶ ว่าระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์ หรือโต้แย้งนั้นจะเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่ดังกล่าวและระยะเวลาที่อาจอุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัตินี้ (15 วันตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง) หรือตามกฎหมายเฉพาะ (ถ้ามี) มีระยเวลานั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 40 วรรคสอง) ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ออกก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ไม่อยู่ภายใต้บังคับให้ต้องอุทธรณ์ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้

(ค) รูปแบบคำอุทธรณ์

ตามมาตรา 44 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁷ กำหนดให้รูปแบบของคำอุทธรณ์นั้นต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุชื่อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนในประเด็นที่ได้อุทธรณ์โต้แย้ง ซึ่งจะทำการพิจารณาอุทธรณ์มีความสะดวกมากยิ่งขึ้น

(ง) ระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า การยื่นอุทธรณ์นั้นจะต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์จะเริ่มขึ้นตั้งแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้รับอุทธรณ์ดังกล่าว โดยจะต้องพิจารณาและแจ้งผู้อุทธรณ์ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่รับอุทธรณ์ว่าเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์นั้นหรือไม่ หากไม่เห็นด้วยไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ต้องส่งคำอุทธรณ์พร้อมความเห็นของตนไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เพื่อให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงานและหากมีความจำเป็นก็ขอ

³⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 40 คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ให้ระบุนกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วย

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่และระยะเวลาดังกล่าวมีระยเวลาสั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่รับคำสั่งทางปกครอง

³⁶ คำบรรยายรายวิชา LA342(54) กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. (น. 114-115). เล่มเดิม.

³⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 44 วรรคสอง คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุชื่อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

ขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁸

(จ) ขอบเขตการพิจารณาอุทธรณ์และผลการพิจารณาอุทธรณ์

ในการพิจารณาอุทธรณ์เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายหรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดและในเรื่องใดก็ได้ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁹ แต่หากเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวต้องเร่งรายงานความเห็นพร้อมด้วยเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งกรณีดังกล่าว ศรัณยู โปธีรัชตางกูร ได้อธิบายไว้⁴⁰ ว่าขอบเขตการพิจารณาคำอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น ก็เป็นเช่นเดียวกับขอบเขตการพิจารณาคำอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนผลการพิจารณาอุทธรณ์นั้น เมื่อผู้ออกคำสั่งทางปกครองพิจารณาคำอุทธรณ์หรือเมื่อผู้มีอำนาจพิจารณา

³⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 45 ให้เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง พิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าวด้วย

ถ้าเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว ในการนี้ ให้ขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เจ้าหน้าที่ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคสองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง บัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้กับกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น.

³⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

มาตรา 46 ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้.

⁴⁰ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (น. 29). เล่มเดิม. อ้างถึงใน คำบรรยายรายวิชา LA342(54) กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. (น. 117). เล่มเดิม.

คำอุทธรณ์ได้พิจารณาคำอุทธรณ์ตามขั้นตอนดังกล่าวที่กล่าวมาแล้ว บุคคลดังกล่าวอาจจะมีคำสั่งแทนคำสั่งเดิมได้เต็มที่ เพราะในระบบนี้เป็นการพิจารณาคำอุทธรณ์โดยผู้บังคับบัญชาตามสายงานปกติ จึงเป็นการทบทวนคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง แต่หลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมจะกระทำได้เพียงใด และจะมีผลในอนาคตอย่างไร ก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

(จ) การทูลเกล้าฯ บังคับ

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่เป็นเหตุให้ทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทูลเกล้าฯ บังคับโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 วรรคสาม และมาตรา 56 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁴¹ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองสามารถบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้ แม้จะมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองด้วยก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว ต้องเป็นการใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองโดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นน้อยที่สุด

1.2 คำสั่งทางปกครองที่ต้องอุทธรณ์ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด⁴²

คำสั่งทางปกครองที่ต้องอุทธรณ์ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดนั้น คำสั่งดังกล่าวเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด มีดังนี้

⁴¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 44 วรรคสาม การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทูลเกล้าฯ บังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง

มาตรา 56 เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ตามบทบัญญัติในส่วนนี้ เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทูลเกล้าฯ บังคับไว้ก่อนโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งจะมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาหรือเจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ดำเนินการก็ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ให้เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด.

⁴² จาก *ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 39), โดย ประเวศ อรรถสุกผล, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- 1) คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539
- 2) การโต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับสิทธิในการเบิกค่าเช่าบ้าน
- 3) คำสั่งของเจ้าพนักงานที่ดินที่ไม่ออกโฉนดที่ดิน
- 4) คำสั่งยกเลิกการประมูลจ้างเหมาก่อสร้างถนน
- 5) คำสั่งไม่อนุมัติให้พักการลงโทษในคดีอาญา
- 6) ประกาศผลการสอบภาคทฤษฎีของวิชาที่สอบ

จากการวางหลักของศาลปกครอง ดังกล่าวข้างต้นมีผลทำให้ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในเขตอำนาจของศาลปกครองเป็นระบบอุทธรณ์บังคับ ส่วนการฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในเขตอำนาจศาลยุติธรรมมิได้ใช้ระบบอุทธรณ์บังคับ เพราะเงื่อนไขในการรับฟ้องของศาลยุติธรรมมิได้บังคับให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนฟ้องคดี หากกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ มิได้กำหนดขึ้นตอนการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ คู่ความในคดีไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดี

2.2.2.2 ระบบอุทธรณ์ภายในของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส⁴³

ในประเทศฝรั่งเศส การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นหลักการที่ศาลปกครองใช้วางแนวทางเกี่ยวกับการจัดกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในการตรวจสอบทบทวนคำสั่งทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะพิจารณารับรองสภาพบังคับของขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเพื่อสร้างระบบตรวจสอบที่ยืดหยุ่นและเหมาะสมกับคำสั่งทางปกครองแต่ละประเภทรวมทั้งเพื่อช่วยลดคดีที่จะขึ้นสู่ศาลปกครองด้วยโดยในระยะแรกนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสวางแนวทางบังคับใช้ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นแบบไม่บังคับหรือเพื่อเลือก กล่าวคือ ในกรณีทั่วไป คู่กรณีหรือผู้เสียหายอาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีปกครองหรือไม่ก็ได้หรือจะอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและฟ้องศาลได้ด้วยพร้อม ๆ กันก็ได้และโดยที่การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีต่อศาลต่างก็มีข้อดีอยู่ในตัวของมันเอง ดังนั้นประชาชนจะได้รับประโยชน์มากกว่าหากเลือกที่จะใช้วิธีการดังกล่าวทั้งสองทาง ทางด้านฝ่ายปกครองเองก็จะได้รับประโยชน์ตรงที่สามารถแก้ไขข้อผิดพลาดของตนเองแทนที่จะต้องถูกตรวจสอบโดยศาล การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองยังเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระให้กับศาลด้วยโดยทำให้เกิดการตกลงกันระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนที่ทำให้ไม่ต้องใช้กระบวนการพิจารณาทางศาล การแบ่งเบาภาระของผู้พิพากษาเพื่อให้การพิจารณาของศาลมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น ประเทศ

⁴³ แหล่งเดิม. (น. 40 – 41).

ฝรั่งเศสจึงทำให้เกิดบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญปี 31 ค.ศ. 1987 ซึ่งในมาตรา 3 ได้กำหนดให้มีการตรารัฐธรรมนูญเพื่อบังคับให้ต้องมีการอุทธรณ์หรือร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาลในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะสามารถทำให้ง่ายต่อการประนีประนอมกันและหลีกเลี่ยงการเป็นคดีความกันแต่ขณะนี้ก็ยังมีได้มีการตรารัฐธรรมนูญดังกล่าวขึ้น

การอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้มิได้เป็นเงื่อนไขในการรับฟ้อง ดังนั้นไม่ว่าจะมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือไม่ ศาลปกครองฝรั่งเศสก็สามารถรับเรื่องไว้พิจารณาได้ เว้นแต่ต้องห้ามมิให้รับไว้พิจารณาด้วยเหตุอื่น กล่าวคือมีกฎหมายเฉพาะเรื่องบังคับให้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเป็นการบังคับใช้ในขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดี คู่กรณีหรือผู้เสียหายจะต้องอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อองค์กรฝ่ายปกครองให้เสร็จสิ้นครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อนมิฉะนั้นศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่รับไว้พิจารณา⁴⁴

ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้บังคับใช้ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีมากขึ้น โดยศาลจะพิจารณาคำที่ใช้ในบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่อง ซึ่งหากถ้อยคำดังกล่าวไม่ชัดเจนว่าเป็นขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่มีลักษณะบังคับ ศาลจะพิจารณาจากการจัดระบบอุทธรณ์ที่กฎหมายกำหนดขึ้นว่ามีลักษณะที่เป็นหลักประกันในการควบคุมการออกคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างจริงจังหรือไม่ กล่าวคือพิจารณาองค์การที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ว่าประกอบไปด้วยคณะผู้แทนของกลุ่มผลประโยชน์ดังกล่าวหรือไม่ จะต้องพิจารณาอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาหรือไม่ และในการวินิจฉัยอุทธรณ์ต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือไม่ หากขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีลักษณะดังกล่าวข้างต้นศาลมีแนวโน้มที่จะตีความว่าเป็นระบบอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่มีลักษณะบังคับก่อนฟ้องคดีซึ่งคู่กรณีหรือผู้เสียหายจะต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล นอกจากนี้ ประเทศฝรั่งเศสได้มีนโยบายในการใช้ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่มีลักษณะบังคับมากขึ้นเพื่อที่จะลดคดีที่จะขึ้นสู่ศาลปกครองโดยได้ออกรัฐบัญญัติ (Loi) ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1987 เกี่ยวกับการปรับปรุงการดำเนินคดีในศาลปกครองโดยให้อำนาจออกรัฐกฤษฎีกา (Decret) กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดีหรือการเสนอเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการว่าต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือผ่านกระบวนการ

⁴⁴ จาก “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง,” โดย โกลิน พลกุล, 2524, *วารสารนิติศาสตร์*, 12(1). น. 53. และจาก *การทบทวนคำสั่งทางปกครอง* (รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539), โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2541, น. 111. อ้างถึงใน *ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์) (น. 41). เล่มเดิม.

