

บทที่ 2

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการดูแลการบังคับตามกฎหมายหรือ คำสั่งทางปกครองในคดีปกครอง

มาตรการดูแลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในคดีปกครองเป็นมาตรการที่กฎหมายมีวัตถุประสงค์จะให้ศาลเป็นผู้เข้ามาช่วยเหลือเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้อย่างทันท่วงที จึงจำเป็นที่ศาลจะต้องดำเนินการพิจารณามีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการดูแลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองโดยเร่งด่วน ทั้งนี้ ในการพิจารณามีคำสั่งนั้น ศาลต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองหลายประการเพื่อให้การกำหนดมาตรการดูแลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมีผลเป็นการช่วยเหลือเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้อย่างแท้จริง ในขณะที่การกำหนดมาตรการดังกล่าวต้องกระทบต่อการดำเนินงานของฝ่ายปกครองน้อยที่สุดด้วย

2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

วิชานิติศาสตร์ถือว่า “รัฐสมัยใหม่” มีฐานะเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง แยกต่างหากจากปัจเจกชนแต่ละคน ซึ่งเป็นราษฎรหรือเป็นพลเมืองของตน และเห็นว่ารัฐเป็นเจ้าของอำนาจปกครองแผ่นดิน ที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” โดยรัฐแต่ละรัฐจะใช้อำนาจอธิปไตยของตนกระทำการต่าง ๆ 3 ประเภท คือ การนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ราษฎร การบริหาร ซึ่งได้แก่ การบังคับการต่าง ๆ เป็นไปตามที่กฎหมายได้บัญญัติกำหนดไว้ และการตุลาการ ซึ่งได้แก่ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างราษฎรหรือพลเมืองด้วยกันเอง หรือพลเมืองกับหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะมีฐานะเป็นบุคคล แต่ก็ยังเป็นบุคคลในแง่นามธรรม รัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่าง ๆ ทั้งสามประเภทดังกล่าวได้ด้วยตนเอง รัฐจำเป็นต้องมีบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่าง ๆ ทั้งสามประเภทนี้แทนตนและในนามของตน บุคคลธรรมดาที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแทนรัฐและในนามของรัฐนี้ เรียกว่า “องค์กรของรัฐ”

การใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรของรัฐนั้น ในประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองแสดงให้เห็นอยู่เสมอว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่คนคนเดียว หรือ

คนคนเดียวแล้ว ราษฎรหรือพลเมืองจะไม่มีสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะกระทำการต่าง ๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจได้เลย เพราะคนเราทุกคนเมื่อมีอำนาจแล้ว มักจะมัวเมาในอำนาจ ดังคำกล่าวที่ว่า “Power corrupts, absolute power corrupts absolutely” หรืออำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจเสื่อมลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจเสื่อมลงอย่างถึงที่สุด¹ ดังนั้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ทรงอำนาจอธิปไตย รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้จัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยโดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจองค์กร

หลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้ประสงค์ที่จะนำเอาอำนาจอธิปไตยมาแบ่งแยกเป็นส่วน ๆ แต่ประสงค์ที่จะแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยกระจายการใช้อำนาจอธิปไตยไปให้องค์กรของรัฐหลาย ๆ องค์กรเป็นผู้ใช้² กล่าวคือ อำนาจในการนิติบัญญัติ จะถูกใช้ผ่านทางองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งในประเทศไทย ได้แก่ รัฐสภา อำนาจในการบริหาร จะถูกใช้ผ่านทางองค์กรบริหาร คือคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาล และอำนาจในการตุลาการ จะถูกใช้ผ่านทางองค์กรตุลาการ คือ ศาล การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยตามหลักการนี้เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลายประการ ดังนี้

1) การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยไปให้องค์กรแต่ละองค์กรที่แตกต่างกันเป็นผู้ใช้อำนาจย่อมจะทำให้ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจแต่เพียงองค์กรเดียว ซึ่งจะทำให้เกิดการดุลและคานอำนาจกันระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต่าง ๆ และการที่ไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแต่เพียงองค์กรเดียวย่อมจะช่วยให้การประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นไปได้โดยง่าย เพราะการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยจะทำให้เกิดการจำกัดอำนาจขององค์กรของรัฐ โดยการที่องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรจะใช้อำนาจของตนยับยั้งอำนาจขององค์กรอื่น ตลอดจนควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่นด้วย ทั้งนี้ โดยไม่มีการก้าวท้าวหรือแทรกแซงการใช้อำนาจระหว่างองค์กร หากกล่าวแต่เฉพาะการใช้อำนาจตุลาการนั้นจะพบว่า รัฐธรรมนูญมอบหมายให้องค์กรตุลาการหรือศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่เปิดโอกาสให้องค์กรอื่นร่วมใช้อำนาจนี้กับศาล ในทางกลับกัน ศาลก็ต้องจำกัดอำนาจตนเองอยู่แต่เฉพาะการใช้อำนาจอธิปไตยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเท่านั้น โดยไม่ร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและหรือทางบริหารกับองค์กรอื่น ซึ่งการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการ

¹ จาก “ศาลปกครอง กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ,” โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ก, 2539, *วารสารนิติศาสตร์* 24 (3), น. 569-582.

² จาก *ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน (Theories and Principles of Public Law) ชุดที่ 5 หลักนิติรัฐ*. (เอกสารประกอบการบรรยาย บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, สิงหาคม 2551) (น. 35), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตยโดยการทางนิติบัญญัติและบริหารอย่างเคร่งครัด ดังกล่าวนี้นี้ย่อมจะเป็นการประกันความอิสระของศาลทำให้ศาลพิพากษาอรรถคดีได้อย่างปราศจากอคติลำเอียง และมีผลให้ศาลไม่สามารถใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีไปก้าวก่ายหรือแทรกแซงอำนาจทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารได้ กล่าวคือศาลไม่สามารถตรากฎหมายผ่านคำพิพากษาได้ และศาลไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายในทางบริหารราชการแผ่นดินกับราษฎรได้โดยตรง นอกจากนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจ ยังมีผลทางอ้อมสำหรับการฟ้องคดีปกครองเพื่อขอเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองบางประการ เช่น การกำหนดให้การฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เนื่องจากหากให้การฟ้องคดีมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองแล้ว กรณีย่อมหมายความว่า การฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการมีผลเป็นการยับยั้งการดำเนินการของฝ่ายบริหารโดยปริยาย ซึ่งจะกลายเป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจบริหารทันที

2) การแบ่งแยกอำนาจรัฐไปให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้ ย่อมมีผลเป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากการเปิดโอกาสให้บุคคลต่าง ๆ ในสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐในองค์กรต่าง ๆ

3) การแบ่งแยกอำนาจรัฐ ไปให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้ย่อมช่วยส่งเสริมให้เกิดความเชี่ยวชาญในภารกิจของรัฐแต่ละด้าน เพราะบุคคลที่ทำหน้าที่ในองค์กรของรัฐแต่ละองค์กรนั้น ย่อมมีความเชี่ยวชาญในงานของตน ซึ่งจะทำให้ภารกิจของรัฐสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

2.2 การกระทำทางปกครอง

2.2.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

“รัฐ” เป็นสิ่งไม่มีชีวิต จึงจำเป็นต้องมีผู้เข้ามากระทำการแทนรัฐ เมื่ออำนาจที่รัฐมีอยู่คืออำนาจธิปไตย ผู้เข้ามากระทำการแทนรัฐก็คือผู้เข้ามาใช้อำนาจธิปไตย ซึ่งบนแนวคิดของประชาธิปไตย อำนาจธิปไตยเป็นของประชาชน ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้เข้ามากระทำการแทนรัฐใช้อำนาจธิปไตยไปลดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงจำเป็นต้องมีการแบ่งแยกหน้าที่ให้องค์กรต่าง ๆ เข้ามาใช้อำนาจธิปไตย เพื่อให้แต่ละองค์กรเหล่านั้นคอยถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ปกตินิยมแยกองค์กรออกเป็น 3 องค์กรใหญ่เพื่อใช้อำนาจธิปไตย³ คือ

³ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1 (น. 20), โดย มานิตย์ จุมปา, 2549, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

1) รัฐสภา เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือเรียกการออกกฎหมายโดยองค์กรรัฐสภาที่ว่า “การกระทำทางนิติบัญญัติ”

2) คณะรัฐมนตรี เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือเรียกการบริหารนี้ในคำรวม ๆ ว่า “การกระทำทางบริหาร” ซึ่งอาจแบ่งย่อยได้อีก 2 ประเภท คือ การกระทำทางรัฐบาล และการกระทำทางปกครอง

3) ศาล เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ หรือเรียกการชี้ขาดคดีนี้ว่า “การกระทำทางตุลาการ”

ในที่นี้จะทำการศึกษาถึง “การกระทำทางปกครอง” ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของการกระทำของรัฐ โดยจะเป็นการศึกษาถึงความหมาย การแบ่งประเภท ผลผูกพัน และจะมุ่งเน้นศึกษา “นิติกรรมทางปกครอง” ซึ่งหมายความถึง กฎ และคำสั่งทางปกครอง

โดยหลักแล้ว “การกระทำทางปกครอง” คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง⁴ กรณีจึงต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และเนื่องจากหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารดังกล่าว มีฐานะเป็นนิติบุคคล การดำเนินกิจกรรมทางปกครองจึงต้องกระทำผ่านทางบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลธรรมดา อันได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบประการที่สองของฝ่ายปกครอง เมื่อหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งเรียกว่า ฝ่ายปกครอง กระทำการ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนดฯลฯ การกระทำที่ปรากฏผลออกมานั้น จึงเรียกว่า การกระทำทางปกครอง

2.2.2 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง โดยการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรืออีกนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ส่วนการกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการนั้นเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทาง

⁴ จาก *การกระทำทางปกครอง* (เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น 25 มกราคม พ.ศ. 2543) (น. 1-12), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข, 2543, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

กายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น การรื้อสิ่งปลูกสร้างในคูคลอง สาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย หรือการใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย เป็นต้น ถือเป็น การกระทำที่เป็นการปฏิบัติ การทางปกครอง มิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม⁵

1) นิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองเป็นการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือ กฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำลงแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ ปรากฏว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายด้วยการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของ รัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยอื่นของรัฐกับบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่ง โดยที่บุคคลคนนั้นหรือ บุคคลคณะนั้น ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม และเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเกี่ยวกับการดูแลการบังคับ ตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ในการศึกษานี้ จึงจำแนกนิติกรรมทางปกครองออกเป็นสองประเภท คือ กฎ⁶ และคำสั่งทางปกครอง⁷ ซึ่งการจำแนกนิติกรรมทางปกครองเป็นสองประเภทนี้ ก็เพื่อ ประโยชน์ ต่อการกำหนดขั้นตอนในการนำคดีมาฟ้องต่อศาล เพราะหากบุคคลได้รับความ เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากกฎ จะฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ บุคคลนั้นอาจยื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ ทันทีตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครอง โดยปกติแล้ว บุคคลที่สิทธิของตนถูกระทบกระทบจากคำสั่ง ทางปกครองเมื่อได้รับทราบคำสั่งแล้วก็ย่อมมีสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นเสมอ ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้กำหนดขั้นตอนและระยะเวลา อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ ก็ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นตามขั้นตอน และระยะเวลาที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและระยะเวลา

⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 246), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน

⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 3 ตามลำดับว่า พระราช กฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับ เป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ.

⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 5 ว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอัน ที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับ จดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ.

อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ และคำสั่งทางปกครองนั้น มิใช่คำสั่งที่ออกโดยรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการ ก็อาจอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นตามขั้นตอน และระยะเวลาที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้⁸ ดังนั้น ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ซึ่งสิทธิของตนถูกระทบกระทบเนื่องจากผลของคำสั่งทางปกครองจะฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ได้ก็ต่อเมื่อตนได้ทำการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว และได้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือมิได้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด⁹

ความหมายและลักษณะของกฎ และคำสั่งทางปกครอง มีรายละเอียดดังนี้

(ก) กฎ¹⁰

นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปหรือที่เรียกว่า “กฎ” นั้น ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์ หรือกฎ มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้เจาะจง ตัวบุคคลที่จะได้รับผลกระทบ เช่น ไม่มุ่งบังคับแก่นาย ก หรือ นาย ข คนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 จึงให้นิยามของคำว่า “กฎ” ว่าหมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ นิติกรรมทางปกครองใดที่จะมีผลบังคับเป็นการทั่วไปนั้น คำว่า “มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” ไม่ได้หมายความว่า จะต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน แม้จะมีผลบังคับแก่เฉพาะประชาชนบางประเภทก็เป็น “นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” ได้ เช่น พระราชกฤษฎีกาเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 มีผลบังคับเฉพาะแก่ข้าราชการเท่านั้น ไม่ได้บังคับแก่ประชาชนทั่วไป หรือกฎกระทรวงที่กำหนดเงื่อนไขการขออนุญาตตั้งสถานบริการ หรือการแจ้งการตั้งสถานบริการ รวมตลอดถึงกำหนดวัน เวลา เปิดปิด ของสถานบริการ ก็มีผลใช้บังคับแก่ผู้ขออนุญาตหรือผู้ได้รับอนุญาตเปิดสถานบริการเท่านั้น ไม่ได้มีผลแก่ผู้ประกอบการอื่นด้วย เป็นต้น ความหมายของคำว่า “ใช้ บังคับเป็นการทั่วไป” นั้น หมายถึง ใช้บังคับเป็นการทั่วไปแก่บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ข้าราชการ ผู้พิการ แพทย์ ทนายความ เกษตรกร ผู้รับอนุญาตเปิดสถานบริการ เป็นต้น แต่ต้องไม่ใช่บังคับแก่บุคคลใดหรือกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บทบัญญัติในส่วนที่ 5 “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง.”

⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 42 วรรคสอง.

¹⁰ นิติกรรมทางปกครอง (คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง) (น. 35). เล่มเดิม.

(ข) คำสั่งทางปกครอง¹¹

นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะรายหรือ “คำสั่งทางปกครอง” นั้น ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับต่อบุคคลที่กำหนด และไม่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์หรือกฎแต่อย่างใด เช่น คำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งราชการตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ เป็นต้น คำสั่งทางปกครองนั้นอาจเกี่ยวข้องกับบุคคลคนเดียว หรือหลายคนพร้อมกันและเกี่ยวเนื่องกัน เช่น บัญชีรายชื่อผู้ที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งเป็นข้าราชการหรือบัญชีเลื่อนขั้นเงินเดือนหรือตำแหน่งของข้าราชการ เป็นต้น นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแม้จะมีผลต่อบุคคลเป็นจำนวนมาก แต่ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เพราะไม่ได้มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์และกฎ เนื่องจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมุ่งใช้บังคับแก่บุคคลแต่ละคนที่กำหนดแยกกันไป

2) ปฏิบัติการทางปกครอง¹²

ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การที่ฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนได้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่บังคับเสมือนกับพระราชบัญญัติ กระทำลงหรือกระทำแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าว ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งก็ได้ เช่น การแจ้งข้อกล่าวหาแก่ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยทราบเพื่อให้โอกาสแก่ข้าราชการผู้นั้นแก้ข้อกล่าวหาหรืออาจเป็นการกระทำที่เป็นมาตรการบังคับทางปกครองก็ได้ เช่น ภายหลังจากที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นได้สั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารนั้นรื้อถอนแล้ว ก็สามารถรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยฝ่าฝืนกฎหมายได้ ซึ่งเป็นมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งรื้อถอน หรือการที่เจ้าพนักงานจราจรที่จอดข้างถนน บริเวณที่มีเครื่องหมายห้ามจอดออกไปจากบริเวณดังกล่าว ซึ่งเป็นมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งห้ามจอดรถ นอกจากนี้ ปฏิบัติการทางปกครองบางอย่างของหน่วยงานของรัฐอาจมีผลกระทบต่อบุคคลอื่นบุคคลใดจนเป็นเหตุให้บุคคลนั้นเสียหายแก่ชีวิต แก่ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งกรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดแล้ว ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายในกรณีที่กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งผู้เสียหาย ก็มีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน และหน่วยงานของรัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขา โดยสิทธิและหน้าที่

¹¹ แหล่งเดิม.¹² แหล่งเดิม.

ดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือองค์กรอื่นของรัฐ แต่เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมายโดยตรง

2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง ที่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตัวเองตราขึ้น กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด จากความหมายดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” และ “ข้อจำกัด” ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง¹³

สำหรับกฎหมายที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง โดยปกติแล้ว ได้แก่ พระราชบัญญัติ (ซึ่งหมายความรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย) และกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ซึ่งสาเหตุที่กฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และพระราชกำหนดนั้นก็เป็นการตีความตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการหนึ่งในหลักนิติรัฐ คือ เมื่อการกระทำทางปกครองอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจดังกล่าว ก็ย่อมจะต้องมาจากความยินยอมของประชาชน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายที่เป็นรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง (การกระทำทางปกครอง) กฎหมายที่จะให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง (การกระทำทางปกครอง) ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนหรือปวงชนตราขึ้นเอง¹⁴ ซึ่งสำหรับรัฐที่มีการปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตย กฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนย่อมหมายถึง กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา (หรือฝ่ายนิติบัญญัติ) ซึ่งจะตรากฎหมายออกมาในรูปของ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดนั่นเอง แต่สำหรับพระราชกำหนดนั้น หากพิจารณาจะเห็นว่าไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะเป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตามพระราชกำหนดก็เป็นเพียงกฎหมายชั่วคราว

¹³ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 15), โดย วรพจน์ วิศรุดพิชญ์ อ., 2538, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁴ คำอธิบายกฎหมายปกครอง ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1 (น. 45). เล่มเดิม.

ซึ่งท้ายที่สุดแล้วความมีผลหรือไม่มีผล ใช้บังคับของพระราชกำหนดก็ขึ้นอยู่กับความยินยอมหรือไม่ยินยอมของรัฐสภา นอกจากนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด และสำหรับกฎหมายที่เป็น “ข้อจำกัด” อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง นอกจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติฉบับที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจนั้นเองแล้ว ยังได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติฉบับอื่น ๆ ที่มีผลบังคับใช้อยู่ในเวลาที่ฝ่ายปกครองกระทำ การรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ บรรดาบทบัญญัติทั้งหลายของรัฐธรรมนูญรวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย โดยหลักการที่สำคัญ ๆ ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาค นอกจากนี้ กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจอีกประการหนึ่งได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายประเพณี อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปนี้ไม่อาจนับได้ว่าเป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจเนื่องจากกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะของประชาชน ผู้ตกอยู่ใต้บังคับของการกระทำทางปกครอง

โดยสรุป หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ¹⁵ ดังนี้

1) หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย”

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับจริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น องค์กรฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กร

¹⁵ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 17-25). เล่มเดิม.

ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะไม่มีความหมาย ด้วยเหตุนี้องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมาย ที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

2) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครอง ยิ่งไปกว่านั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน¹⁶

ตามหลักประชาธิปไตยต้องถือว่ารัฐสภาซึ่งสมาชิกได้รับเลือกโดยตรงจากประชาชนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจเรื่องราวต่าง ๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของราษฎร ทั้งนี้ ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญอันเป็นกติกาพื้นฐานแห่งรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ราษฎร ด้วยเหตุผลเช่นนี้หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้วก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภา จะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองไม่ได้¹⁷

หลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนคาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใด ๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปดังกล่าวจะกำหนดโดยองค์กรฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้รับมอบหมายอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดซึ่งอยู่ในกรอบที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าแล้วในรูปกฎหมายหรือได้รับมอบหมายอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้รู้ล่วงหน้าแล้วนั้น

หลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญเช่นกัน หากพิจารณารัฐธรรมนูญในหมวดซึ่งว่าด้วยสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนเป็นหลัก ทั้งนี้ โดยเปิดโอกาสให้รัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดหรือล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้นภายใต้เงื่อนไข

¹⁶ แหล่งเดิม.

¹⁷ แหล่งเดิม.

ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้น องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกระทำการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจดังกล่าวไว้¹⁸

แม้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองทำให้การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย แต่ฝ่ายปกครองเองก็เป็นองค์กรสำคัญองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ คำสั่ง ฯลฯ มาใช้กับประชาชนได้ การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครองก็ต้องสอดคล้องกับหลักว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹⁹ คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถออกกฎหมายลำดับรองได้ถ้าไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจและการออกกฎหมายลำดับรองก็จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงมีผลทำให้การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติการทางปกครอง นิติกรรมทางปกครอง การออกกฎ คำสั่งต่าง ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่า

2.4 ผลของคำสั่งทางปกครอง²⁰

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองเพื่อให้วัตถุประสงค์ในทางปกครองบรรลุผล องค์กรฝ่ายปกครองย่อมต้องอาศัยเครื่องมือหลายประการในการปฏิบัติงาน ในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการในทางปกครองเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจต้องดำเนินการออกกฎ หรือเข้าทำสัญญาทางปกครอง หรือออกระเบียบภายในหน่วยงานเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของตนปฏิบัติ หรืออาจต้องดำเนินการโดยการสั่งการฝ่ายเดียวในรูปของคำสั่งทางปกครองในบรรดาเครื่องมือทั้งหลายทั้งปวงที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้เพื่อให้การปฏิบัติการกิจบรรลุผลนั้น “คำสั่งทางปกครอง” นับเป็นเครื่องมือหรือรูปแบบการกระทำที่สำคัญที่สุด ทั้งนี้ เพราะคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจมหาชนที่เหนือกว่าขององค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์เอกชนต้องปฏิบัติ โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นรูปธรรมและมีผลเฉพาะราย กล่าวอีกนัยหนึ่งคำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการชี้สิทธิหน้าที่ในทางกฎหมายว่าสิทธิหน้าที่นั้นดำรงอยู่อย่างไร คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการทำให้สิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายและเป็นนามธรรมกลายเป็น

¹⁸ แหล่งเดิม.

¹⁹ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 430), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁰ จาก *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น. 215-232), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก, 2554, กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.

กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับบุคคลเฉพาะราย เมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับคำสั่งทางปกครองบุคคลนั้นย่อมรู้ได้ทันทีว่าตนต้องปฏิบัติอย่างไรหรือสิทธิหน้าที่ของตนในทางกฎหมายดำรงอยู่อย่างไร ในกรณีที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วองค์กรฝ่ายปกครองอาจบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองได้ โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลออกคำสั่งบังคับ

2.4.1 ข้อพิจารณาว่าด้วยผลของคำสั่งทางปกครอง

1) ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองกับผลในทางกฎหมาย

เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง การออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย เช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองในรูปแบบอื่น คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาถูกต้องตามเงื่อนไขที่ระบบกฎหมายนั้น ๆ เรียกร้อง ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขในการมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขทางรูปแบบหรือเงื่อนไขทางเนื้อหา คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครองตามที่องค์กรฝ่ายปกครองมุ่งประสงค์ ปัญหาที่จะต้องพิจารณา คือ หากคำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขที่ระบบกฎหมายเรียกร้อง กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

หากพิจารณามาตรา 42 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว จะพบว่ากฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมานั้น มีผลในทางกฎหมายโดยไม่ได้แยกแยะว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากพิจารณาถ้อยคำในมาตราดังกล่าวประกอบกับมาตราอื่น ๆ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองต่อไปแล้ว อาจจะกล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ปรากฏที่ซึ่งไม่มีการ “ลบล้าง” ผลของคำสั่งทางปกครองนั้น โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้สิ้นผลลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยปกติทั่วไปก็เช่น บุคคลที่รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เห็นด้วยกับคำโต้แย้ง จึงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นต้น การที่ระบบกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลในทางกฎหมายนี้ ไม่ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแต่อย่างใด

เนื่องจากระบบกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถอุทธรณ์โต้แย้งเพื่อให้องค์กรที่มีอำนาจใช้อำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้อยู่แล้ว

2) การเกิดผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะมีผลในทางกฎหมายและในเวลาต่อมาจะเกิดผลบังคับผูกพันได้ คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเกิดขึ้นและมีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครองโดยการแจ้งผู้รับคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539) ทั้งนี้ โดยต้องไม่คำนึงว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองจะได้ทราบเนื้อหาในคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพียงแต่ได้มีการแจ้งตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในหมวด 4 มาตรา 68 ถึงมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองคนใดคนหนึ่ง คำสั่งทางปกครองก็เกิดขึ้น และมีผลในทางกฎหมายใช้บังคับบุคคลผู้รับแจ้งได้แล้ว การกำหนดผลของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้มีความสำคัญ เนื่องจากบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จะต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นคำสั่งทางปกครองอาจมี “ผลบังคับผูกพัน” ดังที่จะกล่าวต่อไปได้

3) การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง

หากพิจารณาในภาพรวมแล้ว คำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายอาจสิ้นผลลงไปได้ในหลายลักษณะด้วยกัน ในที่นี้จะแยกการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองออกเป็น 3 ลักษณะคือการสิ้นผลโดยการลบล้างโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจ การสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลา และการสิ้นผลโดยเหตุอื่น

ก) การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองโดยการลบล้างโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจ การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรที่ทรงอำนาจอาจเป็นการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือโดยองค์กรตุลาการ การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการปรากฏอยู่ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้นอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ การลบล้างคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในฝ่ายปกครองกรณีหนึ่ง และการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยไม่ขึ้นอยู่กับกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในฝ่ายปกครองอีกกรณีหนึ่ง

ข) การสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลา คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่มี “เงื่อนไขสิ้นสุด” อยู่ในคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมสิ้นผลลง ณ เวลาใดเวลาหนึ่งที่กำหนดไว้โดยอัตโนมัติ องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาหรือกระทำการในทางทำลายผล

(Actus Contrarius) ของคำสั่งทางปกครองนั้นอีก เช่น ใบอนุญาตที่กำหนดวันหมดอายุไว้ในใบอนุญาตนั้น ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขสิ้นสุด เป็นต้น

ค) การสิ้นสุดโดยเหตุอื่น นอกจากคำสั่งทางปกครองจะสิ้นสุดลงโดยการแสดงเจตนาปลั่งโดยองค์กรที่ทรงอำนาจหรือสิ้นสุดลงโดยเงื่อนไขสิ้นสุดแล้ว คำสั่งทางปกครองอาจสิ้นสุดลงโดยเหตุอื่น โดยเฉพาะอย่างกรณีที่วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นบรรลุแล้ว และไม่จำเป็นต้องดำเนินการอื่นใดอีก เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ชุมนุมประท้วงบริเวณท้องสนามหลวงสลายการชุมนุม และผู้ชุมนุมประท้วงได้สลายการชุมนุมเรียบร้อยแล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็สิ้นสุดลง เป็นต้น

2.4.2 ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองและแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองจะผูกพันบุคคลและองค์กรในระดับที่แตกต่างออกไป ดังนี้

1) ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองต่อองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองมาแล้ว หากพิจารณาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว จะพบว่า บทบัญญัติในส่วนที่ 6 มาตรา 49 ถึงมาตรา 53 ได้เปิดช่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไปได้ ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ได้บัญญัติไว้ ทั้งนี้ โดยมีพิกัดค้ำประกันว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะล่วงพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งแล้วหรือไม่ ซึ่งหมายความว่าเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแล้ว แม้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างไรก็ได้อีกต่อไป แต่ก็หาได้หมายความว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขาดเสีย ซึ่งอำนาจในการที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวในทุกกรณีไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งหากกรณีด้วยเหตุแห่งการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเริ่มการได้เอง ไม่จำเป็นที่จะต้องรอให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งร้องขอเสียก่อน ดังนั้น ความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีต่อคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไปนั้นจึงไม่ใช่ความผูกพันอย่างเด็ดขาดทำนองเดียวกับที่ศาลต้องผูกพันต่อคำพิพากษาของตน

2) ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองต่อบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง

องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมสามารถยกเอาคำสั่งทางปกครองนั้นขึ้นยันกับบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งหมายความว่าบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ถึงแม้ตนจะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หากบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ แต่การอุทธรณ์โต้แย้งก็ไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับไว้ก่อน (มาตรา 44 วรรคสาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

3) ผลผูกพันของคำสั่งปกครองต่อบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง

โดยเหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้บัญญัติขึ้นตอนการปฏิบัติสำหรับคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สามหรือ “คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง” ไว้ กรณีนี้จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะมีผลผูกพันบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้แจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลผูกพันบุคคลที่สามนั้นด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างไรก็ตาม ผลผูกพันดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นผลผูกพันเด็ดขาด ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ และโดยการโต้แย้งดังกล่าว บุคคลนั้นจึงเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองปัญหาที่จะเกิดขึ้นในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม คือ กรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังบุคคลที่อาจจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น จะถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลผูกพันต่อบุคคลที่สามได้หรือไม่

4) ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครอง

ในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นที่ทราบกันทั่วไปว่าในหลายกรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการที่จะเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งหรือในระดับความเข้มข้นระดับใดระดับหนึ่งที่ตนเห็นว่าเหมาะสมได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ภารกิจของตนบรรลุผลและตราบเท่าที่การใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังอยู่ในกรอบของกฎหมาย ศาลปกครองย่อมต้องผูกพันการใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ถึงแม้ว่าหากศาลปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจเองแล้ว ศาลปกครองจะเลือกใช้ดุลพินิจในลักษณะอื่นก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่การใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก้าวล่วงกรอบที่ระบบกฎหมายนั้นกำหนดไว้

เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดต่อหลักความเสมอภาค หรือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ ศาลปกครองย่อมไม่ต้องผูกพันกับคำสั่งทางปกครองนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่ผูกพันศาลปกครอง ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ผูกพันศาลปกครอง ศาลปกครองจึงสามารถพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

5) ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองต่อองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่น

ในทางกฎหมายปกครอง คำสั่งทางปกครองไม่ได้มีผลผูกพันระหว่างองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งออกคำสั่งทางปกครองกับบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่ยังมีผลผูกพันองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่นให้ต้องเคารพคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย เช่น องค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกฎหมายสัญญาได้ออกคำสั่งทางปกครองอนุญาตให้คนต่างด้าวคนหนึ่งได้รับสัญชาติไทย ในกรณีเช่นนี้องค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่นต้องปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวในฐานะที่บุคคลนั้นเป็นคนสัญชาติไทย จะปฏิเสธไม่ผูกพันตามคำสั่งอนุญาตให้แปลงสัญชาติขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทรงอำนาจในเรื่องดังกล่าวหาได้ไม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เป็นที่เห็นประจักษ์ชัดอยู่ในตัวว่าองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่นต้องผูกพันต่อคำสั่งทางปกครองเฉพาะที่มีผลในทางกฎหมายเท่านั้น

2.4.3 การบังคับทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจรัฐเข้าไปบังคับกับเอกชน โดยการสั่งการหรือกระทำการใด ๆ แล้ว การดำเนินการของฝ่ายปกครองดังกล่าวนั้น อาจส่งผลกระทบต่อเอกชนผู้ซึ่งถูกบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และเป็นผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่หรือสถานภาพทางกฎหมายของเอกชนด้วยเช่นกัน ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้เลย โดยไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องร้องต่อศาลก่อนหรือไม่ จำต้องรอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ฝ่ายปกครองบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นก่อนแต่ประการใด²¹ ซึ่งกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า จากการที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการบังคับไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น แล้วฝ่ายปกครองจะได้รับประโยชน์จากการสันนิษฐานเบื้องต้นทางกฎหมายว่า คำสั่งทางปกครองนั้น ได้กระทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายทันที และจากข้อสันนิษฐานดังกล่าวข้างต้นจะส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองนั้น เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือเคลื่อนไหวในสิทธิ หน้าที่ หรือสถานภาพทางกฎหมายของเอกชนนั้นทันทีที่มีผลบังคับ เมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองมาบังคับใช้กับเอกชนแล้ว โดยหลักการแล้วเอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย

²¹ นิติกรรมทางปกครอง (คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง) (น. 288-289). เล่มเดิม.

อย่างไรก็ตาม เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว หากผู้ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยก็ต้องดำเนินกระบวนการโต้แย้ง เมื่อผ่านกระบวนการโต้แย้งแล้วผู้ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองก็ย่อมต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยคำสั่งทางปกครองบางประเภทซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง เช่น การอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แต่คำสั่งทางปกครองบางประเภท เช่น คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น หากผู้รับคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครองนั้น ก็ต้องมีมาตรการในการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กล่าวถึงความหมายของการบังคับทางปกครองไว้ว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับไว้ก่อน โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั่นเอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือผู้มีอำนาจพิจารณาความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยบุคคลดังกล่าวอาจมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาหรือเจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ดำเนินการก็ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และนอกจากนี้กฎหมายมาตราดังกล่าวยังกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองโดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด²²

การบังคับทางปกครองมีสาระสำคัญดังนี้ คือ

1) บุคคลที่จะถูกบังคับทางปกครอง ได้แก่ ผู้ที่ได้รับผลผูกพันต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางฝ่ายปกครอง และนอกจากนี้มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังกำหนดไว้ว่า การบังคับทางปกครองจะใช้กับเจ้าหน้าที่ด้วยกันไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

2) ขอบเขตของการนำมาตราการบังคับทางปกครองมาใช้ มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ว่า ถ้าบทบัญญัติกฎหมายใด กำหนดมาตรการบังคับทางปกครองไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่เจ้าหน้าที่เห็นว่ามาตรการบังคับนั้นมีลักษณะที่จะเกิดผลน้อยกว่ามาตรการบังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแทนก็ได้

²² กฎหมายปกครอง (น. 522). เล่มเดิม.

3) กระบวนการบังคับทางปกครอง ก่อนที่จะมีการบังคับทางปกครองเจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการเตือนผู้ที่ได้รับผลผูกพันต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองก่อน โดยมาตรา 59 และมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดรายละเอียดไว้ว่า ก่อนใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่จะต้องมีคำเตือนเป็นหนังสือให้มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำตามคำสั่งทางปกครองในระยะเวลาที่กำหนดตามสมควรแก่กรณี โดยคำเตือนดังกล่าวสามารถมีพร้อมกับคำสั่งทางปกครองก็ได้ และในคำเตือนจะต้องระบุถึงมาตรการบังคับทางปกครองที่จะใช้อย่างชัดเจน แต่จะกำหนดมากกว่าหนึ่งมาตรการในคราวเดียวกันไม่ได้ และต้องระบุถึงค่าใช้จ่ายในการที่เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทน หรือจำนวนค่าปรับทางปกครอง ซึ่งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่กำหนดไปล่วงหน้าดังกล่าว หากปรากฏในเวลาต่อมาว่าต้องเสียค่าใช้จ่ายจริงมากกว่าที่กำหนดไว้ เจ้าหน้าที่ก็สามารถเรียกเพิ่มขึ้นได้

การเปลี่ยนแปลงมาตรการบังคับทางปกครองให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในคำเตือนสามารถทำได้หากปรากฏว่ามาตรการที่กำหนดไว้ไม่บรรลุตามวัตถุประสงค์ ส่วนในกรณีของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองต่อผู้ชี้แจงการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่ก็สามารถใช้กำลังเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามมาตรการบังคับทางปกครองได้ แต่ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุ และในกรณีจำเป็น เจ้าหน้าที่อาจขอความช่วยเหลือจากตำรวจได้

4) มาตรการบังคับทางปกครองกรณีชำระเงิน เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยการบังคับให้ชำระเงินไม่ว่าจะเป็นเงินภาษีอากร ค่าบำรุง ค่าปรับ ค่าธรรมเนียมหรือการชำระเงินค่าปรับทางปกครองนั้น ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระเงินภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 7 วัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ ตามวิธีการที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

5) มาตรการบังคับทางปกครองกรณีกำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ เมื่อผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองให้กระทำหรือละเว้นกระทำฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังต่อไปนี้

1. ให้บุคคลภายนอกเป็นผู้กระทำการแทน หรือเจ้าพนักงานกระทำแทน โดยให้ผู้รับคำสั่งปกครองเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เช่น ตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 พ.ศ. 2535 ที่ให้ผู้ก่อสร้างอาคารที่กระทำการผิดกฎหมายดำเนินการรื้อถอนอาคาร หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้อง แต่ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครอง

ไม่ทำการรื้อถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานท้องถิ่นอาจจะให้มีการรื้อถอนได้เอง หรือให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ดำเนินการแทน และให้เจ้าของผู้ครอบครองอาคารเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย เป็นต้น หรือ

2. การปรับ เป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่นำมาใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่เกี่ยวกับการให้ชำระเงิน โดยผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้กับฝ่ายปกครอง เป็นต้น โดยให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกิน 20,000 บาท ต่อวัน

ในกรณีที่จะต้องบังคับการโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษทางอาญาหรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ต้องออกคำสั่งให้กระทำหรือละเว้นกระทำก่อนก็ได้ แต่ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน

จะเห็นได้ว่า ฝ่ายปกครองที่ได้ดำเนินการบังคับไปตามนิติกรรมทางปกครองนั้นจะมีลักษณะของการได้เอกสิทธิ์ตามที่บทบัญญัติของกฎหมายได้รองรับไว้ ทั้งนี้ เนื่องจากฝ่ายปกครองได้กระทำการดังกล่าวเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการออกมาบังคับใช้เพื่อให้การดำเนินการดังกล่าวบรรลุวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์แล้ว เอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว นั้น ก็ชอบที่จะร้องขอทำการแก้ไขเยียวยาได้ไม่ว่าจะเป็นการเยียวยาทางเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือการเยียวยาทางศาล โดยการเยียวยาทางเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะเป็นการพิจารณาขอให้ทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้นใหม่ หรือเป็นการอุทธรณ์เพื่อขอให้เพิกถอน หรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้น โดยอ้างเหตุว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าว นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการเยียวยาทางศาลนั้นเป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นการฟ้องเพื่อไม่ให้นำผลของคำสั่งปกครองมาใช้บังคับกับตนเอง เป็นต้น และในขณะที่มีการฟ้องร้องยังศาลนั้นผู้ที่ได้รับผลกระทบดังกล่าวก็ชอบที่จะร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการใด ๆ อันเป็นการชั่วคราวเพื่อเป็นการบรรเทาทุกข์ให้แก่ตนเองได้ ถ้าเห็นว่าตนเองอาจได้รับความเสียหายอันยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง เช่น การขอให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในระหว่างพิจารณาคดีของศาล เป็นต้น

2.5 หลักเอกลิทธิของฝ่ายปกครอง

2.5.1 ความหมายของเอกลิทธิของฝ่ายปกครอง

รัฐหรือฝ่ายปกครองมีหน้าที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อสนองความต้องการของคนหมู่มากในสังคม ประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของคนหมู่มากในสังคมจึงเป็นหัวใจของกิจการของรัฐ เมื่อรัฐหรือฝ่ายปกครองต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ กฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินการต่าง ๆ จึงยืนอยู่บน หลักความไม่เสมอภาค ทั้งนี้ เนื่องจากหากให้ฝ่ายปกครองอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกับเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองจะไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างสะดวกรวดเร็ว และเกิดผลดีต่อประชาชนได้ จึงเกิดการให้อำนาจพิเศษบางประการแก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้โดยไม่ชักช้าและสำเร็จลุล่วงไปได้เป็นอย่างดี²³ เมื่อมีหลักว่าฝ่ายปกครองในฐานะผู้แทนของรัฐต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งต่างจากปัจเจกชนที่ทำการ เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ผลทางกฎหมายมหาชนที่ตามมาคือ รัฐ องค์การของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือที่เรียกว่า ฝ่ายปกครองต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชน เราเรียกสภาพทางกฎหมายที่รัฐอยู่เหนือกว่าเอกชนนี้ว่า เอกลิทธิของฝ่ายปกครอง²⁴

อำนาจของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า “เอกลิทธิ” (Privilege) ถือเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการดำเนินการเพื่อให้ภารกิจของรัฐสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง และบรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรืออาจเรียกได้ว่าบริการสาธารณะนั่นเอง เอกลิทธิของฝ่ายปกครองจึงหมายถึง “อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่จะกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครอง ในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ”²⁵

2.5.2 ลักษณะของเอกลิทธิของฝ่ายปกครอง

จากหลักการที่ว่า รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้แทนรัฐ ต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น วัตถุประสงค์ของการดำเนินการดังกล่าวก็เพื่อที่จะสนองตอบต่อความต้องการของประชาชนหมู่มาก ซึ่งอยู่ใต้การปกครองของรัฐในระบบนิติรัฐ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐ

²³ จาก *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (น. 119-120), โดย นันทวัฒน์ บรรมานันท์ ข, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁴ จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี* (น. 298-301), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

²⁵ จาก *เอกลิทธิและความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย* (น. 19), โดย ไพทิจิต เอกจริยกร, 2526, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จำต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอาศัยฐานะที่เหนือกว่าเอกชน หรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง และการที่จะแสดงให้เห็นถึงลักษณะของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองได้นั้น จะต้องมีความหมายมารองรับถึงบทบาทหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยกฎหมายดังกล่าวจะแสดงถึงวิธีการ จำนวน 3 ระดับ²⁶ คือ

1) กิจกรรมและผลทางกฎหมาย

กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการหรือประโยชน์สาธารณะนั้น แบ่งแยกได้เป็น 2 ประการคือ

(ก) การใช้อำนาจควบคุม หรือตำรวจทางปกครอง (Police Administrative) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชน หรือป้องกัน (Preventif) ไม่ให้เกิดความเสียหาย และความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองโดยเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้าในการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ฝ่ายเดียว โดยเอกชนไม่ต้องสมัครใจ หรือเป็นการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยการใช้อำนาจดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจโดยทั่วไป และเป็นการใช้อำนาจเฉพาะรายด้วย เมื่อปัจเจกชนเห็นว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวดังกล่าวนี้ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปัจเจกชนผู้ได้รับผลกระทบย่อมนำคดีมาสู่ศาลปกครองได้ ซึ่งศาลปกครองจะมีหลักกฎหมายพิเศษในการบังคับกับกิจกรรมของตำรวจทางปกครองหรือควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครอง โดยศาลปกครองจะให้ความสำคัญกับมาตรการที่ใช้ว่า เกินความจำเป็นที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยหรือไม่ สำหรับการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองที่เป็นการควบคุมล่วงหน้าโดยการออกกฎเกณฑ์อนุมัติหรืออนุญาต ถ้ามีการใช้อำนาจเกินความจำเป็น ศาลปกครองก็จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ในส่วนของการใช้นโยบายในการควบคุมเรื่องที่สำคัญของตำรวจทางปกครอง เช่น การเนรเทศบุคคลออกจากประเทศ ศาลจะควบคุมเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองนั้น จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีความผิดอย่างร้ายแรงเท่านั้น ในส่วนของการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน อำนาจของตำรวจทางปกครองก็จะมีเพิ่มขึ้นตามสถานการณ์ ซึ่งศาลจะเป็นผู้พิจารณาความเหมาะสมระหว่างมาตรการที่ใช้กับสถานการณ์

(ข) การบริการสาธารณะ (Public Service) เป็นกิจกรรมที่ตำรวจทางปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวควบคุม และรักษาความสงบเรียบร้อยในรูปของการห้าม การจำกัดเสรีภาพ ซึ่งจะแตกต่างจากกิจกรรมของรัฐที่ได้กระทำเพื่อบำบัดความต้องการของส่วนรวม โดยกระทำในรูปของการให้บริการ

²⁶ กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (น. 300-330). เล่มเดิม.