ไกล่เกลี่ยก่อน⁴⁵ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการป้องกันไม่ให้เกิดคดีปกครอง ซึ่งเป็นมาตรการที่เสนอโดยนักวิชาการ และสภาแห่งรัฐก็รับความคิดดังกล่าวมาศึกษาและปฏิบัติ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวประกอบไปด้วยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (Recours Administratif) การประนีประนอมยอมความทางปกครอง (Transaction) และการไกล่เกลี่ย (Conciliation)⁴⁶

ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศสเป็นการขอให้พิจารณา ทบทวนนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครองและกฎ) ทั้งในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (l'illégalité) และความไม่เหมาะสม (l'inopportunité) โดยจะใช้ในกรณีที่มีนิติกรรมทางปกครอง ขึ้นแล้วเท่านั้น แต่จะไม่ใช้บังคับกับนิติกรรมทางตุลาการ (Acte Juridictionnel) การกระทำกายภาพ ละเมิดและสัญญาทางปกครอง⁴⁷

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีการแยกเป็น 2 ระบบ⁴⁸ คือ

(1) ระบบปกติ (Recours Administratif Ordinaire) ระบบนี้เป็นระบบการอุทธรณ์ ภายในฝ่ายปกครองที่เป็นหลักทั่วไปโดยอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง หรืออุทธรณ์ต่อ ผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง การอุทธรณ์ประเภทนี้ จึงไม่มีรูปแบบ กระบวนพิจารณา ไม่ต้องมีส่วนได้เสียก็อุทธรณ์ได้และไม่มีอายุความ โดยจะอุทธรณ์เมื่อใดก็ได้ ส่วนการจะรับพิจารณาหรือไม่ก็อยู่ในดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ การอุทธรณ์ในระบบนี้โดยหลักจะเป็น ระบบการอุทธรณ์ไม่บังคับหรือระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือกคู่กรณีจะอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ก่อนหรือไม่ก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดว่าเป็นกรณีบังคับโดยตรง แม้ในทางทฤษฎี การอุทธรณ์ในระบบนี้จะไม่ถือว่ามียุทธศาสตร์ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติเนื่องจากการเสนอคดีต่อ องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะมีอายุความกำหนดให้ต้องกระทำภายในสองเดือนนับแต่ได้รับแจ้ง คำสั่งทางปกครอง ดังนั้นจึงมีผลโดยปริยายว่าคู่กรณีต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองภายใน อายุความสองเดือน และอายุความจะเริ่มต้นนับใหม่ตั้งแต่มีคำสั่งทางปกครองครั้งใหม่ แต่ในกรณี ฝ่ายปกครองนิ่งเงียบไม่ตอบจะมีการนำหลักปฏิเสศโดยปริยายมาใช้เมื่อพ้นสี่เดือน ซึ่งคู่กรณีก็มี

⁴⁵ From *Droit du contentieux administrative*. (pp. 388-344), by R. chapus, 1996, *Domat Droit Public* Paris, Montchrestien. อ้างใน *ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 42). เล่มเดิม.

⁴⁶ จาก *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในขั้นตอนการอุทธรณ์และร้องทุกข์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบ คุณธรรม* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 69), โดย สุจิตาพัสว ทองมา, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁴⁷ จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น. 368 – 369), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์ ก, 2540,

⁴⁸ แหล่งเดิม. (น. 369).

เวลาอีกสองเดือนที่จะนำคดีเสนอต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง⁴⁹ ซึ่งในปัญหาเรื่องการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองเมื่อรับคำร้องเรียนแล้ว (le silence de l'administration) หลักที่จะต้องมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองก่อนที่จะมาฟ้องศาล (Decision Prelable) อาจเสี่ยงต่อการที่จะทำให้ไม่อาจมีการฟ้องคดีได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองรับคำร้องเรียนแล้วนิ่งเสียทำให้เอกชนฟ้องคดีไม่ได้เพราะยังไม่มีคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นกับกรณีของคำร้องขอของประชาชน (มิใช่คำร้องเรียน) ที่ยังไม่ได้รับคำตอบจากฝ่ายปกครองทำให้ประชาชนไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1900 บัญญัติให้ถือว่าการเพิกเฉยของฝ่ายปกครองเป็นเวลาสี่เดือนติดต่อกันนับแต่วันที่รับคำร้องเรียนหรือคำร้องขอของเอกชนเท่ากับเป็นการปฏิเสธคำร้องโดยปริยาย (Decision implicite de rejet)⁵⁰ เอกชนสามารถนำคดีมาฟ้องศาลปกครองได้และศาลรัฐธรรมนูญถือว่าหลักเกณฑ์ที่ว่าการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองเป็นเวลาสี่เดือนติดต่อกันถือเป็นการปฏิเสธคำร้องโดยปริยายนี้ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ในขณะที่สภาแห่งรัฐไม่ยอมรับว่าหลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเกิดความไม่ลงรอยกันของคำพิพากษาดังกล่าว สำหรับผู้ร้องแล้วเอกชนเพียงแต่พิสูจน์ว่าได้ส่งคำร้องของตนไปยังฝ่ายปกครองแล้ว เช่น เพียงนำใบตอบรับของไปรษณีย์ตอบรับ (Recepisse de la poste) มาแสดงต่อศาลว่าได้ส่งคำขอไปแล้ว แต่ฝ่ายปกครองเพิกเฉยเกินสี่เดือนก็สามารถนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้⁵¹

ในกรณีที่มีคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้ง เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น การอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งเป็นสิทธิของคู่กรณีที่จะอุทธรณ์หรือไม่ก็ได้ภายในอายุความการฟ้องคดีต่อศาลและการอุทธรณ์จะทำให้อายุความการฟ้องคดีขยายไปเริ่มนับใหม่ตั้งแต่มีการวินิจฉัยอุทธรณ์ในทางตรงกันข้าม กรณีที่เป็นคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย การอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายอีก ซึ่งการอุทธรณ์นี้เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นก่อนนำคดีมาสู่ศาล⁵²

⁴⁹ แหล่งเดิม. (น. 369-370).

⁵⁰ ปัจจุบันบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นรัฐบัญญัติ DCRA มาตรา 21 ซึ่งวางหลักว่าการที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่ตอบคำร้องนานกว่าสองเดือนนับแต่วันที่ได้รับคำร้อง ถือว่าฝ่ายปกครองยอมรับ.

⁵¹ จาก *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (น. 205), โดย ซอง ริเวโร และซอง วาลีน (แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ), 2545, กรุงเทพฯ.

⁵² การไต่ถามข้อพิพาทในขั้นตอนการอุทธรณ์และร้องทุกข์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์) (น. 71). เล่มเดิม.

(2) ระบบพิเศษ (Recours Spéciaux) ระบบนี้เป็นระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง⁵³ ที่กฎหมายหรือกฎทางปกครองจะกำหนดให้มีการอุทธรณ์นิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องได้โดยตรงและกำหนดวิธีการเฉพาะไว้ เช่น การกำหนดให้อุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจกำกับดูแลเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้ (recours de tutelle) หรือการให้อุทธรณ์ต่อองค์กรเฉพาะในฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นได้ซึ่งบางครั้งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นเองหรือผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งนั้นหรือเป็นคณะกรรมการก็ได้ แต่โดยที่เป็นระบบพิเศษกฎหมายหรือกฎทางปกครองจะกำหนดรายละเอียดของวิธีการอุทธรณ์ กระบวนการพิจารณาและระยะเวลาอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งระบบพิเศษนี้จะเป็นการบังคับให้อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนหรือไม่ เป็นอีกปัญหาหนึ่งโดยหลักจะถือว่าเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ คู่กรณีจะใช้ระบบพิเศษนี้หรือไม่ก็ได้ (la faculté) แต่จะมีหลายกรณีที่เป็นการบังคับ (l'obligation) ว่าต้องใช้ระบบพิเศษนี้ก่อนจะนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลโดยเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งหากไม่ดำเนินการตามขั้นตอนบังคับนี้ก่อนองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองศาลจะไม่รับพิจารณาให้

2.2.2.3 ระบบการอุทธรณ์ภายในของฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีระบบเดียวคือระบบบังคับ⁵⁴ ระบบบังคับ มาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ว่า ในการเสนอคำฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในคดีฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคดีฟ้องบังคับให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีจะต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง โดยให้ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นเองภายในหนึ่งเดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง ถ้าเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ก็จะแก้ไขคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ก็ต้องส่งคำอุทธรณ์ต่อไปให้เจ้าหน้าที่ระดับผู้บังคับบัญชาพิจารณาและผู้อุทธรณ์จะมีระยะเวลาอีกหนึ่งเดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ในการนำคดีไปสู่ศาลปกครอง แต่ในกรณีที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่วินิจฉัยอุทธรณ์หรือไม่พิจารณาคำอุทธรณ์เมื่อเวลาล่วงพ้นไปไม่น้อยกว่าสามเดือนนับแต่ได้ยื่นคำอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยถือว่าการที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยเกินสามเดือนเป็นการล่าช้าเกินสมควร บทบัญญัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (Vorverfahren oder widerspruchverfahren)

⁵³ ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 43 – 44). เล่มเดิม.

⁵⁴ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 375). เล่มเดิม.

ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 68 ถึงมาตรา 73 VwGO สรุปขั้นตอนในสาระสำคัญได้ว่า⁵⁵ เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Ausgangbehörde) ออกคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) ผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อภาระแก่ตนก็จะต้องยื่นคำคัดค้าน (Widerspruch) ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ภายในกำหนดเวลาหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่งทางปกครองรวมทั้งการอธิบายถึงสิทธิโต้แย้งหรืออุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Bekanntgebahrung) หากได้รับคำสั่งทางปกครองโดยมิได้แจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองได้ภายในเวลาหนึ่งปี หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาถึงเหตุผลของการโต้แย้งทบทวนคำสั่งทางปกครองอีกครั้ง ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งเห็นด้วยกับการโต้แย้งหรือคำอุทธรณ์ว่ามีเหตุผลรับฟังได้ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็จะออกคำสั่งทางปกครองให้ใหม่เอง (Widerspruch ist stattgegeben, Verwaltungsakt wird aufgehoben order geändert) แต่ถ้าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิมว่าชอบด้วยกฎหมาย ก็จะเสนอให้ผู้บังคับบัญชาลำดับเหนือขึ้นไปพิจารณา (nachsthohere Behörde) ซึ่งเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาจะตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง (Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit) หลังจากนั้นก็จะออกคำสั่งพิจารณาอุทธรณ์ (Widerspruchbescheid) ซึ่งหากปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาเห็นว่าคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ระดับต้นออกโดยผิดพลาด ก็จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงต่อไป แต่ถ้าเห็นว่าออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะมีคำสั่งยกอุทธรณ์ ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ยังคงมีทางแก้ไขเยียวยาได้ต่อไปโดยยื่นฟ้องต่อศาลปกครองขอให้วินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายขอให้บอกล้างคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การอุทธรณ์ในระบบบังคับก่อนฟ้องคดีนี้เกิดขึ้นจากกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองมิได้เกิดขึ้นจากการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ระบบนี้จึงผูกติดกับวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดีด้วย กล่าวคือหากเป็นกรณีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกรณีการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง จะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอ มิฉะนั้นศาลจะไม่รับฟ้อง ส่วนคำฟ้องอื่นจะไม่อยู่ในระบบบังคับนี้

อย่างไรก็ตาม ระบบอุทธรณ์บังคับก่อนฟ้องคดีดังกล่าวมาข้างต้นนั้น มีข้อยกเว้นของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 68 VwGO ได้ 3 กรณีด้วยกัน คือ⁵⁶

⁵⁵ จาก *หลักที่สำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน (Grundzüge des deutschen Verwaltungsgericht sprozesses)* (บทความนำเสนอในการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง Administrative Court and Administrative Court Procedure) (น. 28-29), โดย เพ็ญศรี วงศ์เสรี, 2540 (สิงหาคม).

⁵⁶ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศเยอรมนีในเชิงเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย* (เอกสารประกอบการ

(1) กรณีแรก ได้แก่ ในกรณีที่มิได้มีกฎหมายซึ่งอาจเป็นกฎหมายของสหพันธ์หรือมลรัฐ ก็ได้ กำหนดหลักการยกเว้นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ ประชาชนผู้ซึ่งถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองไม่ต้องดำเนินการตามมาตรา 68 VwGO ทั้งนี้กฎหมายดังกล่าวต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับภายหลังวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1960 กล่าวคือประกาศใช้ภายหลังกฎหมาย VwGO นั่นเอง

(2) กรณีที่สอง ได้แก่ กรณีที่คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) นั้นได้ออกโดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองชั้นสูงสุดของสหพันธ์ เนื่องจากคำวินิจฉัยหรือการตัดสินใจของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่มีระดับหรือชั้นที่สูงกว่ามาควบคุมตรวจสอบอีกแล้ว

เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองชั้นสูงสุดของสหพันธ์ ได้แก่ นายกรัฐมนตรี ประธานาธิบดี รัฐมนตรี สำหรับเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองชั้นสูงสุดของมลรัฐจะกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการบริหารทางปกครองของมลรัฐ

(3) กรณีที่สาม ได้แก่ กรณีที่ได้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองได้พิจารณาวินิจฉัยคำอุทธรณ์ดังกล่าวโดยไปมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่สาม กรณีดังกล่าวนี้ บุคคลที่สามจะมาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ A ได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองที่ปฏิเสธไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ต่อมา เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองได้พิจารณาคำอุทธรณ์แล้วมีคำวินิจฉัยแก้ไขคำสั่งทางปกครองเดิม อนุญาตให้ A ก่อสร้างอาคารได้ โดยคำสั่งอนุญาตดังกล่าวมีผลกระทบต่อ B (เพื่อนบ้านของ A) ในกรณีนี้ B ซึ่งเป็นบุคคลที่สามมีสิทธิยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้โดยตรง โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อน ซึ่งเหตุผลของข้อยกเว้นในกรณีนี้คือ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสองครั้งนั่นเอง แม้ว่าผู้ยื่นคำอุทธรณ์ครั้งแรกจะมีใช้บุคคลที่สามก็ตาม

นอกจากนี้ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีระบบการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองซึ่งไม่ใช่เป็นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง โดยจะเรียกว่า ระบบปกติ⁵⁷

ระบบปกติ ระบบนี้เป็นไปตามแนวคิดที่ว่าโดยหลักทั่วไปฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตรวจสอบการกระทำของตนในกรณีมีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องเพิกถอน เว้นแต่คำสั่งทางปกครองนั้นจะกระทบประโยชน์ของบุคคลผู้สุจริตซึ่งการเพิกถอนนี้จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง และผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่

บรรยาย โครงการพัฒนาคนพัฒนางานจากความรู้ประสบการณ์...สู่เวทีเสวนา (น. 6-7), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2552, ระหว่างวันที่ 23-24 กรกฎาคม 2552 ณ ห้องสัมมนา 2 (แนวลาด) ชั้น B1 สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 6-7.

⁵⁷ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 375). เล่มเดิม.

ผู้นั้นก็ย่อมดูแลตรวจสอบให้มีการเพิกถอนได้ตามระบบปกติของสายการบังคับบัญชา เพียงแต่ไม่ถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำ แต่เป็นดุลพินิจว่ากระทำหรือไม่ก็ได้ตามหลักกฎหมายในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่มีระยะเวลาชัดเจนแต่อย่างใด ดังนั้นแม้ว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ไปแล้ว เจ้าหน้าที่ก็มีดุลพินิจที่จะทบทวนอีกได้หรือแม้แต่การจะพิจารณาใหม่ไปในทางเพิ่มภาระก็สามารถกระทำได้ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

2.2.3 หลักการลบล้างคำสั่งทางปกครอง⁵⁸

คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นรูปแบบของการกระทำทางปกครองที่สำคัญที่สุดนั้นมีคุณลักษณะพิเศษที่ไม่ปรากฏในการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่นดังที่ได้กล่าวมาแล้วหลายประการ คุณลักษณะที่โดดเด่นประการหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง คือ แม้ว่าจะองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นจึงจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ซึ่งหมายความว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งฯ ต้องการ ด้วยเหตุนี้ในกรณีทั่วไปแม้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ตกเป็นโมฆะแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลผูกพันบุคคลผู้รับคำสั่งให้ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้จนกว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะสิ้นผลลงคำสั่งทางปกครองอาจสิ้นผลลงได้ในหลายลักษณะ เช่น สิ้นผลลงโดยเงื่อนไข โดยเงื่อนไข หรือโดยสภาพของเรื่องเนื่องจากได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองแล้ว แต่การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด คือ การสิ้นผลลงโดยการเจตนาลบล้างโดยองค์กรของรัฐ โดยทั่วไปแล้วองค์กรของรัฐที่สามารถลบล้างคำสั่งทางปกครองได้ย่อมได้แก่องค์กรตุลาการ ทั้งนี้โดยการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และองค์กรฝ่ายปกครอง การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะใหญ่ ๆ คือ ในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองประการหนึ่งและนอกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองอีกประการหนึ่ง โดยในการพิจารณาลบล้างคำสั่งทางปกครองนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจแสดงเจตนายกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเงื่อนไขในการลบล้างคำสั่งทางปกครองหรือทำให้

⁵⁸ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 219 – 223), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสิ้นผลลงมีความแตกต่างกัน การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่จะกล่าวต่อไปนี้จำกัดเฉพาะการลบล้างคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เฉพาะการลบล้างนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่เท่านั้น การลบล้างคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์โต้แย้งในชั้นเจ้าหน้าที่เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่จะต้องกล่าวถึงและอธิบายในบริบทของการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

ในการทำความเข้าใจการลบล้างคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะลบล้างนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นพิจารณาจากแง่มุมของบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแล้วเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากเวลาที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นสำคัญว่า ในเวลานั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ คำสั่งทางปกครองใดที่ ณ เวลาออกคำสั่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการลบล้างคำสั่งทางปกครองหรือทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสิ้นผลลง โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้โดยมิพักต้องคำนึงว่าในเวลาต่อมาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงจะเปลี่ยนแปลงไปจนทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ไม่อาจจะออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ตั้งแต่แรกหรือไม่ สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ ณ เวลาออกคำสั่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการลบล้างคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระ (ไม่ให้เป็นประโยชน์) มีความสำคัญอย่างยิ่งในแง่ของกฎเกณฑ์แห่งการลบล้างคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งฯ ย่อมมีเงื่อนไขที่ซับซ้อนยุ่งยากกว่าการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระแก่ผู้รับคำสั่งฯ คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งฯ อาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน

หรือประโยชน์อื่นใดที่แบ่งแยกได้ หรือใบอนุญาตต่าง ๆ ส่วนคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระย่อมได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิหรือประโยชน์ได้เสียทั้งหลายทั้งปวงของผู้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น ดังนั้น การวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์หรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากมุมมองของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ ดังนั้น ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการจะลบคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระ เพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองใหม่ที่สร้างภาระยิ่งกว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการลบคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ ในทางกลับกัน ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการลบคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ทั้งนี้เพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์กับผู้รับคำสั่งยิ่งกว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการลบคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระ โดยทั่วไปแล้ว การลบคำสั่งทางปกครอง คือ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายความว่าแม้เงื่อนไขในการลบคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายมีอยู่อย่างครบถ้วน องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะไม่ดำเนินการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองก็ได้ อนึ่ง คำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน ดังนั้น โดยหลักแล้ว คำสั่งดังกล่าวย่อมถูกเพิกถอนหรือยกเลิกต่อไปได้เช่นกัน

2.3 หลักการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิทางกฎหมายปกครองของประชาชนภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาล

2.3.1 หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิ⁵⁹

หลักพื้นฐานในการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิ ตามศัพท์ภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Rechtsschutz” เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชน หรือเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาคำฟ้องต่าง ๆ ที่ยื่นต่อศาลปกครอง ได้แก่ Anfechtungsklage (คู่ความต่างสถานะกัน) Parteistreitigkeit (คู่ความสถานะเดียวกัน) และ Normenkontrolle (การควบคุมกฎหมายลำดับรอง) Menger และ Duerig สรุปว่าวิธีพิจารณาความปกครองสนองประโยชน์สองประการ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (Individualrechtsschutz) และการควบคุมฝ่ายปกครอง (Verwaltungskontrolle) จึงเห็นว่า คำว่า Rechtsschutz หมายถึง การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง

⁵⁹ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 60 – 64). เล่มเดิม.

ให้ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกว้างกว่าการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามมาตรา 19 วรรคสี่ แห่ง รัฐธรรมนูญ Jellinek ให้ความหมายของคำว่า “Rechtsschutz” เน้นไปในเรื่องการควบคุมการกระทำ ของฝ่ายปกครอง เพราะนิติกรรมทางปกครองจะเป็นศูนย์กลางความคิดและเจตนาสำคัญของการ ฟ้องร้องคดีปกครอง ดังนั้นหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชน จึงเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า หลักการ คุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ⁶⁰ โดยศาลปกครองสหพันธรัฐเคยวินิจฉัยว่าการควบคุมกฎหมาย ลำดับรองก็เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (abwerhrende Funktion) ตาม BVerwGE 3, 236

ในวิธีพิจารณาความปกครองของศาลใช้คำว่า ผู้ร่วมในการพิจารณา (Beteiligten) แทน คำว่า คู่ความ (Parteien) ตามมาตรา 61 และใช้หลักวิธีพิจารณาค้นหาความจริง (Untersuchungsmaxime) แทนหลักเจรจา (Verhandlungsmaxime) ตามมาตรา 86 แต่ในเรื่องการระงับการพิสูจน์ให้เป็นของผู้อื่น คำร้องตามมาตรา 88 เช่นเดียวกับวิธีพิจารณาความแพ่ง

ลักษณะพิเศษของวิธีพิจารณาความปกครองอิงอยู่กับการกระทำต่าง ๆ ของ ฝ่ายปกครอง ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิอ้างว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวโดยนิตินัยว่า ขึ้นอยู่กับ นิติกรรมทางปกครองไม่ใช่คำฟ้อง แต่ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิอยู่ในฐานะเป็นโจทก์ (Kläger) จะต้องป้องกันสิทธิของตนที่ไม่อาจรอดได้ ข้อเสียเปรียบนี้แก้ด้วยการขอทุเลาการบังคับ (aufschiebende Wirkung) ตามมาตรา 80 มีผลให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังไม่อาจบังคับการตาม นิติกรรมทางปกครองของตนได้ วิธีพิจารณาความปกครองของศาลเน้นในประเด็นที่ประชาชนฟ้อง ขอให้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง มิใช่ให้ออกนิติกรรมทางปกครอง (Leistung der Behörde) คำฟ้องจึงอยู่ในลักษณะก่อสิทธิโดยให้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ทำให้ผู้ยื่นคำฟ้องเสียสิทธิ ถ้าประชาชนผู้ยื่นคำฟ้องเป็นฝ่ายชนะคดี นิติกรรมทางปกครองก็จะถูกยกเลิกและฝ่ายปกครอง ไม่อาจบังคับการตามคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองของตนได้

2.3.2 ขั้นตอนการคุ้มครองสิทธิของประชาชน⁶¹

ขั้นตอนการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutz) ต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ ซึ่งประกอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการกระทำของ ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) ก่อให้เกิดความคิดเรื่อง การคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutzgedanke) ระบบการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ในนิติรัฐอาจแบ่งการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเป็นสองขั้นตอนด้วยกัน

⁶⁰ จาก หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็น (น. 293), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ข, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶¹ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 72). เล่มเดิม.

2.3.2.1 การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกัน⁶²

การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกัน (präventiver Rechtsschutz) เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายในอำนาจบริหารในส่วนของฝ่ายปกครอง โดยให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตั้งแต่เริ่มดำเนินการรับเรื่อง สืบหาข้อเท็จจริง ปรับข้อเท็จจริงที่ยุติเข้ากับข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ จนถึงขั้นตอนของการ วินิจฉัยและออกนิติกรรมทางปกครอง เช่น คำสั่ง หรือ ใบอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำการทุกขั้นตอนโดยชอบด้วยหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติและชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติทางปกครอง ทำนองการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (Justizmäßigkeit)

การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกันภายใต้ข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการกระทำของรัฐให้สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะทำได้ สหพันธ์รัฐจึงตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) กำหนดหลักวิธีพิจารณาไว้อย่างชัดเจน เช่น หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ (Unbefangenheitsgrundsatz) หลักการพิสูจน์ความจริง (Untersuchungsgrundsatz) หลักการรับฟัง (Anhörung) หลักการขอตรวจดูเอกสาร (Akteneinsicht) หลักการให้เหตุผล (Begründungszwang) เป็นต้น ซึ่งอาจเทียบได้กับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ของประเทศอังกฤษ

2.3.2.2 การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไข⁶³

การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไข (repressive Rechtsschutz) เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว อันมีผลไปกระทบสิทธิหรือโต้แย้งสิทธิของประชาชน ซึ่งได้แก่การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในของฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอีกประการหนึ่ง อำนาจควบคุมตรวจสอบทั้งสองประการนี้แตกต่างกัน กล่าวคือ องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการหรือศาล จะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติของนิติกรรมทางปกครอง (Rechtmäßigkeitskontrolle) ส่วนการควบคุมตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครองนั้นจะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์เนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของนิติกรรมทางปกครอง (Rechtmäßigkeits und Zweckmäßigkeitskontrolle)

⁶² แหล่งเดิม. (น. 73).

⁶³ แหล่งเดิม. (น. 72).

(1) การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไขภายในอำนาจบริหาร (ฝ่ายปกครอง) คือสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นก่อนที่ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิจะเสนอคำฟ้องของตนต่อศาลปกครอง เขาจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งนิติกรรมทางปกครองนั้นต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นสูง เพื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นสูงจะได้ทบทวนควบคุมและตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (Rechtmäßigkeits und Zweckmäßigkeit des Verwaltungs-aktes) ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในอำนาจบริหารดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นเงื่อนไขบังคับของการเสนอคำฟ้องต่อศาลตามมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล สำหรับข้อยกเว้นของเงื่อนไขบังคับนี้หรือการเสนอคำฟ้องต่อศาลปกครอง โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนอุทธรณ์ภายในอำนาจบริหารมี 2 ประการ ประการแรก กรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีขั้นตอนพิเศษ เช่น การอนุญาตให้สร้างโรงงานที่ใช้พลังงานอะตอม หรือการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ปกครองชั้นสูงดังกล่าวข้างต้น บุคคลภายนอกชอบที่จะใช้สิทธิโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวต่อศาลปกครองได้ทันที คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ปกครองชั้นสูงนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองเช่นกัน แต่เรียกว่า Widerspruchbescheid

(2) การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไขในส่วนของอำนาจตุลาการ : อำนาจฟ้องคดีปกครองของกฎหมายในประเทศสหพันธ์เยอรมนีมีหลายลักษณะ เช่น

กฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ มาตรา 19 วรรค 4 บัญญัติว่า “ในกรณีที่รัฐใช้อำนาจปกครองไปกระทบสิทธิของบุคคลใด บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลได้ในกรณีที่ไม่มีศาลใดที่จะรับพิจารณาเรื่องใด ให้เสนอคำฟ้องต่อศาลธรรมดาได้” (ศาลธรรมดาหมายถึงศาลแพ่ง)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล มาตรา 40 บัญญัติถึงเขตอำนาจปกครองว่าคดีมหาชนที่ไม่ขึ้นต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลพิเศษอื่นใดให้เสนอคำฟ้องต่อศาลปกครองและวรรคสองบัญญัติว่า สำหรับการเรียกค่าสินไหมทดแทนในคดีดังกล่าวนี้ ถ้าไม่ใช่เรื่องสัญญาทางปกครอง (คือเรื่องนิติกรรมทางปกครอง) แล้วให้เสนอคำฟ้องต่อศาลแพ่ง เป็นต้น

จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าว แสดงว่ากฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียอมรับหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้างขวาง (Generalklausel) ทั้งนี้จะต้องฟ้องขอให้เพิกถอนหรือแก้ไขการกระทำของรัฐที่เป็นนิติกรรมทางปกครองโดยเสนอคำฟ้องโต้แย้งสิทธิเพื่อบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Anfechtungsklage) หรือละเว้นการกระทำ (Verpflichtungsklage) หรือคำฟ้องเพื่อให้ศาลปกครองพิสูจน์ถึงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองหรือความมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ทางมหาชน (Feststellungsklage) หรืออาจฟ้อง

ขอให้ศาลปกครองมลรัฐวินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรองขัดต่อกฎหมายของสหพันธรัฐหรือไม่ (Zuständigkeit bei Normenkontrollverfahren) ตามมาตรา 41, 43, 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล⁶⁴

2.4 หลักการพิจารณาคดี

ในประเทศที่ปกครองด้วยระบบนิติรัฐ (Legal State) จะมีองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือเอกชนกับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ปกครองในต่างประเทศ โดยในการพิจารณาข้อพิพาทของแต่ละประเทศดังกล่าวจะมีการจัดระบบศาลที่มีอำนาจหน้าที่ที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีอยู่สองระบบใหญ่ ๆ ⁶⁵ ได้แก่

(1) ระบบศาลเดี่ยว คือ ระบบที่ศาลยุติธรรม (Courts of Justice) มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญาหรือคดีปกครองหรือคดีประเภทอื่น ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

(2) ระบบศาลคู่ คือ ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองนั้นให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง (Administrative Courts) ซึ่งมีระบบศาลและระบบผู้พิพากษาแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม โดยประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส เบลเยียม สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สวีเดน และฟินแลนด์

สำหรับประเทศไทยนั้นเดิมจะใช้ระบบศาลเดี่ยว แต่ได้มีความพยายามที่จะจัดตั้งศาลปกครองมาตั้งแต่ พ.ศ. 2476 จนกระทั่งได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมและศาลอื่น ๆ เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยคดีปกครอง ทั้งนี้เหตุผลในการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งศาลยุติธรรมใช้ในการพิจารณาคดีทั้งปวง (รวมทั้งคดีปกครองแต่เดิม) นั้นไม่มีความเหมาะสมสำหรับการพิจารณาคดีปกครอง เช่น ใช้วิธีพิจารณาความระบบกล่าวหา ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานหลักการว่าคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงเรื่องใดต้องมีภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่อ้างนั้น แต่ในคดีปกครองที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะเป็น

⁶⁴ แหล่งเดิม. (น. 60-63).

⁶⁵ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 327). เล่มเดิม.

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีขีดความสามารถและมีสถานะเหนือกว่าเอกชน รวมทั้งพยานหลักฐานต่าง ๆ จะอยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น อันทำให้อยู่ในฐานะที่ได้เปรียบคู่กรณีที่เป็นเอกชนหรือประชาชน โดยที่ศาลปกครองจะใช้ระบบวิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวน ซึ่งนอกจากพยานหลักฐานของคู่กรณีที่กล่าวอ้างแล้ว ศาลมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงได้เองอันเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา อีกทั้งในระบบศาลเดิยวั้น ศาลยุติธรรมจะไม่มีอำนาจเพิกถอนกฎ แม้ว่าศาลอาจตรวจสอบว่ากฎที่หน่วยงานทางปกครองออกบังคับใช้นั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลยุติธรรมจะมีอำนาจพิจารณาเพียงว่าคู่กรณีฝ่ายใดจะต้องรับผิดชอบหรือไม่เท่านั้น แต่กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวยังมีผลบังคับใช้ต่อไป⁶⁶ ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 11 ตุลาคม 2542 โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลปกครองไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 9 วรรคหนึ่งว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

⁶⁶ จาก เจื้อนไขการฟ้องคดีปกครอง: ศึกษาเฉพาะกรณีความเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 5 – 6), โดย สุมน กุศลศิริ, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ขอบเขตอำนาจของศาลปกครองจะจำกัดเฉพาะการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายเท่านั้น หากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ข้อพิพาทนั้นก็จะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม การฟ้องคดีปกครองจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือไม่เป็นสำคัญ

2.4.1 หลักการ และแนวคิดเกี่ยวกับการพิจารณาคดีสองชั้นศาล

การที่ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อระงับข้อพิพาทของตนที่มีไม่ว่าจะต่อเอกชนด้วยกันหรือต่อรัฐอันเป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรมนั้น จะเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของแนวคิดนิติรัฐก็ตาม แต่การที่บุคคลสามารถยื่นคำร้องฟ้องคดีต่อศาลดังกล่าวอาจจะยังไม่สามารถเป็นหลักประกันที่เพียงพอต่อประชาชนได้ เพราะการดำเนินกระบวนการพิพากษาคดี อาจจะมีคามผิดพลาดคลาดเคลื่อนได้ ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือไม่เจตนาของผู้ที่เกี่ยวข้อง ดังเช่นที่

โซริสและเปโร กล่าวไว้ว่า “งานต่าง ๆ ของมนุษย์อาจเป็นไปได้ที่จะไม่สมบูรณ์พร้อม มีความผิดพลาดหรือไม่ถูกต้องได้ ดังนั้น จึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่คำพิพากษาคัดสินคดีของศาลควรจะได้รับตรวจสอบได้เป็นครั้งที่สองโดยศาลอื่นเพื่อให้คำตัดสินดังกล่าวสามารถถูกแก้ไขได้”⁶⁷ และ

เจ เบนเทม ได้ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นสองประการของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลว่าหลักการดังกล่าวเป็นไปเพื่อป้องกันและแก้ไขความผิดพลาดไม่ถูกต้องที่อาจเกิดขึ้นได้ของคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล “แก้ไขปรับปรุง คำพิพากษาหรือคำตัดสินที่ไม่ถูกต้องเป็นธรรมดาไม่ว่าจะเกิดความจงใจก็ดี หรือจากความพลั้งเผลอหรือผิดพลาดของผู้เกี่ยวข้องก็ดี ป้องกันขัดขวางคำพิพากษาที่ไม่ถูกต้องยุติธรรม ไม่ให้สามารถมีผลบังคับใช้ และการที่พิจารณาเห็นว่าการให้มีศาลอื่นที่สามารถพิจารณาตรวจสอบคำพิพากษาคัดสินคดีของศาลได้ว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสมเป็นประโยชน์ ไม่ใช่ความคิดที่พิเศษแต่อย่างใด เพราะถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง”⁶⁸

ดังนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้เป็นหลักประกันความยุติธรรมที่เที่ยงตรง (Dans le but de garantir une bonne justice) คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลจึงควรที่จะได้รับการตรวจสอบหรือแก้ไขใหม่ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักของการพิจารณาคดีอย่างน้อยสองชั้นศาล

⁶⁷ From *Organisation judiciaire, chapitre 26* (p. 135), by BENTHAM (J.), 1828,

⁶⁸ Droit judiciaire prive, introduction aux notions fondamentales, organization judiciaire, by SOLUS (H.) et PERROT (R.). as cited in *Impartialite et justice penale* (p. 175), by ROET (D), 1997, Paris, Edition Cujas.

หลักการพิจารณาคดีอย่างน้อยสองชั้นศาลเป็นหลักการสำคัญในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล และเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่กรณีแต่ละฝ่าย โดยตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าข้อพิพาทหรือคดีแต่ละคดีสามารถได้รับการพิจารณาพิพากษาอย่างน้อยสองครั้ง ทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง กล่าวคือ บุคคลทุกคนที่เป็นคู่กรณีในคดีที่ได้รับการพิจารณาพิพากษาครั้งแรกจากศาลแล้ว และไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น สามารถที่จะยื่นคำร้องอุทธรณ์ให้คดีนั้นได้รับการตรวจสอบพิจารณาพิพากษาใหม่จากศาลอื่นได้

2.4.2 หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลของประเทศไทย

การที่จะวินิจฉัยว่าคดีปกครองที่ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเป็นคดีที่ศาลปกครองสูงสุดจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้หรือไม่นั้น ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 223 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นสำคัญและหากมิใช่เป็นคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแล้ว คดีนั้นย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ดังนั้นการที่ศาลปกครองจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้หรือไม่นั้นมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 223 วรรคสามบัญญัติว่า “ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้”

มาตรา 197 บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 7 บัญญัติว่า “ศาลปกครองแบ่งออกเป็นสองชั้น คือ

(1) ศาลปกครองสูงสุด

(2) ศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่

(ก) ศาลปกครองกลาง

(ข) ศาลปกครองในภูมิภาค”

มาตรา 10 บัญญัติว่า “ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด”

มาตรา 11 บัญญัติว่า “ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้”

- (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด
- (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี
- (3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด
- (4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 197 ประกอบกับมาตรา 223 วรรคสาม และมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้รับรองการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นอำนาจศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ อันเป็นการรับรองหลักในเรื่องอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล หลักในเรื่องความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีและหลักที่ว่าด้วยการพิจารณาสองชั้น⁶⁹ คือการเริ่มพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้นและมีการอุทธรณ์คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด โดยมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายเฉพาะที่ว่าด้วยธรรมนูญศาลและวิธีพิจารณาความโดยศาลปกครองชั้นต้นเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทั่วไป และศาลปกครองสูงสุดเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีความสำคัญเป็นพิเศษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า คดีใดเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 หรือไม่ ย่อมต้องพิจารณาเจตนารมณ์และบทบัญญัติในมาตรา 11

⁶⁹ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเรื่องการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมจะดำเนินการตามลำดับชั้นของศาลว่า บทบัญญัติในมาตรา 219 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติในการจัดโครงสร้างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามลำดับชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ซึ่งหมายความว่า การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมจะดำเนินการตามลำดับชั้นของศาล ยกเว้นในกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 219 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีสามชั้น คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมายอื่น” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2552 และที่ 35/2548) ส่วนกรณีของศาลปกครองนั้น มาตรา 223 วรรคสาม มิได้กำหนดเป็นบทยกเว้นไว้เหมือนกับมาตรา 219 วรรคหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องถือว่า หลักการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองจะดำเนินการตามลำดับชั้น ตามหลักการตรวจสอบสองชั้น.

ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ลักษณะคดีต้องพิจารณาจากความสำคัญขององค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง และความสำคัญของคดีว่ามีความสำคัญเป็นพิเศษ

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนดตามมาตรา 11 (1)

การวินิจฉัยว่า องค์กรใดเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือไม่ย่อมเป็นไปตามที่ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดความหมายโดยมี สาระสำคัญอย่างเดียวกันว่า “เป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและ วิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่” ซึ่งมีข้อพิจารณาต่อไปว่า องค์กรที่จัดตั้งขึ้น ตามกฎหมายนั้น หมายถึงกฎหมายลำดับชั้นใด คือ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมาย ลำดับรอง เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและ หน้าที่ องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเป็นองค์กรที่ต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ตามนัยมาตรา 29 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁷⁰ ดังนั้นคณะกรรมการวินิจฉัย ชี้ขาดซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ จึงต้องเป็นองค์กรที่จัดตั้งและมีอำนาจหน้าที่ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติและคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมิได้ประกาศกำหนดลักษณะของคดี พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไว้แล้ว ข้อพิพาทดังกล่าวย่อมอยู่ใน อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ตามนัยมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 11 (1) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีในการพิจารณาว่า คดีปกครองตามมาตรา 11 (1) เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด หรือไม่ จึงพิจารณาจากความสำคัญขององค์กรและความสำคัญของคดี โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการ

⁷⁰ มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะ กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือ แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม.”

ในศาลปกครองสูงสุดจะเป็นผู้พิจารณาประกาศกำหนดว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใดที่ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

สำหรับการใช้สิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่อศาลปกครองนั้น บทบัญญัติในมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 บัญญัติว่าการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น ให้สิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เฉพาะแต่ปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น⁷¹

2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 11(2)

คดีตามมาตรา 11(2) เป็นคดีที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ เนื่องจากคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่มีความสำคัญสูงสุดในฝ่ายบริหาร และใช้อำนาจออกกฎหมายที่มีความสำคัญสูงสุดในฝ่ายบริหารเช่นกันและการฟ้องคดีตามมาตรา 11(2) เป็นการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งแตกต่างจากการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรี

3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (3)

คดีพิพาทที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดต้องเป็นคดีที่มีลักษณะสำคัญเป็นพิเศษไม่แตกต่างจากคดีตามมาตรา 11(1) (2) และ (4) คือ ในด้านเนื้อหาต้องพิจารณาว่าเป็นคดีที่มีความสำคัญเป็นพิเศษหรือไม่ และในด้านรูปแบบต้องมีกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติกำหนดให้เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 11(4)

นอกจากนี้ บทบัญญัติในมาตรา 73 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะบัญญัติให้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นได้ก็ตาม แต่ความในวรรคสามกำหนดไว้ว่าศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจที่จะไม่รับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณาก็ได้ หากเป็นคำอุทธรณ์ที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็น

⁷¹ ในประเทศฝรั่งเศส ได้กำหนดเรื่องการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือศาลปกครองพิเศษไว้ในรัฐกำหนด (Ordonnance) ลงวันที่ 31 ต.ค. 1945 ว่า “ให้กองเซย์เตดดาห์มีอำนาจวินิจฉัยคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของศาลปกครองพิเศษที่เสร็จเด็ดขาดและถึงที่สุดแล้วในปัญหาข้อกฎหมาย.”

สาระสำคัญอันควรได้รับการวินิจฉัย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแม้จะเป็นสิทธิที่มาตรา 73 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาเพื่อให้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยได้ก็ตาม แต่ศาลปกครองสูงสุด ก็มีอำนาจที่จะไม่รับคำอุทธรณ์นั้นก็ได้ โดยอาศัยหลักการเรื่องอุทธรณ์ต้องมีความสำคัญที่ควร ได้รับการวินิจฉัยเท่านั้น อันเป็นการรับรองหลักที่ว่าคดีที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาในศาล ปกครองสูงสุดจะต้องเป็นคดีที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ ซึ่งเปรียบเทียบหรือเทียบเคียงความสำคัญ ของคดีได้กับคดีตามมาตรา 11 (1) (2) และ (3)

2.4.3 หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลของประเทศฝรั่งเศส (Le principe de double degre de la jurisdiction)⁷²

สำหรับหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลในประเทศฝรั่งเศส สามารถแยกการพิจารณา ออกเป็น 3 ประเด็นใหญ่ได้แก่ (1) ประวัติความเป็นมา (2) สถานะทางกฎหมาย และ (3) องค์ประกอบ

1) ประวัติความเป็นมาของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาล

ในอดีตหลักกฎหมายเดิมในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชของประเทศฝรั่งเศสนั้น ประชาชนสามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลได้หลายแนวทางและหลายวิธีการ แต่สิทธิการยื่นอุทธรณ์ให้มีการตรวจสอบพิจารณาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลได้ใหม่นี้ มิได้มีพื้นฐานเหตุผลหลักอยู่ที่ความยุติธรรมที่เที่ยงตรงแต่อย่างใด แต่กลับเป็นเรื่องของนโยบาย ทางการเมืองการปกครองเสียมากกว่า ซึ่งเป็นสิ่งยืนยันถึงอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของกษัตริย์ที่มี อยู่เหนือทุกกลุ่มองค์กรต่าง ๆ ภายในประเทศ แม้กระทั่งการตรวจสอบแก้ไขคำพิพากษาของ ศาลต่าง ๆ ได้ ต่อมาภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในปี 1789 ประเทศฝรั่งเศสได้เปลี่ยนรูปแบบการ ปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบสาธารณรัฐ สิทธิที่จะยื่นอุทธรณ์ให้มีการ ตรวจสอบแก้ไขคำพิพากษาของศาลหรือสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีสองชั้นศาลนี้ก็ยังคงอยู่ แต่ หลักการพื้นฐานในการดำรงอยู่ของสิทธิดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป โดยจะเป็นไปเพื่อหลักประกัน สำหรับความยุติธรรมที่เที่ยงตรง (Dans le but de garantir un bonne justice) ซึ่งตามหลักกฎหมาย ปกครองของประเทศฝรั่งเศส การปรับใช้หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลนั้น ได้เริ่มต้นเมื่อราว ๆ กลางศตวรรษที่ 20 นี้เท่านั้น โดยแต่เดิมสภาแห่งรัฐจะเป็นองค์กรตุลาการเพียงแห่งเดียวที่พิจารณา ตัดสินข้อพิพาททางปกครอง แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐได้กลายเป็นองค์กรที่ตรวจสอบพิจารณาอุทธรณ์ คำตัดสินของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งมีการก่อตั้งขึ้นในปี 1953 และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ซึ่งมีการ

⁷² แปลและเรียบเรียงโดย ดร.มาโนช นามเดช พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ รักษาการ ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด สำนักงานศาลปกครอง.

ก่อตั้งขึ้นในปี 1988 โดยปัจจุบันการพิจารณาคดีอย่างน้อยสองชั้นศาล เป็นหลักการพื้นฐานทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีต่าง ๆ ซึ่งจะมีข้อยกเว้นเฉพาะในบางกรณีเท่านั้น

2) สถานะทางกฎหมายของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาล

จากการที่จะพิจารณาว่าหลักการทางกฎหมายใดมีค่าสถานะทางกฎหมายใดนั้น จะพิจารณาจากการที่หลักการนั้น ๆ ได้มีการกล่าวถึงไว้ในบทบัญญัติกฎหมายในระดับใด เช่น ถ้าหลักการทางกฎหมายใดมีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักการนั้นก็มีความสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถ้าหลักการทางกฎหมายใดมีบทบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หลักการนั้นก็มีความสถานะทางกฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินอกจากนั้น ในกรณีของหลักการทางกฎหมายที่ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับใด ๆ เราก็ยังสามารถทราบค่าสถานะทางกฎหมายของหลักการทางกฎหมายนั้นได้จากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งจะเป็นผู้ที่วินิจฉัยให้การรับรองไว้ แต่ในประเทศฝรั่งเศส บทบัญญัติรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายในระดับต่าง ๆ ไม่ได้กล่าวถึงหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาของศาลได้วินิจฉัยให้การรับรองหลักการดังกล่าวไว้ แต่ก็ไม่ได้เป็นไปในแนวทางเดียวกันนัก จึงทำให้หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลเป็นหลักการทางกฎหมายที่มีสถานะทางกฎหมายที่ค่อนข้างสับสน คลุมเครือ

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญ มีคำตัดสินที่ค่อนข้างเคลือบคลุมต่อค่าสถานะทางกฎหมายของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาล โดยศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะกล่าวถึงอย่างแจ่มชัดถึงสถานะทางกฎหมายของหลักการดังกล่าว แต่ได้มีการยอมรับถึงการมีอยู่และการคุ้มครองของหลักการดังกล่าวอยู่ แต่ก็มีลักษณะทางอ้อมไม่ตรงนัก โดยเป็นการรับรองผ่านหลักการเรื่องความเท่าเทียมกันในกระบวนการยุติธรรมและหลักเรื่องสิทธิในการโต้แย้ง⁷³ ส่วนศาลฎีกา มีแนวคำพิพากษาที่ค่อนข้างชัดเจนเกี่ยวกับค่าสถานะทางกฎหมายของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลว่า “เป็นหลักการที่มีแต่บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้นที่จะสามารถกำหนดยกเว้นได้ กล่าวคือ ในลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลมีค่าสถานะทางกฎหมายต่ำกว่าพระราชบัญญัติ (Infra-Legislative) แต่จะสูงกว่ากฎ (Supra-Reglementaire)⁷⁴ สำหรับสภาแห่งรัฐก็เช่นเดียวกันที่พิจารณาเห็นว่าหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลมีค่าสถานะทางกฎหมายที่เหนือกว่ากฎแต่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ⁷⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสภาแห่งรัฐได้ยืนยันว่า “หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลเป็นหลักการพื้นฐานทั่วไปในกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งจะมีแต่เฉพาะ

⁷³ Decision Securite et Liberte du 20 janvier 1981 et Decision du 20 janvier 1993.