2) วิธีการที่ใช้ในการทำกิจกรรมและผลทางกฎหมาย

ตามกฎหมายเอกชนได้ยึดถือในหลักของความเสมอภาค และเสรีภาพในการก่อนิติสัมพันธ์ โดยวิธีการที่ใช้ในกฎหมายเอกชนเพื่อก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้นคือสัญญา แต่ในระบบกฎหมายมหาชนนั้น ฝ่ายปกครองมีสิทธิเลือกใช้วิธีการต่าง ๆ ตามความจำเป็น ได้อย่างน้อย 3 ประการคือ

(ก) การใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้น โดยที่ปัจเจกชนไม่ต้องสมัครใจ ซึ่งก็คือกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

(ข) การใช้อำนาจฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง (Contact Administrative)

(ค) การทำสัญญาในทางแพ่งกับเอกชน ในฐานะเอกชน

จากวิธีการดังกล่าวข้างต้นในสองประการนั้น ฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่กรณีคือฝ่ายเอกชนเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว ก็จะมีหลักกฎหมายมหาชนเข้ามาเป็นตัวกำกับควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายที่เหนือกว่าคือรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยนิติกรรมทางปกครองนั้นถ้าไม่ถูกต้องในเรื่องของแบบ ขั้นตอน หรือกระบวนการที่กฎหมายกำหนด หรือกระทำผิดวัตถุประสงค์ หรือเนื้อหาของการกระทำนั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมาย ศาลก็จะเป็นผู้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น รวมถึงการกระทำที่นอกขอบอำนาจหรือไม่มีอำนาจด้วย ในส่วนของสัญญาทางปกครองนั้น ต้องใช้หลักของกฎหมายมหาชนมาจับ ในเรื่องของคู่สัญญา และพิจารณาถึงในเรื่องของวัตถุประสงค์ของสัญญาด้วย ที่จะต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการบริการสาธารณะ หรือมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองมากเป็นพิเศษเหนือคู่สัญญาซึ่งเป็นเอกชนในส่วนประการที่สามในเรื่องของสัญญาในทางแพ่งนั้น ฝ่ายปกครองจะไม่มีเอกสิทธิ์หรืออภิสิทธิ์เหนือฝ่ายเอกชนเลย เพราะต้องใช้หลักกฎหมายเอกชนมาบังคับกับสัญญา และต้องขึ้นศาลยุติธรรม

3) การบังคับตามสิทธิหน้าที่

ในระบบกฎหมายเอกชนที่ยึดถือหลักของความเสมอภาค และเสรีภาพในการทำสัญญานั้น ถ้าหากมีข้อพิพาทกันในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ที่ถูกโต้แย้งเอกชนก็สามารถนำเรื่องที่พิพาทกันนั้นมาฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เพื่อให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ๆ แต่ในระบบกฎหมายมหาชนนั้น สืบเนื่องจากเจ้าหน้าที่ได้กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและรัฐเองก็มีอำนาจในการบังคับโดยตรงอยู่แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจที่จะดำเนินการบังคับได้เองตามนิติกรรมทางปกครอง โดยไม่ต้องใช้อำนาจศาลเข้าไปบังคับแต่อย่างใด ซึ่งการดำเนินการ

ในลักษณะเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการกระทำไปก่อน คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกระทำการบังคับไปตามนิติกรรมทางปกครองนั้นไปก่อน ถ้าเอกชนเห็นว่าการดำเนินการตามนิติกรรมทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนก็สามารถฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ ถ้าศาลปกครองเห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะเพิกถอนการกระทำนั้น หรือพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายได้

ผลทางกฎหมายของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการกระทำไปก่อนที่สำคัญคือ

ก) การยอมรับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับตามนิติกรรมทางปกครองไปได้เอง ตามที่บัญญัติของกฎหมายได้รองรับไว้ โดยที่ไม่ต้องมาใช้อำนาจศาลนั้นเท่ากับมีข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่านิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายอยู่จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลเป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นหน้าที่ของเอกชนที่จะเป็นผู้ฟ้องฝ่ายปกครอง โดยอ้างว่าคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข) นับแต่เวลาที่กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับ ก็จะทำให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าว ทั้งที่ปัจเจกชนไม่ได้สมัครใจด้วย ดังนั้น วิธีที่จะทำให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลก็คือ ปัจเจกชนผู้ได้รับผลกระทบจะต้องนำวิธีการทางศาลมาใช้ โดยการฟ้องร้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเสีย อนึ่ง ในส่วนการที่ปัจเจกชนไม่ได้ดำเนินการตามที่ฝ่ายปกครองได้ออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไป ปัจเจกชนดังกล่าวอาจถูกดำเนินคดีอาญาได้ และรวมตลอดถึงอาจถูกฝ่ายปกครองบังคับให้ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้ด้วย เช่น อาจทำการรื้อถอนอาคารได้ อย่างไรก็ตาม การที่เอกชนมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่เอกชนจะมีคำขอพิเศษต่อศาล คือ ขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองโดยอ้างว่าถ้าปล่อยให้มีการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น หากต่อมาภายหลังศาลปกครองพิพากษาว่ากฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเป็นการยากแก่การเยียวยาความเสียหายของเอกชนในภายหลัง (เช่น รื้อบ้านไปแล้ว ศาลพิพากษาว่าคำสั่งรื้อไม่ชอบด้วยกฎหมาย) ทั้งนี้ การทุเลาการบังคับคำสั่งพิเศษของฝ่ายปกครองศาลจะไม่ให้ทุเลาเลย เพราะจะเท่ากับเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องอนุญาตไปก่อน

ค) นับแต่เวลาที่นิติกรรมทางปกครองมีผลใช้บังคับ ฝ่ายปกครองย่อมยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้นให้สิ้นผลไปในอนาคตได้นับแต่วันที่ยกเลิกนั้น แต่ถ้าฝ่ายปกครองเพิกถอนให้มีผลย้อนหลัง ก็อาจทำได้ในบางกรณี แต่ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบอื่น ๆ ด้วย เช่น ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว เป็นต้น

2.6 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อมีคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง ซึ่งเกิดจากการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร หรือเป็นคดีอันเนื่องจากการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือทำหน้าที่ของรัฐ หรืออันเนื่องจากสัญญาทางปกครอง ฯลฯ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมืองค์กรกลางมาตรวจสอบตัดสินข้อพิพาทนั้น โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ องค์กรที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในเรื่องดังกล่าวก็คือศาลปกครอง ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

2.6.1 บทบาทและหน้าที่ขององค์กรตุลาการศาลปกครอง²⁷

องค์กรตุลาการมีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและควบคุมการกระทำต่าง ๆ ทั้งของเอกชนและของรัฐให้ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีภารกิจหลักในการให้ความคุ้มครองแก่หลักความชอบด้วยกฎหมายให้เกิดเป็นผลจริงจิ่งขึ้น โดยเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และหากการกระทำนั้น ก่อความเสียหายก็พิพากษาให้ผู้กระทำต้องชดใช้ค่าเสียหายด้วย ดังนั้น ในนิติรัฐจึงถือว่าความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการที่ไม่ต้องตกอยู่ในอำนาจครอบงำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นสิ่งจำเป็น เพราะองค์กรตุลาการในนิติรัฐจะเป็นผู้ตรวจสอบควบคุมองค์กรอื่นเพื่อคุ้มครองหลักความชอบ ด้วยกฎหมาย แต่องค์กรตุลาการเองก็ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ในระบบกฎหมายต่าง ๆ จึงต้องมีกลไกคอยตรวจสอบควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการให้ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำขององค์กรอื่น ๆ กลไกที่ว่านี้ อาจมีหลายระดับหลายวิธี อาทิเช่น การมีศาล 3 ชั้น และให้ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาศาลล่าง การให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคำพิพากษาศาลสูงสุดอื่นชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังเช่นในประเทศเยอรมนี เป็นต้น

การพิจารณาของตุลาการนั้นไม่ได้ถูกกำหนดโดยระยะเวลาหรือโดยผู้มีอำนาจเหนือกว่า แต่มีหลักเกณฑ์บังคับอยู่หลักเกณฑ์เดียว คือ ตุลาการจะต้องพิจารณาคดีทุกคดีที่มีการฟ้องต่อศาล มีการลงบันทึกคดีในสารบบความ ศาลจะเปิดสำนวนคดีโดยมีการกำหนดเลขคดี และสำนวนคดีดังกล่าวจะปิดลงโดยคำสั่งของศาลซึ่งอาจเป็นคำสั่งยก เนื่องจากไม่มีอำนาจ หรือคำสั่งไม่รับคำสั่งให้โอนคดีไปยังศาลอื่น หรือมีข้อสังเกตว่าไม่มีเหตุที่จะพิจารณาคดีหรือผู้ฟ้องคดีถอนฟ้อง หรือมีความผิดพลาดในการลงสารบบความ การพิจารณาความเหมาะสมของระยะเวลาในการ

²⁷ จาก *คำบรรยายหลักกฎหมายเอกชน* (น. 81-85), โดย ฌ็องฟงส์ โปยกะบุตร และพรชัย สุนทรพันธ์, 2546, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

พิจารณาพิพากษาคดีขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของคดี การให้เหตุผลต้องชัดเจนและเพียงพอที่จะให้เข้าใจเหตุผลดังกล่าว เพื่อให้ศาลชั้นที่สูงกว่าสามารถตรวจสอบได้ การพิจารณาคดีของศาลนั้นต้องเป็นไปโดยเปิดเผย และต้องให้เหตุผลประกอบในคำพิพากษาทั้งในเรื่องข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ซึ่งศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีที่มีการฟ้องต่อศาลทุกคดี โดยศาลจะอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนเพื่อจะไม่พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งไม่ได้ สำหรับเหตุผลที่ตุลาการจะต้องวิเคราะห์ถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายตามตัวอักษรนั้น ก็เพื่อที่จะทราบว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายหลากหลายหรือมีขอบเขตกว้างแคบแตกต่างกันอย่างไร ความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรหรือที่เรียกว่าคำศัพท์นั้นอาจแยกออกได้เป็น 2 ประการ คือ คำศัพท์ธรรมดาหรือศัพท์สามัญ ศัพท์กฎหมายหรือศัพท์ทางวิชาการ นอกจากนี้ก็อาจวิเคราะห์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยพิจารณาจากที่มาของบทบัญญัติของกฎหมาย วิเคราะห์จากตำแหน่งหรือหมวดหมู่ของกฎหมาย วิเคราะห์จากถ้อยคำของบทบัญญัตินั้น ๆ วิเคราะห์ถึงสถานการณ์ในขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้น

2.6.2 ขอบเขตการตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาล²⁸

ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ศาลจะต้องวินิจฉัยปัญหาที่สำคัญ 2 ประการ ปัญหาแรก คือ ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำที่ถูกนำมาฟ้องคดีหรือไม่ หากศาลเห็นว่า ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบ ศาลก็จะต้องวินิจฉัยปัญหาต่อไปว่า อำนาจศาลในการตรวจสอบการกระทำนั้นมีขอบเขตมากน้อยแค่ไหนเพียงใด โดยหลักทั่วไปของศาลปกครองนั้นจะไม่ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา และการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะถือว่าเป็นเรื่องของการบริหาร โดยแท้ ศาลมีหน้าที่ในการตรวจสอบฝ่ายบริหารมิให้กระทำการที่เป็นการเกินขอบเขตอำนาจของตนหรือป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจหน้าที่ของตนไปในทางที่มีขอบอันทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของเอกชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หน้าที่ของศาลก็คือการจำกัดให้ฝ่ายบริหารกระทำกรอยู่ในขอบเขตที่ขอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถใช้วิจรรณญาณของตนเองไปใช้แทนวิจรรณญาณของฝ่ายบริหารเสียทั้งหมด ศาลไม่มีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบว่าการกระทำทางปกครองที่ถูกร้องเรียนนั้นเป็นการกระทำที่ดีที่สุด เหตุผลสำคัญที่ทำให้ศาลต้องจำกัดขอบเขตอำนาจการตรวจสอบของตัวเองดังกล่าวข้างต้นก็เพราะว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้จัดตั้งฝ่ายบริหารขึ้นมาทำหน้าที่บริหารบ้านเมืองก็เนื่องมาจากความต้องการที่จะสร้างหน่วยงานที่มีความชำนาญเฉพาะด้านอันเกิดจากประสบการณ์การทำงานด้านใดด้านหนึ่ง โดยเฉพาะต่อเนื่องไปโดยตลอด ซึ่งจะทำให้หน่วยงานนั้นสามารถทำหน้าที่ได้ด้วยดี แต่หากศาลสามารถใช้วิจรรณญาณของตัวเองไปแทนที่

²⁸ คำบรรยายหลักกฎหมายเอกชน (น. 81-85). เล่มเดิม.

พิจารณาหรือการตัดสินใจของฝ่ายบริหารไปเสียทั้งหมดแล้วก็จะเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของการสร้างฝ่ายบริหารขึ้นมาตั้งแต่ต้นและหน่วยงานของฝ่ายบริหารเหล่านั้น ก็จะแปลงสภาพมาเป็นเพียงช่องทางผ่านข้อมูลต่าง ๆ ไปให้ศาลเป็นผู้ตัดสินใจแทนทั้งหมด อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดเรื่องขอบเขตอำนาจการตรวจสอบจะต้องไม่มากเกินไปจนทำให้ศาลไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะทำให้ศาลมีสถานะเป็นเพียงตราขานที่คอยรับรองการกระทำของฝ่ายบริหาร สำหรับอำนาจในการตรวจสอบข้อเท็จจริงของศาล หลักการพื้นฐานเรื่องอำนาจตรวจสอบข้อเท็จจริงข้อเท็จจริงที่ศาลอาจใช้ในคดีที่ศาลจะต้องตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ก็คือ ศาลจะตรวจได้เฉพาะบันทึกข้อมูลที่ฝ่ายบริหารได้จัดทำขึ้นเท่านั้น ศาลไม่อาจตรวจเข้าไปถึงกระบวนการใช้วิจารณญาณตัดสินใจของฝ่ายบริหาร

2.6.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศส²⁹

ในส่วนนี้จะขอนำเสนอกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งศาลปกครองได้แยกกระบวนการในการพิจารณาคดีดังกล่าวออกเป็น 2 กระบวนการ คือ คดีที่ฝ่ายปกครองทำเกินอำนาจ และมาตรการฉุกเฉิน

1) การฟ้องกรณีฝ่ายปกครองทำเกินอำนาจ (Le recours pour excès de pouvoir)

การฟ้องกรณีฝ่ายปกครองทำเกินอำนาจคนนั้น เป็นกระบวนการทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ตุลาการศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมที่ทำเกินอำนาจนี้เป็นการดำเนินคดีที่มีลักษณะพิเศษที่นอกจากจะมีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชนผู้ฟ้องคดีแล้ว ยังเป็นกระบวนการสำคัญอีกกระบวนการหนึ่งที่ทำให้การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองเป็นไปตามกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า การฟ้องคดีกรณีฝ่ายปกครองทำเกินอำนาจนี้เป็นมาตรการสำคัญของระบบนิติรัฐ โดยปัจเจกชนที่มีส่วนได้เสียสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่เคารพต่อกฎหมายได้

2) มาตรการฉุกเฉินทางปกครอง

แม้กระบวนการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ทำเกินอำนาจในหัวข้อที่ผ่านมาจะเป็นอาวุธสำคัญในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้เป็นที่ไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กระบวนการดังกล่าวก็มีข้อบกพร่องในตัวเองทั้งในเรื่องของความล่าช้าในการพิจารณาคดี (อันเป็นเรื่องปกติทั่ว ๆ ไปของทุกศาลและแทบจะในทุกประเทศ) และในเรื่องการดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องของนิติกรรมทางปกครองที่นำมาฟ้องศาลปกครองตลอดเวลาที่พิจารณาคดี เพราะมีหลักอยู่ว่า การฟ้องคดีไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับคดี ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงยังคง

²⁹ กฎหมายปกครอง (น. 397-407). เล่มเดิม.

ดำเนินการต่าง ๆ ตามคำสั่งทางปกครองที่นำมาฟ้องต่อศาลต่อไปได้ ข้อบกพร่องทั้งสองประการนี้อาจทำให้ผู้ฟ้องคดีอยู่ในสถานะที่ลำบากได้ หากคำสั่งทางปกครองคำสั่งหนึ่งที่มีผลใช้บังคับมาช่วงเวลาหนึ่งแล้วต่อมาถูกศาลเพิกถอน ดังตัวอย่างต่อไปนี้ คือ คำสั่งทางปกครองให้เนรเทศคนต่างชาตินคนหนึ่งที่ศาลปกครองใช้เวลาร่วมสองปีในการพิจารณา และในที่สุดศาลปกครองก็มีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เนื่องจากไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ผลก็เกิดขึ้นไปแล้วคือ คนต่างชาตินผู้นั้นถูกเนรเทศไปสองปี เป็นต้น

ก่อนที่จะมีรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2001 กระบวนพิจารณาคดีปกครองมีมาตรการที่เรียกกันว่า การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (Le sursis à exécution) ที่เปิดช่องให้ศาลปกครองสามารถสั่งไปยังฝ่ายปกครองให้หยุดการบังคับใช้คำสั่งทางปกครองไว้ชั่วคราวก่อนศาลปกครองจะพิจารณาคดีเสร็จ แต่ในทางปฏิบัติกระบวนการดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอ และศาลปกครองเองก็ใช้มาตรการดังกล่าวอย่างจำกัด โดยมีหลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาประกอบสั่งการหลายประการ เช่น การที่ศาลจะมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ก็จะต้องปรากฏชัดแจ้งว่าการดำเนินการต่อไปของฝ่ายปกครองจะก่อให้เกิดความเสียหาย ยากแก่การเยียวยา หรือเป็นคดีที่ศาลพิจารณาในเบื้องต้นแล้ว เห็นว่ามีแนวโน้มที่โจทก์จะชนะคดี เป็นต้น และนอกจากนี้ รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1953 ได้ให้อำนาจแก่ศาลปกครองชั้นต้นในอันที่จะสั่งให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้เป็นกรณีพิเศษยกเว้นไว้แต่ในบางกรณี เช่น กรณีที่นิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย ความมั่นคง และความสงบสุข ศาลปกครองชั้นต้นไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ แต่อย่างไรก็ดี ต่อมาได้มีรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1983 ยกเลิกการจำกัดอำนาจทั้งหมดของศาลปกครองชั้นต้น ที่เกี่ยวกับการสั่งหรือการปฏิเสธการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และนอกจากนี้ยังมีรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 มาตรา 95 กำหนดไว้ว่า หากมีการร้องขอประธานศาลปกครองชั้นต้น มีอำนาจที่จะสั่งให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้เป็นเวลา 3 เดือน

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมาตรการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองใช้ไม่ค่อยได้ผลดีนัก ดังนั้น เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายคดีปกครอง (code de la justice administrative) ขึ้น จึงได้มีการกำหนดให้มี “มาตรการฉุกเฉินทางปกครอง” (Les référés administratifs) ขึ้นเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดจากการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาลปกครอง มาตรการฉุกเฉินทางปกครองประกอบด้วยสาระสำคัญคือ กำหนดให้มีตุลาการคดีมาตรการฉุกเฉิน (Le juge des référés) เพื่อพิจารณากำหนดมาตรการฉุกเฉินทางปกครองเป็นการเฉพาะ กำหนดให้มีวิธีพิจารณาคำขอมาตรการฉุกเฉิน และกำหนด ให้มีมาตรการฉุกเฉินทางปกครอง 3 ประเภท คือ

ก) *Le référé suspension* ในกรณีที่มีคำขอจากผู้ฟ้องคดี ตุลาการคดีมาตรการฉุกเฉินสามารถสั่งให้มีการระงับการบังคับใช้ (*La suspension*) นิติกรรมทางปกครองตามคำขอเป็นการชั่วคราวได้ หากศาลเห็นว่ามีความจำเป็นเร่งด่วน (*urgence*) ที่จะต้องสั่งการดังกล่าว โดยเหตุแห่งความจำเป็นเร่งด่วนนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความเห็นไว้ในคำวินิจฉัยคดี *Confédération nationale des radios libres* เมื่อปี ค.ศ. 2001 ว่าความจำเป็นเร่งด่วนอันจะเป็นเหตุให้ศาลสั่งให้มีการระงับการบังคับใช้คำสั่งทางปกครองได้นั้น จะต้องเป็นเรื่องที่ร้ายแรงและมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ต่อสถานะของผู้ฟ้องคดีหรือต่อประโยชน์แห่งการฟ้องคดีนั้น

เมื่อศาลมีคำสั่งให้มีการระงับการบังคับใช้นิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ ศาลก็จะเร่งพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยไม่ชักช้า คำสั่งให้มีการระงับการบังคับใช้นิติกรรมทางปกครองจะสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อศาลเสร็จสิ้นการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น

ข) *Le référé liberté* ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนและหากฝ่ายปกครองหรือองค์กรในระบบกฎหมายเอกชนทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะกระทำการที่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรง และไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (*La libertés fondamentales*) ตุลาการคดีมาตรการฉุกเฉินสามารถสั่งการเพื่อกำหนดมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นต่อการรักษาเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้ โดยจะต้องสั่งการภายใน 48 ชั่วโมง คำสั่งของตุลาการในกรณีนี้อาจอุทธรณ์ได้ต่อศาลปกครองสูงสุดภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่ง โดยศาลปกครองสูงสุดจะต้องพิจารณาคดีดังกล่าวใน 48 ชั่วโมง

ค) *Le référé conservatoire* ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนและมีเพียงคำร้องขอที่อาจไม่มีแม้กระทั่งนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฟ้องคดีต้องการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ตุลาการคดีมาตรการฉุกเฉินสามารถสั่งการเพื่อกำหนดมาตรการใด ๆ ก็ได้ เท่าที่จำเป็นโดยไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครองใด ๆ

มาตรการฉุกเฉินนี้เป็นกระบวนการใหม่ที่เพิ่งใช้มาได้เป็นเวลานาน จึงจำเป็นต้องให้ความสนใจในแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าวอย่างมาก เพื่อเป็นประโยชน์ในการพัฒนาความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองต่อไป

2.7 ลักษณะของวิธีพิจารณาคดีปกครอง

2.7.1 วิธีพิจารณาระบบไต่สวน³⁰

คดีปกครองเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง คู่กรณีในคดีจึงอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยคู่กรณีฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคู่กรณีฝ่ายเอกชน เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่สำคัญในการดำเนินกิจการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่สาธารณชน ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาท เอกสารพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่จำเป็นต้องใช้ในการโต้แย้งกันในคดีก็มักจะอยู่ในการครอบครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งหากใช้ระบบกล่าวหา เอกชนจะต้องเป็นฝ่ายแสวงหาพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน เอกชนจึงมีโอกาที่จะชนะคดีได้ยาก เนื่องจากฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ที่เป็นความลับของราชการคุ้มครองอยู่อาจทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนทำได้ยากหรือทำไม่ได้เลย เมื่อในกฎหมายมหาชนศาลมีบทบาทเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครอง ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง จึงจำเป็นต้องใช้ระบบวิธีพิจารณาคดีให้ศาลมีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยาน หลักฐาน เพื่อให้เกิดความสมดุลแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายและเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความอย่างแท้จริง ซึ่งระบบวิธีพิจารณาดังกล่าวคือ วิธีพิจารณาในระบบไต่สวน วิธีพิจารณาคดีในระบบไต่สวนนี้ ศาลจะมีบทบาทในการดำเนินคดีเอง กล่าวคือ ศาลมีหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดีเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่จำเป็นสำหรับการวินิจฉัยคดีนั้นและจะไม่วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยรับฟังเพียงข้อเท็จจริงตามที่คู่กรณีนำมากล่าวอ้างเท่านั้น แต่ศาลจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความมิได้นำเสนอต่อศาลด้วย การแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลนั้น เริ่มต้นตั้งแต่การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยศาลจะต้องวิเคราะห์คำฟ้องและคำขอของผู้ฟ้องคดีเพื่อกำหนดแนวทางการแสวงหาข้อเท็จจริง ตั้งแต่การรวบรวมเอกสาร พยานหลักฐาน และออกคำสั่งให้มีการส่งเอกสารใด ๆ ที่พิจารณาแล้วเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อคดี³¹ มีคำสั่งเรียกให้ฝ่ายปกครองชี้แจงข้อเท็จจริง หรือจัดส่งพยานหลักฐาน ที่เกี่ยวข้อง มีคำสั่งเรียกฝ่ายเอกชนให้มาให้ถ้อยคำ รวมทั้งมีคำสั่งเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือให้ส่งพยานหลักฐานมาประกอบการพิจารณา และในบางกรณีศาลก็จะต้องออกไปเดิน เฝ้ายุสับด้วยตนเองเพื่อที่จะตรวจเอกสารหรือตรวจสถานที่³² และหากศาลเห็นว่าการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิพากษาคดีได้แล้ว

³⁰ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้.”

³¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 55 วรรคสาม.

³² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 61.