⁷⁴ Css., 14 mars 1911 et 12 fevrier 1923.

⁷⁵ CE., 21 fevrier 1968.

บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้นที่อาจจะสามารถยกเว้นหลักการดังกล่าวได้”⁷⁶ อย่างไรก็ตามในคำตัดสินเมื่อปี 2003 (พ.ศ. 2546) สภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยว่า “หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลไม่ใช่หลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้นฝ่ายบริหารจึงสามารถใช้อำนาจที่มีอยู่กำหนดให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลสามารถเสร็จสิ้นเด็ดขาดได้ในศาลชั้นเดียว”⁷⁷ ซึ่งคำตัดสินของสภาแห่งรัฐนี้ทำให้สถานะทางกฎหมายของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลที่คลุมเครืออยู่แล้ว มีความสับสนยิ่งขึ้นไปอีก เพราะตามคำตัดสินนี้ หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาล มีค่าสถานะทางกฎหมายที่ต่ำกว่ากฎ (Infra-Reglementaire)

3) ขอบเขตเนื้อหาของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาล

เมื่อพิจารณาส่งที่กล่าวมาข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลนี้เป็นหลักการสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งในการที่จะเป็นหลักประกันความยุติธรรมอันเที่ยงตรง (une bonne justice) และการเคารพสิทธิของปัจเจกชน ซึ่งปัจจุบันนี้บทบัญญัติกฎหมายส่วนใหญ่รวมทั้งประมวลกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีแพ่ง (ฉบับใหม่) ของฝรั่งเศส ได้ยอมรับและบัญญัติถึงสิทธิการพิจารณาคดีสองชั้นศาลไว้

การพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตเนื้อหาของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลสามารถแยกออกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

3.1) ลักษณะเฉพาะที่สำคัญของหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาล

การที่จะพิจารณานำหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลมาปรับใช้เพื่อให้สามารถเป็นหลักประกันที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมที่เที่ยงตรงได้นั้น การปรับใช้หลักการดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

ประการแรก การอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่อศาลอื่นนั้น จะต้องเป็นผลให้เป็นการทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทันที แต่ปรากฏว่าตามกฎหมายในปัจจุบันนี้ของประเทศฝรั่งเศส ลักษณะที่เป็นการทุเลาการบังคับของหลักการนี้มักถูกยกเว้นไว้ในหลายกรณี อันมีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิของประชาชน เช่น ในกรณีของวิธีพิจารณาคดีปกครอง การอุทธรณ์คำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล และผู้ร้องจะต้องยื่นคำขอทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่อศาลที่พิจารณาอุทธรณ์เอง⁷⁸ และศาลจะสามารถสั่งทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลได้เฉพาะกรณีที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของ

⁷⁶ CE., 4 fevrier 1944, Verrnon; CE., 8 juin 1951, Dreyfus Schmidt.

⁷⁷ CE., 10 Decembre 2003.

⁷⁸ Code de justice administrative, Article R.811-14 a R.811-19.

ศาลที่เป็นข้อพิพาทนั้นมีลักษณะที่น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนเท่านั้น⁷⁹ กรณีดังกล่าว มีความแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายไทย กล่าวคือ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีปกครองของไทยแล้ว การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นมีผลเป็นการ ทูลเกล้าฯ ถวายการบังคับการตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น กล่าวคือ มาตรา 70 วรรคสองของพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ในกรณีที่เป็นการพิพากษา ของศาลปกครองชั้นต้น ให้รอการปฏิบัติตามคำสั่งไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ให้รอการบังคับคดีไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด

ประการที่สอง ตามหลักการพิจารณาอย่างน้อยสองชั้นศาลนั้น ศาลที่พิจารณา ตรวจสอบคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นแรก จะต้องสามารถพิจารณาตรวจสอบได้ทั้งในปัญหา ข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง

คดีส่วนใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสจะได้รับการพิจารณาอย่างน้อยสองครั้ง จากศาลที่ต่างกัน ซึ่งศาลลำดับชั้นที่สูง ได้แก่ ศาลอุทธรณ์ (La cour d'appel ในกรณีของศาลอาญา และศาลแพ่ง) และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (La cour administrative d'appel ในกรณีของศาล ปกครอง) นอกจากนั้นคู่กรณียังสามารถที่จะโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาหรือคำตัดสินของศาล อุทธรณ์ได้อีกครั้งโดยการยื่นฎีกาต่อศาลอื่นอีก เช่น ศาลสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ แต่การยื่นฎีกาหรือ การอุทธรณ์คำพิพากษาตัดสินของศาลอุทธรณ์ต่อศาลอื่น ไม่อาจนับได้ว่าเป็นการพิจารณาคดี สามชั้นศาล เพราะว่าการฎีกาต่อศาลฎีกาหรือการยื่นอุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐไม่สามารถทำให้ ตรวจสอบตัดสินคดีได้อย่างแท้จริงเป็นครั้งที่สาม เนื่องจากการฎีกาทำให้สามารถพิจารณา ตรวจสอบได้เฉพาะข้อกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ สามารถพิจารณาตรวจสอบได้เฉพาะว่าตุลาการ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ได้บังคับปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายไปโดยถูกต้องหรือไม่เท่านั้น แต่จะไม่สามารถพิจารณาตรวจสอบปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวจะแตกต่างจาก หลักกฎหมายของไทยที่โดยทั่วไปแล้วไม่ว่าจะเป็นศาลฎีกาก็ดีหรือศาลปกครองสูงสุดก็ดี ต่างก็ สามารถพิจารณาตรวจสอบได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย⁸⁰

3.2) เหตุผลของการบัญญัติให้ข้อพิพาทบางประการฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐ (ฝรั่งเศส)

หลักการพิจารณาอย่างน้อยสองชั้นศาล เป็นหลักการที่สำคัญในการเป็นหลักประกัน ความยุติธรรมที่เที่ยงตรง แต่ก็มิใช่หลักการที่มีลักษณะเบ็ดเสร็จเด็ดขาดและสามารถกำหนดยกเว้น

⁷⁹ Code de justice administrative, Article L.521-1.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 247, 248, 249. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 73 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วย วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 102, 108, 109.

หลักการนี้ได้ ซึ่งการยกเว้นที่จะไม่บังคับปรับใช้หลักการดังกล่าวอาจเนื่องมาจากเหตุผลสำคัญ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ศาลมีปริมาณคดีค้างมากเกินไป เนื่องจากการปรับใช้หลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลนั้น จะทำให้คดีข้อพิพาทต่าง ๆ สามารถได้รับการพิจารณาพิพากษาอย่างน้อยสองครั้ง จากศาลที่แตกต่างกัน และกรณีดังกล่าวนี้เป็นที่คาดหมายได้ถึงปริมาณของคดีจำนวนไม่น้อยที่จะอยู่ในการพิจารณาของศาลอื่นจะทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความล่าช้า ขาดประสิทธิภาพ ดังนั้น เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็ว สามารถแล้วเสร็จในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล การยกเว้นหลักการพิจารณาคดีสองชั้นศาลโดยจำกัดสิทธิอุทธรณ์ของกลุ่มจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี 2003 (พ.ศ. 2546) ได้มีการออกรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 มิถุนายน เพื่อยกเลิกสิทธิอุทธรณ์ของกลุ่มในคดีที่พิจารณาเห็นว่ามีความสำคัญน้อย แต่ก็ยังคงสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นในคดีบางประเภทอื่น ๆ ที่เห็นว่ามีความสำคัญมาก ๆ ไว้

อำนาจของสภาแห่งรัฐในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติโดยสภาแห่งรัฐอาจทำหน้าที่ได้ทั้งในฐานะที่เป็นศาลชั้นฎีกา (Juge de cassation) ในฐานะศาลชั้นอุทธรณ์ (Juge d'appel) และในฐานะที่เป็นศาลชั้นต้นและชั้นสุดท้าย (Juge de premier et dernier resort) ในกรณีที่สภาแห่งรัฐทำหน้าที่ในฐานะที่เป็นศาลชั้นต้นและชั้นสุดท้ายนั้น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีสามารถนำข้อพิพาทของตนยื่นฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐได้โดยไม่ต้องยื่นฟ้องต่อศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ก่อน และคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐเป็นอันถึงที่สุด

เหตุผลที่บัญญัติกำหนดให้ข้อพิพาทบางลักษณะสามารถยื่นฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐได้นี้ อาจสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

1. เหตุผลความจำเป็นอันเนื่องมาจากลักษณะของข้อพิพาทเอง

ข้อพิพาทบางประเภทซึ่งมีลักษณะพิเศษเฉพาะที่ควรจะต้องให้สามารถยื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐได้โดยตรงนั้น อาจจำแนกได้ 2 ประเภท คือ

1.1 ข้อพิพาทที่มีความสำคัญมาก

ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติพิจารณาเห็นว่าข้อพิพาทใดมีความสำคัญมาก องค์กรนิติบัญญัติก็อาจกำหนดให้ข้อพิพาทดังกล่าวได้รับการพิจารณาพิพากษาจากสภาแห่งรัฐได้โดยตรง