ศาลสามารถยุติการแสวงหาข้อเท็จจริงได้โดยการออกคำสั่งกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง ซึ่งผลของวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงก็คือ คู่กรณีไม่สามารถที่จะส่งเอกสารใด ๆ ต่อศาล แต่ถ้ามีการส่งศาลก็จะไม่รับไว้ในสำนวนคดี และไม่ต้องส่งไปให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง³³

2.7.2 กระบวนวิธีพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษร

กระบวนพิจารณาโดยส่วนใหญ่ของวิธีพิจารณาคดีปกครองจะกระทำในรูปของลายลักษณ์อักษร เนื่องจากคดีปกครองมักเป็นเรื่องที่ได้แย้งกันที่เอกสารเป็นหลัก เพราะลายลักษณ์อักษรถือเป็นวิธีการตามปกติของฝ่ายปกครองในการแสดงเจตนาต่าง ๆ³⁴ ตลอดจนสาเหตุของการฟ้องคดีปกครอง เป็นปัญหาที่สำคัญและมีขอบเขตที่กว้างขวาง การใช้วิธีการต่อสู้คดีด้วยวาจา โดยการซักถามและ ซักค้านของคู่กรณี โดยทนายความต่อหน้าศาลอาจมีปัญหา ซึ่งการทำคดีเป็นเอกสารจะทำให้ปัญหานี้ได้รับการชี้แจงที่ครอบคลุมด้วยเอกสารที่ให้โอกาสคู่กรณีจัดทำ ได้แก่ คำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ และคำให้การเพิ่มเติม³⁵ โดยคู่กรณีจะถกเถียงกันในรูปแบบของการแลกเปลี่ยนพยานหลักฐานเอกสารต่าง ๆ มาในขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงทั้งสิ้นขั้นตอนดังกล่าว นอกจากนั้น ศาลยังสามารถค้นหาข้อเท็จจริงได้จากพยานหลักฐานที่พยานหรือหน่วยงานส่งมา ตลอดจนรายงานของพยานผู้เชี่ยวชาญอีกด้วยถ้ามี จะเห็นได้ว่าโดยปกติวิธีพิจารณาคดีปกครองจะไม่มี การสืบพยานบุคคลหรือดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีด้วยวาจา ระหว่างคู่กรณี แต่ก็ไม่ได้ห้ามศาลในการไต่สวนพยานบุคคลหรือคู่กรณีเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงเพิ่มเติม³⁶ แต่ต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นจริง ๆ มิใช่ใช้วิธีดังกล่าวมากเกินไปจนความจำเป็น อย่างไรก็ตาม แม้กระบวนวิธีพิจารณาที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยการแลกเปลี่ยนเอกสารเป็นหลักที่จะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากมาย แต่ในขณะเดียวกันก็อาจเกิดปัญหาได้ เช่น บางกรณีคู่กรณีอาจตั้งใจที่จะไม่กล่าวถึงข้อความหรือประเด็นที่จะเป็นผลเสียแก่ตน โดยจะกล่าวถึงแต่เพียงประเด็นที่เป็นผลดีแก่ตนเองเท่านั้น หรือเป็นกรณีจงใจไม่ส่งเอกสาร หรืออาจจะหลงลืมก็ตาม ซึ่งปัญหาดังกล่าวศาลมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างละเอียดรอบคอบ หรือหาก มีความจำเป็นก็มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้

³³ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 62.

³⁴ จาก *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1* (น. 178), โดย วรณชัย บุญบำรุง ชนกร วรปรัชญากุล และศิริพันธ์ พลรบ, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³⁵ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หมวด 2 การแสวงหาข้อเท็จจริง ส่วนที่ 1 การแสวงหาข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ และคำให้การเพิ่มเติม.

³⁶ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 51 วรรคหนึ่ง.

คู่กรณี หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องส่งเอกสารหรือพยานหลักฐานใด ๆ ให้แก่ศาลได้ ซึ่งเป็นไปตามบทบาทของศาล ในวิธีพิจารณาคดีในระบบไต่สวนนั่นเอง

2.7.3 การให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐาน

หลักการดังกล่าวก็คือหลักการฟังความทุกฝ่ายซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่นำมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีทุกประเภท โดยมีความหมายว่า คู่ความในคดีย่อมมีสิทธิที่จะแสดงพยานหลักฐานทั้งหมดเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือ ข้อโต้แย้งข้อกล่าวหาของอีกฝ่ายหนึ่งต่อศาลได้ ทั้งนี้ เนื่องจากในบางครั้งศาลอาจมีเหตุผลหรือทราบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีอย่างไม่สมบูรณ์ หรืออาจไม่ทราบถึงประเด็นที่ควรพิจารณาและข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งหากศาลได้ทราบข้อเท็จจริงนั้นก็อาจทำให้วินิจฉัยคดีไปในทิศทางตรงกันข้ามกับที่จะวินิจฉัยในตอนแรกประกอบกับเพื่อเป็นการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลที่บุคคลย่อมมีเหตุผลของตนเอง ศาลจึงต้องฟังคู่กรณีทุกฝ่าย ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงข้ออ้างหรือข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย และต้องให้โอกาสคู่กรณีในการชี้แจงแสดงความเห็นตนและแสดงพยานหลักฐานประกอบข้ออ้างของตนเพื่อโต้แย้งข้ออ้างที่อีกฝ่ายได้ให้ไว้ ตลอดจนมีสิทธิขอตรวจดูพยานหลักฐานที่แต่ละฝ่ายได้ยื่นไว้ในสำนวนคดี

2.7.4 การมีกลไกตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ

เนื่องจากคดีปกครองเป็นคดีที่อาจมีผลกระทบต่อประโยชน์ของรัฐเป็นอย่างมากซึ่งศาลปกครองมิได้วินิจฉัยคดีเพื่อให้มีผลเป็นการเฉพาะราย แต่เพื่อให้มีผลต่อระบบบริหารราชการแผ่นดินของประเทศ โดยรัฐอาจถูกพิพากษาให้จ่ายเงินของรัฐจำนวนมากให้แก่เอกชน และคำพิพากษาของศาลอาจมีผลกระทบต่อความรับผิดชอบของผู้มีอำนาจสั่งการระดับสูงในการบริหาร เช่น คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี เป็นต้น ดังนั้น เพื่อให้เป็นหลักประกันความมีประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณา และให้คำพิพากษามีคุณภาพอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายปกครอง มีความสมเหตุสมผลและเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย รวมทั้งสามารถจะปกป้องคุ้มครองประโยชน์เอกชน และประโยชน์ของรัฐได้ในเวลาเดียวกัน จึงต้องมีระบบการถ่วงดุลการปฏิบัติงานของตุลาการ ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้น ได้นำหลักการนี้มาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยด้วยเช่นกัน โดยกำหนดให้มีตุลาการอีกคนหนึ่งที่ไม่ได้เป็นองค์คณะ เรียกว่า “ตุลาการผู้แถลงคดี” มีหน้าที่จัดทำสรุปข้อเท็จจริงข้อกฎหมาย และความเห็นของตนในการวินิจฉัยคดีเสนอองค์คณะ³⁷ การทำหน้าที่ดังกล่าวของตุลาการ ผู้แถลงคดีเรียกได้ว่าเป็นระบบการถ่วงดุลสามฝ่ายในกระบวนการพิจารณาระหว่างตุลาการเจ้าของสำนวน ตุลาการผู้แถลงคดี และองค์คณะพิจารณา

³⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 58.

พิพากษา กล่าวคือ ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการแสวงหาและรวบรวมข้อเท็จจริง สำหรับในส่วนการตัดสินคดีขององค์คณะก่อนที่องค์คณะจะลงมติวินิจฉัย ตุลาการผู้แถลงคดีจะทำหน้าที่จัดทำสรุปข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และเสนอความเห็นตนในการวินิจฉัยคดีนั้นต่อองค์คณะด้วย ซึ่งแม้ว่าคำตัดสินของ องค์คณะเท่านั้นที่จะถือเป็นคำพิพากษา แต่การให้มีระบบการเสนอคำแถลงการณ์ของตุลาการ ผู้แถลงคดีต่อองค์คณะเช่นนี้ก็เพื่อเป็นการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์คณะ โดยเป็นหลัก ประกันที่จะทำให้การใช้อำนาจตัดสินคดีขององค์คณะมีความรอบคอบและถูกต้องมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพราะหากองค์คณะไม่เห็นด้วยกับคำแถลงการณ์ โดยหลักก็จะต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลที่หนักแน่นและน่าเชื่อถือมากกว่า เพราะเนื่องจากกฎหมายกำหนดให้มีการพิมพ์เผยแพร่คำพิพากษาขององค์คณะ และคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีควบคู่กันเสมอ³⁸

มาตรา 58 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ก่อนวันนั่งพิจารณาคดี ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนส่งมอบสำนวนคดีให้ผู้แถลงคดีปกครองพิจารณา และให้ผู้แถลงคดีปกครองจัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นของตนในการวินิจฉัยคดีนั้นเสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา และให้มาชี้แจงด้วยวาจาต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาในวันนั่งพิจารณาคดีนั้น และให้มีสิทธิอยู่ร่วมในการพิจารณาและในการประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาคดีนั้นได้ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น

1) ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดี

อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือประธานศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี เป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดี³⁹ โดยจะต้องแต่งตั้งจากตุลาการศาลปกครองคนหนึ่งในศาลนั้น ซึ่งมีใช้ตุลาการในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้น และในกรณีศาลปกครองสูงสุดนั้นจะแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นก็ได้⁴⁰

ก) การแต่งตั้ง ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแล้วแต่กรณีจะเป็นผู้ออกประกาศแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุดหรือในศาลปกครองชั้นต้น โดยจะต้องกำหนดระยะเวลาการทำหน้าที่ไว้แน่นอนว่าจะให้ปฏิบัติหน้าที่ตั้งแต่เมื่อใด และสิ้นสุดเมื่อใด โดยนับนี้ตุลาการศาลปกครองจึงหมุนเวียนกันเข้ามาทำหน้าที่ตุลาการผู้แถลงคดี

ในศาลปกครองสูงสุดโดยปกติจะแต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งอาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดหรือจะ

³⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 69 วรรคหก.

³⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 58 วรรคสาม.

⁴⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 58 วรรคสี่.

แต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นผู้ดำรงตำแหน่งหนึ่งตำแหน่งใดก็ได้ ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นคนหนึ่งอาจได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุดและในศาลปกครองชั้นต้นในขณะเดียวกันก็ได้ ซึ่งประธานศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาหรือกักข้อบังคับศาลปกครองชั้นต้นนั้น ๆ ก่อนจึงจะแต่งตั้งได้

สำหรับตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองชั้นต้น โดยปกติจะแต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งอาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น หรือตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นก็ได้

ข) การห้ามทำหน้าที่พิจารณาคดีในองค์คณะ ในระหว่างที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด ตุลาการผู้นั้นจะทำหน้าที่ใด ๆ ในองค์คณะเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ เว้นแต่เป็นการทำหน้าที่ของรองประธานศาลปกครองสูงสุด หรือตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น หรือเป็นกรณีที่ได้รับแต่งตั้งเข้าไปทำหน้าที่ตุลาการในองค์คณะแทนตุลาการคนอื่นที่ไม่อาจนั่งพิจารณาคดีหรือทำคำพิพากษาได้เพราะเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ และหลักเกณฑ์เดียวกันนี้ก็ใช้กับตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองชั้นต้นด้วย

ค) การทำหน้าที่แทน ในกรณีที่มิเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ ทำให้ตุลาการผู้แถลงคดีไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแล้วแต่กรณี จะกำหนดให้ตุลาการผู้แถลงคดีคนอื่นปฏิบัติหน้าที่แทนได้

2) อำนาจหน้าที่ของตุลาการผู้แถลงคดี

ก่อนวันนั่งพิจารณาคดี มาตรา 58 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ตุลาการเจ้าของสำนวนต้องส่งมอบสำนวนคดีให้ตุลาการผู้แถลงคดี อันทำให้ตุลาการผู้แถลงคดีมีหน้าที่ดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. รับสำนวนคดีมาจากตุลาการเจ้าของสำนวน
2. จัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นในการวินิจฉัยคดีนั้น
3. เสนอสรุปต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา
4. มาชี้แจงด้วยวาจาต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาในวันนั่งพิจารณาคดี
5. อยู่ร่วมในการพิจารณาและในการประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาคดีนั้นได้ทุกครั้ง โดยไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้น แต่ข้อนี้เป็นสิทธิตุลาการผู้แถลงคดีจะอยู่ร่วมในการพิจารณาหรือในการประชุมหรือไม่ก็ได้

6. หากในการนั่งพิจารณาคดีใด ตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่าข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีเปลี่ยนแปลงไป ตุลาการผู้แถลงคดีต้องจัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นของตนขึ้นใหม่เสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาเพื่อพิจารณา

อำนาจหน้าที่ดังกล่าวมานี้เป็นอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ตุลาการผู้แถลงคดียังมีหน้าที่ที่กำหนดไว้โดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอีก ดังนี้

1) หน้าที่ทำคำแถลงการณ์⁴¹ คำแถลงการณ์ต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่เป็นเรื่องเร่งด่วน เป็นเรื่องที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายไม่ยุ่งยาก หรือเป็นคำแถลงการณ์ในคำขอตามวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ตุลาการผู้แถลงคดีจะเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาแทนคำแถลงการณ์เป็นหนังสือ ก็ได้ แต่ต้องหารือกับประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการหัวหน้าคณะนั้นในศาลปกครองสูงสุด หรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการหัวหน้าคณะนั้นในศาลปกครองชั้นต้นก่อน แม้จะแถลงด้วยวาจาแต่ก็ต้องทำบันทึกสาระสำคัญคดีไว้ในสำนวนด้วย โดยจะจัดทำก่อนหรือหลังการเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาก็ได้ แต่ต้องก่อนมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง⁴²

2) หน้าที่ชี้แจงด้วยวาจาต่อองค์คณะ⁴³ ตุลาการผู้แถลงคดีต้องชี้แจงด้วยวาจาต่อองค์คณะเพื่อประกอบคำแถลงการณ์เป็นหนังสือที่ได้เสนอไว้แล้วต่อองค์คณะ ในกรณีที่เสนอคำแถลงการณ์เป็นหนังสือ และหากเห็นว่าผลการแถลงคดีของคู่กรณีทำให้ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป และมีผลกระทบต่อคำแถลงการณ์ที่ได้เสนอไว้แล้ว ตุลาการผู้แถลงคดีจะจัดทำคำแถลงการณ์ใหม่เพื่อเสนอองค์คณะพิจารณาในวันอื่นก็ได้

การดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับหน้าที่ของตุลาการผู้แถลงคดีนี้ อาจได้รับการยกเว้นได้ในคดีบางประเภทซึ่งกำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด⁴⁴ เช่น กรณีคดีปกครองที่โอนมาจากเรื่องร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา⁴⁵ เป็นต้น

⁴¹ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 63.