1.2 ข้อพิพาทที่ควรได้รับการพิจารณาพิพากษาอย่างรวดเร็ว

ข้อพิพาทประเภทนี้เป็นข้อพิพาทที่ไม่ควรจะต้องเสียเวลาในการพิจารณาพิพากษาจากศาลอื่น ๆ ก่อนและคู่กรณีควรที่จะสามารถนำมายื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทประเภทนี้มักจะจำกัดเฉพาะกรณีการฟ้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น (กล่าวคือ ไม่รวมถึงการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดีเพื่อขอให้รับผิดชอบ

อย่างอื่น) ทั้งนี้เนื่องจากโดยปกติทั่วไปแล้ว การฟ้องคดีเพื่อขอให้ยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นจะเป็นการฟ้องคดีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทำให้การฟ้องคดีดังกล่าวควรได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จึงจำเป็นต้องกำหนดให้สามารถฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐได้โดยตรง และสภาแห่งรัฐค่อนข้างเคร่งครัดต่อหลักการนี้ กล่าวคือในคดีที่ยื่นฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐ ถ้าเป็นการฟ้องคดีเพื่อขอให้ยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแต่มีคำขอให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนมาด้วย สภาแห่งรัฐจะวินิจฉัยมีคำสั่งไม่รับฟ้องโดยอ้างเหตุว่าไม่มีอำนาจ⁸¹

อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าข้อพิพาทที่มีความสำคัญมากและข้อพิพาทที่ควรจะได้รับพิจารณาพิพากษาอย่างรวดเร็วทั้งหมดจะต้องอยู่ในอำนาจฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐ ข้อพิพาททั้งหลายดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจการฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐหรือไม่ นั้นจะขึ้นอยู่กับ การพิจารณาตัดสินใจขององค์กรนิติบัญญัติผู้บัญญัติกฎหมาย โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมและปัจจัยอื่น ๆ ประกอบซึ่งการพิจารณาใช้ดุลพินิจนี้บางครั้งก็อาจไม่สมบูรณ์หรือไม่สอดคล้อง เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว

ตัวอย่างคดีที่พิพาทที่มีความสำคัญหรือมีความจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาอย่างเร่งด่วนและกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐโดยตรง เช่น

การฟ้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาหรือรัฐกำหนด ทั้งนี้รวมถึงการฟ้องโต้แย้งการปฏิเสศ (โดยปริยายหรือแจ้งชัด) คำขอให้ยกเลิกหรือแก้ไขรัฐกฤษฎีกา⁸² การฟ้องขอให้ยกเลิกรัฐกฤษฎีกาเนื่องจากรัฐกฤษฎีกาไม่มีบทบัญญัติบางประการที่ควรระบุนไว้⁸³ และการฟ้องโต้แย้งการปฏิเสศที่จะกำหนดมาตรการใด ๆ ที่รัฐกฤษฎีกากำหนดไว้⁸⁴

การฟ้องยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีบางอย่าง

การฟ้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีเขตอำนาจในระดับชาติ เช่น คณะกรรมการประเมินความรู้ความสามารถการสอบบรรจุเข้ารับราชการ (Concours National) คณะกรรมการกิจการวิทยุโทรคมนาคมแห่งชาติ (Conseil superieur de l'audiovisuel) เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเป็นการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการนั้น ๆ เองหรืออาจจะเป็นการโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองอื่น

⁸¹ From *Droit du contentieux administratifs* (p. 270), by CHAPUS René, 1999, Paris, Montchrestien.

⁸² CE, 4 Décembre 1957, Bradstetter, p. 651; 17 février 1965, Comm.De Saint-Hippolyte, p. 110.

⁸³ CE, 29 avril 1987, Assoc. De gestion de la résidence médicale des sources, p. 154; 3 mai 1976, Aufaure, p. 465.

⁸⁴ CE, 4 novembre 1983, Berzu, D.1984, p. 503; 31 janvier 1986, Legrand, p. 23, D.1986, p. 468.

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานภาพส่วนบุคคลของข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐ
กฤษฎีกาที่ออกโดยประธานาธิบดี

ข้อพิพาทเกี่ยวกับองค์ประกอบของสมาชิกสภาท้องถิ่นในรูปแบบภาค (La Region)
ภาคหรือสภาแห่งรัฐยุโรป เป็นต้น

2. เหตุผลความจำเป็นเพื่อการบริหารจัดการระบบการยุติธรรมที่ดี

การกำหนดให้ข้อพิพาทบางประเภทต้องฟ้องต่อสภาแห่งรัฐได้โดยตรงด้วยเหตุผล
เพื่อการบริหารจัดการระบบการยุติธรรมที่ดีนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจฟ้องคดีต่อ
สภาแห่งรัฐได้โดยตรง เพื่อเป็นการเสริมเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ปกติเกี่ยวกับอำนาจศาลซึ่งมีช่องว่างอยู่
ซึ่งอาจแยกได้เป็น 3 กรณี คือ

2.1 ข้อพิพาทที่โดยลักษณะของข้อพิพาทแล้วอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่ปรากฏ
ว่าตามบทบัญญัติกฎหมายไม่กำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น เช่น คดีข้อพิพาทอัน
เกิดจากนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครองในต่างประเทศ⁸⁵ ข้อ
พิพาทที่ได้แย้งรัฐอันเกิดจากสัญญาที่ลงนามและบังคับใช้ในต่างประเทศ⁸⁶ และข้อพิพาทที่เกิดขึ้น
ในทะเลหลวง⁸⁷

2.2 ข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่มีขอบเขตการบังคับใช้อยู่ในอำนาจ
ของศาลปกครองชั้นต้นมากกว่าหนึ่งศาล โดยจุดประสงค์ที่กำหนดให้ข้อพิพาทดังกล่าวนี้
อยู่ในอำนาจฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐก็เพื่อป้องกันความแตกต่างหลากหลายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ของ
คำพิพากษาของศาลที่ต่างกัน โดยข้อพิพาทลักษณะนี้มีข้อที่ควรพิจารณา ดังนี้

(1) เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเท่านั้น⁸⁸

(2) ข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองนี้ ต้องมีข้อความหรือบทบัญญัติที่มี
ผลบังคับใช้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นตั้งแต่ 2 ศาลขึ้นไป ทั้งนี้อาจรวมถึงคำสั่งปฏิเสธ
ที่จะบัญญัติหรือแก้ไขข้อความหรือบทบัญญัตินี้ด้วย⁸⁹

⁸⁵ CE, 28 février 1968, Dme Arnold, RDP 1969, p. 358 et 11 février 1976, Beauvais, p. 90.

⁸⁶ CE, 3 juillet 1968, Lavigne et Le Mee et lavigne, AJ 1969, p. 253; CE Sect. 2 décembre 1966, Soc.France-Reconstruction-Plan, p. 635.

⁸⁷ CE Sect., 4 décembre 1970, Starr, p. 734, AJ 1971, p. 113; 1 er décembre 1971, Vve Benoist, p. 732.

⁸⁸ CE, 14 janvier 1988, Synd. Nat. Des personnels des affaires sanitaires et sociaux, p. 9 AJ 1999, p. 164.

⁸⁹ CE, 24 janvier 1962, Soc. Radio-Filtrex, p. 54; 3 avril 1998, Comm, De communes du pays d'Issoudum, p. 123, DA 1998, n 211.

(3) ข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองนี้ อาจจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหรือคำสั่งทางปกครองก็ได้ ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎนั้น ไม่น่าจะมีปัญหาแต่อย่างใด เพราะว่าการที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงเป็นเรื่องปกติว่าอาจจะมีผลบังคับในพื้นที่ที่อยู่เขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นหลายแห่งได้ แต่อาจมีกรณีเป็นที่สงสัยหากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะราย อย่างไรก็ตาม จากแนวคำพิพากษาที่ผ่านมาจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปก็อาจจะมีผลบังคับใช้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหลาย ๆ แห่งพร้อมกันได้

2.3 คดีข้อพิพาทที่มีเนื้อหาหรือคำขอเกี่ยวเนื่องกัน

ในกรณีที่คดีข้อพิพาทนั้นมีเนื้อหาหรือคำขอหลายประการเกี่ยวเนื่องกัน และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหลายแห่ง กฎหมายจึงกำหนดให้คดีข้อพิพาทดังกล่าวสามารถนำมาฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐได้โดยตรง ซึ่งอาจพิจารณาแยกได้เป็น 3 กรณีคือ

(1) คดีข้อพิพาทที่ฟ้องต่อสภาแห่งรัฐ แต่มีคำขอหลายประการซึ่งคำขอบางอย่างอยู่ในอำนาจของสภาแห่งรัฐ และคำขอบางอย่างอยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น

(2) คดีข้อพิพาทที่ตามลักษณะแห่งคดีแล้วสามารถยื่นฟ้องได้ทั้งต่อสภาแห่งรัฐและต่อศาลปกครองชั้นต้นอื่น

(3) คดีข้อพิพาทที่ฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น แต่มีคำขอหลายประการ ซึ่งคำขอบางอย่างอยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นและบางอย่างอยู่ในอำนาจของสภาแห่งรัฐ

อนึ่ง อาจพิจารณาเห็นได้ว่าคดีตามข้อ 2.1 และ 2.2 นั้น สามารถพิจารณาแก้ไขปัญหาได้โดยการพิจารณาปรับแก้จัดระเบียบอำนาจระหว่างศาล โดยกำหนดมอบให้ศาลปกครองชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่เข้าใจได้ดีถึงความยากในการตัดสินใจที่จะเลือกให้ศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจในกรณีดังกล่าว เพราะคงต้องคำนึงปัจจัยหลายอย่างประกอบกัน และไม่ว่าจะเลือกให้ศาลใดเป็นผู้มีเขตอำนาจก็ตาม ก็อาจมีข้อพิจารณาโต้แย้งได้ทั้งสิ้น ดังนั้น การกำหนดให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจโดยตรงในข้อพิพาทลักษณะดังกล่าว จึงเป็นทางออกของปัญหาที่ดีประการหนึ่ง