⁴² ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยของค์คณะ การย้ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544} ข้อ 13.

⁴³ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2543, ข้อ 88.

⁴⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 58 วรรคหก.

การกำหนดกระบวนการในเรื่องตุลาการผู้แถลงคดีไว้เช่นนี้ ก็เพื่อสร้างวิธีการถ่วงดุลความคิดเห็นในคดีระหว่างตุลาการเจ้าของสำนวนกับตุลาการผู้แถลงคดี โดยองค์คณะพิจารณาพิพากษาจะรับฟังความเห็นของทั้งสองฝ่ายประกอบกันก่อนพิพากษา ซึ่งเป็นวิธีการที่จะให้หลักประกันความเป็นธรรมแก่คู่กรณีมากยิ่งขึ้น

โดยสรุปแล้ว องค์ประกอบของบุคคลในศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับคดีปกครองประกอบไปด้วยตุลาการเจ้าของสำนวน ตุลาการผู้แถลงคดี และตุลาการในองค์คณะ ตุลาการเจ้าของสำนวนจะทำหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานและข้อเท็จจริง ตุลาการผู้แถลงคดีจะมีหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีในเบื้องต้น โดยอาศัยพยานหลักฐานที่ตุลาการเจ้าของสำนวนรวบรวมไว้ และตุลาการทุกคน ในองค์คณะจะทำหน้าที่วินิจฉัยในขั้นสุดท้ายโดยรับฟังความเห็นจากตุลาการเจ้าของสำนวน และตุลาการผู้แถลงคดีประกอบกัน

2.7.5 การที่ศาลจะไม่ออกคำสั่งทางบริหารเสียเอง

องค์กรตุลาการซึ่งในกรณีนี้คือศาลปกครองนั้นเป็นองค์กรที่อยู่ในฐานะที่จะควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายในกรอบของกฎหมายได้ดีที่สุด แต่ศาลก็ต้องจำกัดตนเองอยู่เฉพาะแต่กับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองหรือเข้าไปมีคำสั่งที่เป็นคำสั่งการให้ฝ่ายปกครองกระทำหรือละเว้นกระทำการ ทั้งนี้ เพราะการกระทำเช่นนั้นเท่ากับศาลได้ก้าวออกจากอำนาจหน้าที่ในทางตุลาการไปสู่หน้าที่ในทางบริหาร โดยเข้าไปใช้อำนาจดุลพินิจ ซึ่งกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะมอบหมายให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองแทนที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองซึ่งขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากในการออกกฎหมายนั้น องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจเล็งเห็นคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสมแก่กรณีได้ล่วงหน้า จึงได้มอบความไว้วางใจให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ใกล้ชิดกับกรณีเฉพาะเรื่องนั้นได้ใช้สติปัญญาและเหตุผลตลอดจนความสันตจิตใจของตนแสวงหาเพื่อออกคำสั่งที่สามารถตอบสนองต่อข้อเรียกร้องต้องการของประโยชน์มหาชนอันอยู่ในความรับผิดชอบของตนอย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลมากที่สุด และในขณะเดียวกันก็ต้องมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเป็นวิธีการเพียงวิธีการเดียวเท่านั้น ที่จะทำให้การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายดำเนินไปได้ อย่างยืดหยุ่นและยุติธรรมมากที่สุด

⁴⁵ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีปกครองที่โอนมาจากเรื่องร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2544, ข้อ 7 วรรคสอง.

2.7.6 การคำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชน

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง ซึ่งเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายหนึ่งซึ่งจะต้องทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลรักษาผลประโยชน์ของตนเป็นการส่วนตัว ดังนั้นเมื่อเกิดเป็นคดีพิพาททางปกครองขึ้น ซึ่งโดยสภาพของคดีปกครองนั้นนอกจากจะมีผลกระทบต่อคู่กรณีแล้ว ยังอาจมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะด้วย ศาลปกครองจึงต้องกำหนดวิธีพิจารณาที่แตกต่างกันไปจากวิธีพิจารณาในคดีแพ่งและยอมไม่อาจนำหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามหลักกฎหมายแพ่งเอกชนมาใช้บังคับได้ โดยนอกจากศาลปกครองจะมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ศาลปกครองยังมีหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และวางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติราชการ และจัดทำกิจการของรัฐอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างการดูแลคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวมกับการดูแลคุ้มครองรักษาสิทธิและเสรีภาพของเอกชนนั่นเอง เช่นในคดีปกครองเมื่อศาลปกครองเห็นสมควร ศาลปกครองมีอำนาจสั่งทุเลาการบังคับตามกฎ หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีก็ได้⁴⁶ หากพิจารณาแล้วเห็นว่า การให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง ทั้งการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ⁴⁷ อันเป็นกรณีที่ศาลต้องคำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชนประกอบกัน หรือในกรณีที่คู่กรณีถอนคำฟ้อง ถ้าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือคดีที่การพิจารณาต่อไปจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม หรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสมยอมกันโดยไม่เหมาะสม ศาลปกครองจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้⁴⁸ กับอีกกรณีหนึ่งคือ ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดได้ หากศาลเห็นว่าคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือเห็นว่ามิเหตุจำเป็นอย่างอื่น⁴⁹ เป็นต้น

⁴⁶ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 71 วรรคสอง.

⁴⁷ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 72 วรรคสาม.

⁴⁸ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 82 วรรคสี่.

⁴⁹ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 52 วรรคสอง.

2.7.7 เป็นวิธีพิจารณาที่เรียบง่าย ประหยัด และรวดเร็ว

วิธีพิจารณาที่มีลักษณะเรียบง่ายนั้น เห็นได้จากการดำเนินคดีปกครองซึ่งคู่กรณี จะดำเนินการด้วยตนเองหรือจะมอบอำนาจให้ทนายความดำเนินการแทนก็ได้⁵⁰ การไม่มีบทบัญญัติ บังคับให้คู่กรณีต้องแต่งตั้งทนายความเพื่อดำเนินการในศาลนั้น ก็ด้วยเหตุผลที่ว่าวิธีพิจารณาคดี ปกครองมีลักษณะพิเศษซึ่งแตกต่างจากระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ การนำระบบการไต่สวนมา ใช้ในการดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเนื่องจากลักษณะคดีปกครองเป็นคดีที่ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และพยานหลักฐานส่วนใหญ่ของคดีอยู่ในความ ควบคุมของรัฐซึ่งอาจทำให้เอกชนเสียเปรียบ ดังนั้น การดำเนินคดีปกครองส่วนใหญ่จึงกำหนดให้ ศาลมีบทบาทสำคัญ ทั้งในการแสวงหาข้อเท็จจริงและการควบคุมกระบวนการพิจารณาในคดีปกครอง คู่กรณีจึงไม่จำเป็นต้องมีทนายความในการช่วยเหลือในการดำเนินคดี ดังเช่นในคดีแพ่งหรือ คดีอาญา นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีเพื่อให้ความสะดวก แก่ประชาชนไว้หลายประการ เช่น กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของคำฟ้องไว้ โดยคู่กรณีอาจยื่น คำฟ้องต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลปกครองหรืออาจยื่นคำฟ้องโดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน ก็ได้⁵¹ และหากคำฟ้องที่ยื่นมามีรายการไม่ครบถ้วนหรือไม่ชัดเจน หรือไม่อาจเข้าใจได้ สำนักงาน ศาลปกครอง หรือตุลาการ ก็จะแนะนำหรือส่งให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องให้ถูกต้องได้แล้วแต่ กรณี⁵² และการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้นจะยึดหลักประหยัด กล่าวคือ โดยหลักแล้วการฟ้องคดีจะ ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่เป็นการฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁵³ นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดียังมีสิทธิยื่นฟ้องคดีโดยขอยกเว้น ค่าธรรมเนียมศาลได้อีกด้วย⁵⁴

สำหรับสิทธิของคู่กรณีที่ จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเร็ว ก็เนื่องจากเหตุผลที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้า คือ การปฏิเสธความยุติธรรม ” (Justice delayed is justice denied) เพราะ ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบแก่คู่กรณี การดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงต้องดำเนินไปภายใน กำหนดระยะเวลาอันสมควร และเนื่องจากคู่พิพาทในคดีปกครองฝ่ายหนึ่งคือหน่วยงานของรัฐซึ่งมี หน้าที่ต้องดำเนินกิจการเพื่อส่วนรวม ดังนั้น จึงต้องคำนึงถึงบริการสาธารณะที่จะต้องต่อเนื่อง

⁵⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 45 วรรคห้า.

⁵¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 46.

⁵² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 45 วรรคสอง.

⁵³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 45 วรรคสี่.

⁵⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 45/1.

ไม่หยุดชะงัก นอกจากนี้ คดีปกครองส่วนใหญ่มีต้นเหตุมาจากการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่งทางปกครอง ซึ่งลักษณะสำคัญประการหนึ่งของคำสั่งทางปกครองคือ คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับทันทีที่มีการแจ้งไปยังผู้รับคำสั่งดังกล่าว⁵⁵ โดยไม่คำนึงว่าผู้รับคำสั่งจะได้ทราบเนื้อหาในคำสั่งหรือไม่ คำสั่งทางปกครองก็เกิดขึ้น และมีผลในทางกฎหมายใช้บังคับบุคคลผู้รับแจ้งได้แล้ว ประกอบกับผลทางกฎหมายของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองยอมรับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับตามนิติกรรมทางปกครองไปได้เอง ตามที่บัญญัติของกฎหมายได้รองรับไว้ โดยที่ไม่ต้องมาใช้อำนาจศาลซึ่งเท่ากับมีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายอยู่ จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลเป็นอย่างอื่น กรณีจึงเป็นหน้าที่ของเอกชนที่จะเป็นผู้ฟ้องฝ่ายปกครอง โดยอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว อีกทั้งข้อ 69 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ยังบัญญัติให้การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ด้วยเหตุนี้ หากศาลปกครองพิจารณาคดีล่าช้า และปรากฏว่าในที่สุดแล้วศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกนำมาฟ้องคดี กรณีจะกลายเป็นว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สิทธิและหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว ดังนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลปกครองจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความรวดเร็วเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชนชนไปพร้อมกัน

2.7.8 การฟ้องคดีที่ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

หลักการดังกล่าวเป็นหลักที่ยึดถือในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสได้ยึดหลักที่ว่า ตราบไคที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายเสมอ ดังนั้น การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งกฎหรือคำสั่งทางปกครองย่อมไม่มีผลทำให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีการโต้แย้งนั้นต้องระงับไป ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากแนวความคิดที่ว่าฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ที่เหนือกว่าเอกชน ซึ่งมีอำนาจในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มุ่งบังคับต่อเอกชน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐเป็นไปโดยเรียบร้อยและเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมอย่างสูงสุด อีกทั้งยังสอดคล้องกับหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่ไม่ยอมปล่อยให้เอกชนอ้างประโยชน์ของตนเองขึ้นมา

⁵⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 42 วรรคหนึ่ง.

ต่อสู้กับรัฐแล้วมีผลมากระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมได้นั่นเอง สำหรับประเทศไทยก็ได้ยึดถือหลักการดังกล่าวตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสเช่นกัน⁵⁶

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งศาลปกครองก็มีข้อยกเว้นเพื่อที่จะคุ้มครองประชาชนจากความเสียหายจากการใช้อำนาจทำนิติกรรมตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง และเป็นการป้องกันความเสียหายที่คู่กรณีอาจได้รับมากจนเกินเยียวยา จึงได้มีการกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ทุเลการบังคับตามคำสั่งของฝ่ายปกครองได้ โดยที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการทุเลการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ โดยหลักผู้ฟ้องคดีอาจขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใด ๆ ก่อนศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ซึ่งจะมีผลเป็นการชะลอหรือระงับการบังคับตามผลของกฎหรือคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว⁵⁷ โดยในคำขอต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ผู้ขอประสงค์จะขอทุเลการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองใด และการให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังอย่างไร⁵⁸ ซึ่งศาลก็จะพิจารณาคำขอว่าควรจะได้รับคำขอนั้นไว้หรือไม่ และเมื่อศาลรับคำขอไว้พิจารณาและดำเนินการพิจารณาในเนื้อหาของคำขอแล้ว เหตุผลที่ศาลจะมีคำสั่งทุเลการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องประกอบไปด้วยกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย การให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง และการทุเลการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ⁵⁹ นอกจากกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอแล้ว ในบางกรณีศาลอาจเห็นเองว่ามีเหตุสมควรที่จะทุเลการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นก็ได้อีก⁶⁰ โดยจะต้องประกอบไปด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้ การมีคำสั่งทุเลการ

⁵⁶ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 69 วรรคหนึ่ง.

⁵⁷ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 69 วรรคสอง.

⁵⁸ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 69 วรรคสาม.

⁵⁹ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 72 วรรคสาม.

⁶⁰ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 71 วรรคสอง.

บังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเป็นอำนาจของศาล ที่จะสั่งได้ตามที่เห็นสมควร ถือเป็นดุลพินิจโดยอิสระของศาล ดังนั้น ถึงแม้จะมีเหตุผลในการสั่งทูลเกล้าทูลกระหม่อมบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองครบถ้วนทุกประการ ศาลก็จะมีคำสั่งทูลเกล้าทูลกระหม่อมบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้ากรณีมีเหตุผลไม่ครบทุกประการ ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ได้ โดยจะต้องยกคำขอทูลเกล้าทูลกระหม่อมบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเสีย

2.8 การแสวงหาข้อเท็จจริงในระบบไต่สวนของศาลปกครอง

วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543⁶¹ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลปกครองมีความแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในศาลยุติธรรมโดยทั่วไป กล่าวคือ ในคดีปกครอง ศาลปกครองจะดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงในระบบไต่สวนโดยตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยตนเอง (Master of the procedure) ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีการโต้ตอบเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่กรณีในรูปของคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ และคำให้การเพิ่มเติม ซึ่งตุลาการอาจกำหนดประเด็นในการโต้ตอบให้แก่คู่กรณีด้วยก็ได้ จากนั้นตุลาการจะแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมด้วยการนัดไต่สวนคู่กรณีและพยานหลักฐานของแต่ละฝ่าย โดยตุลาการจะเป็นผู้ซักถามด้วยตนเอง และไม่ผูกพันอยู่กับพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำมาในคดีเท่านั้น ตุลาการสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่จำเป็นได้ด้วยตนเอง เช่น การเรียกพยานบุคคล พยานเอกสารพยานผู้เชี่ยวชาญ การตรวจสอบบุคคล หรือสถานที่ เป็นต้น จึงมีความแตกต่างกับกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในศาลยุติธรรมโดยทั่วไปที่ใช้ระบบกล่าวหาซึ่งผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้คู่ความปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาและจัดบันทึกการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยปล่อยให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปตามที่คู่ความจะกล่าวอ้างนำสืบ หักล้าง ต่อสู้กันด้วยพยานหลักฐานของแต่ละฝ่ายที่นำเข้ามาสู่คดีเท่านั้น ผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงด้วยตนเอง ดังนั้น การดำเนินคดีในศาลยุติธรรมจึงขึ้นอยู่กับเทคนิคความเชี่ยวชาญของคู่ความ หรือทนายของคู่ความเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งหากใช้วิธีการเดียวกันนี้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง ก็จะเห็นว่าเอกชนผู้ฟ้องคดีจะอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีอย่างมาก เพราะคดีปกครองโดยทั่วไป เป็นข้อพิพาทระหว่างประชาชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งฝ่ายรัฐย่อมมีเครื่องมือเครื่องมือต่าง ๆ มีกลไก ระบบงาน และบุคลากร ที่พร้อม

⁶¹ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 5.

เพียงในการต่อสู้คดีมากกว่าประชาชน รวมทั้งพยานหลักฐานส่วนใหญ่มักอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ เพราะฉะนั้น ตุลาการในศาลปกครองจึงจำเป็นต้องเข้ามาแสวงหาข้อเท็จจริงด้วยตนเองตามระบบไต่สวนเพื่อสร้างความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้กำหนดให้ใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ยังได้กำหนดในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองอีกด้วย ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าว ก็คือส่วนที่ปรากฏอยู่ในลักษณะทั่วไปของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เช่น กระบวนพิจารณาที่ใช้การโต้ตอบกันเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่กรณีเป็นหลัก หรือการให้คู่กรณีมีโอกาสเท่าเทียมกันที่จะโต้แย้ง แสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนอย่างเต็มที่ หรือสามารถยื่นฟ้องคดีได้โดยง่ายและประหยัดไม่จำเป็นต้องใช้ทนายความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา⁶² เป็นต้น

2.8.1 การแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดี⁶³

การแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีนี้เป็นขั้นตอนที่สำคัญมากของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทุกศาล ทั้งนี้ เพราะว่าการที่ศาลจะพิพากษาคดีใดได้ ศาลจะต้องตรวจสอบให้ได้ความเป็นยุติเสียก่อนว่าข้อเท็จจริงแห่งคดีนั้นมีอยู่อย่างไร ระบบการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีในกฎหมายวิธีพิจารณาความเปรียบเทียบมีอยู่ 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ “ระบบกล่าวหา” (Accusatorial System) กับ “ระบบไต่สวน” (Inquisitorial System)

ตามระบบกล่าวหา คู่ความ (คู่กรณี) มีหน้าที่ที่จะต้องเสนอข้อเท็จจริงแห่งคดีต่อศาล คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด คู่ความฝ่ายนั้นก็มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้น (actori incumbit probatio) และศาลก็ต้องพอใจอยู่แต่เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่คู่ความกล่าวอ้างและพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบ แต่ตาม “ระบบไต่สวน” นั้น ศาลเป็นผู้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยความร่วมมือของคู่ความ ดังนั้น ศาลจึงไม่จำเป็นต้องผูกพันกับข้อเท็จจริงที่คู่ความกล่าวอ้างในคำฟ้องหรือคำให้การและพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบ แต่อาจแสวงหาข้อเท็จจริงและพยาน

⁶² จาก คู่มือการปฏิบัติงานของตุลาการศาลปกครองและพนักงานคดีปกครอง (น. 81), โดย สำนักงานศาลปกครอง ก, 2554, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

⁶³ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง (น. 75), โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ง, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หลักฐานเพิ่มเติมได้ ตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะใช้ระบบกล่าวหาหรือระบบไต่สวน ศาลก็ต้องปฏิบัติตาม “หลักการฟังความทุกฝ่าย” (audi alteram partem) กล่าวคือ ต้องเปิดโอกาสให้ คู่ความแต่ละฝ่ายได้ทราบถึงข้ออ้างข้อเถียงของอีกฝ่ายหนึ่ง และให้คู่ความแสดงพยานหลักฐานของ ฝ่ายตนเพื่อยืนยันข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างและ/ หรือหักล้างข้อเท็จจริงที่อีกฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้าง เนื่องจากศาลปกครองไม่เพียงแต่จะมีบทบาทในการให้ความคุ้มครองเอกชนจากการใช้อำนาจตาม อำนาจของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากแต่ยังมีบทบาทในการพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะ (Trustee of Public Interest) อีกด้วย ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศต่าง ๆ จึงใช้ระบบ ไต่สวน เพื่อให้ศาลปกครองสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีและพยานหลักฐานที่จำเป็นแก่การ พิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ได้มากที่สุดและอย่างรอบด้านที่สุด อันจะทำให้ศาลปกครองสามารถพิพากษา คดีปกครองได้อย่างยุติธรรม กล่าวคือ ก่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบ ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ก็ได้ กำหนดให้ระบบการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีของศาลปกครองเป็นไปตามระบบไต่สวน โดย มาตรา 55 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติว่า “ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาล ปกครองอาจตรวจสอบและแสวงหาข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม ในการนี้ศาลปกครองจะรับ ฟังพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจาก พยานหลักฐานของคู่กรณีได้ตามที่เห็นสมควร” และข้อ 50 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุดฉบับดังกล่าวกำหนดว่า “ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลมีอำนาจแสวงหา ข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม ในการนี้ศาลอาจแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีที่ ปรากฏในคำฟ้อง คำให้การคัดค้านคำให้การ หรือคำให้การเพิ่มเติม...” โดยศาล “ต้องเปิดโอกาส ให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบ คำชี้แจงของตนตามสมควรแก่กรณี แต่การชี้แจง ต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่เป็นกรณีที่ศาลอนุญาตให้ชี้แจงด้วยวาจาต่อหน้าศาล” (มาตรา 55 วรรค หนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) ในการนี้ “คู่กรณีมีสิทธิขอตรวจดูพยาน หลักฐานที่แต่ละฝ่าย ได้ยื่นไว้ในสำนวน เว้นแต่กรณีใดที่กฎหมาย คุ้มครองให้ไม่ต้องเปิดเผย หรือศาลเห็นว่าจำเป็นต้อง ไม่เปิดเผย เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่การ ดำเนินงานของรัฐ แต่กรณีที่ไม่เปิดเผยดังกล่าว ศาลปกครองจะนำมาใช้รับฟังในการพิจารณา พิพากษาคดีไม่ได้” (มาตรา 55 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542) นอกจากนี้จะมีสิทธิขอตรวจดูเอกสาร หรือพยาน หลักฐานที่แต่ละฝ่ายได้ยื่นต่อ

ศาลดังกล่าวแล้ว คู่กรณียังมีสิทธิขอตรวจดู ทราบเอกสารหรือพยาน หลักฐานที่ศาลได้มา ทั้งยังมีสิทธิขอคัดสำเนาหรือขอสำเนาอันรับรองถูกต้องซึ่งเอกสารหรือพยาน หลักฐานดังกล่าว และศาลอาจส่งสำเนาให้คู่กรณีด้วย (ข้อ 17 วรรคหนึ่ง ประกอบกับข้อ 116 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เอกสารหรือพยานหลักฐานมีการกำหนดชั้นความลับไว้ มีข้อความ ไม่เหมาะสม หรือมีข้อความที่อาจเป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทบุคคลใด ศาลมีดุลพินิจที่จะไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีขอตรวจดู ทราบ คัดสำเนา ขอสำเนาอันรับรองถูกต้อง หรือไม่ส่งสำเนาให้คู่กรณี แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดอำนาจศาลที่จะจัดให้มีการทำสรุปเรื่อง และเปิดโอกาสให้คู่กรณีขอตรวจดู ทราบ คัดสำเนา ขอสำเนาอันรับรองถูกต้อง หรือส่งสำเนาสรุปเรื่องดังกล่าวให้คู่กรณี (ข้อ 17 วรรคสอง ประกอบกับข้อ 116 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543)

2.8.2 การแสวงหาข้อเท็จจริงโดยตุลาการเจ้าของสำนวน⁶⁴

เมื่อองค์คณะในศาลปกครองใดได้รับสำนวนคดีแล้ว ให้ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นในองค์คณะนั้น แล้วแต่กรณี แต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในคณะของตนคนหนึ่งเป็นตุลาการเจ้าของสำนวน เพื่อเป็นผู้ดำเนินการรวบรวมข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณี และรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง⁶⁵ ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนทำหน้าที่ตรวจสอบและเสนอความเห็นในข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา ตลอดจนดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น⁶⁶ ให้ตุลาการศาลปกครองซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์คณะมีอำนาจได้ส่วน หรือมีคำสั่งในเรื่องอื่นที่มีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้⁶⁷ ในการดำเนินการเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนให้ถือว่าตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากองค์คณะให้ใช้อำนาจตามมาตรา 61 ในส่วนที่เกี่ยวกับคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน นอกจากกรณีที่กำหนดไว้โดยเฉพาะในข้อ 10 และในวรรคหนึ่งแล้ว ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือตามกฎหมายหรือระเบียบอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลเว้นแต่เป็นเรื่อง

⁶⁴ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง (น. 50), โดย อำพน เจริญชีวินทร์ ก, 2545, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁶⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 56 วรรคสอง.

⁶⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542} มาตรา 57 วรรคหนึ่ง.

⁶⁷ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 10.

เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา การพิพากษาหรือมีคำสั่งโดยสภาพต้องกระทำเป็นองค์คณะ หรือเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น⁶⁸

1) หน้าที่ของตุลาการเจ้าของสำนวน

เมื่อองค์คณะในศาลปกครองสูงสุด หรือองค์คณะในศาลปกครองชั้นต้นได้รับสำนวนแล้ว ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลนั้น ๆ ก็จะแต่งตั้งตุลาการในองค์คณะของตนคนหนึ่งเป็นตุลาการเจ้าของสำนวน เพื่อทำหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงด้วยการรวบรวมและตรวจสอบข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณี และรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง เมื่อรวบรวมข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายเพียงพอแล้ว ตุลาการเจ้าของสำนวนมีหน้าที่เสนอความเห็นของตนในข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่รวบรวมมาได้ดังกล่าวเสนอต่อองค์คณะ นอกจากหน้าที่ข้างต้นแล้วตุลาการเจ้าของสำนวนยังมีหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีด้วย ในระหว่างการดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนนั้น ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายถูกฟ้องคดีได้ทราบถึงข้ออ้าง ซึ่งหมายถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายทั้งหมดอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีที่คู่กรณีฝ่ายฟ้องคดียกขึ้นกล่าวอ้างในคำฟ้อง และเปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายฟ้องคดีได้ทราบข้อแย้งซึ่งหมายถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายทั้งหลาย ซึ่งเป็นข้อต่อสู้ที่คู่กรณีฝ่ายถูกฟ้องคดียกขึ้นต่อสู้ในคำให้การ ตลอดจนเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงพยานหลักฐาน เพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายดังกล่าว⁶⁹

2) อำนาจของตุลาการเจ้าของสำนวน

ในการปฏิบัติหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวน กฎหมายให้ตุลาการเจ้าของสำนวนสามารถใช้อำนาจดังต่อไปนี้ คือ

(ก) มีคำสั่งเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องชี้แจงข้อเท็จจริงหรือให้ความเห็นเป็นหนังสือเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง

(ข) มีคำสั่งเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งวัตถุ เอกสาร หรือพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือให้ความเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือส่งผู้แทนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานทางปกครองนั้นมาชี้แจงหรือให้ถ้อยคำประกอบการพิจารณา

(ค) มีคำสั่งเรียกให้คู่กรณีมาให้ถ้อยคำหรือนำพยานหลักฐานมาประกอบการพิจารณา

⁶⁸ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 11.

⁶⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 57 วรรคสอง.

(ง) มีคำสั่งเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีมาให้ถ้อยคำ หรือให้ส่งพยานหลักฐานมาประกอบการพิจารณา

ในกรณีที่จำเป็น ตุลาการเจ้าของสำนวนหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากตุลาการเจ้าของสำนวนมีอำนาจไปตรวจสอบสถานที่ บุคคล หรือสิ่งอื่นใดเพื่อประกอบการพิจารณาก็ได้ ในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีตามอำนาจหน้าที่นั้น ตุลาการเจ้าของสำนวนต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ทราบถึงข้ออ้างหรือข้อแย้งของแต่ละฝ่าย และให้คู่กรณีแสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้ (มาตรา 57 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) โดยตุลาการเจ้าของสำนวนมีอำนาจกำหนดให้คู่กรณีแสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าคู่กรณีมิได้ปฏิบัติภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าคู่กรณีที่ไม่ได้แสดงพยานหลักฐานนั้นไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนหรือยอมรับข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แล้วแต่กรณี และให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาต่อไปตามที่เห็นเป็นการยุติธรรม (มาตรา 57 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) อนึ่ง ในกรณีที่คู่กรณีที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนดดังกล่าว หรือมีพฤติการณ์ประวิงคดีให้ล่าช้า ศาลปกครองอาจรายงานผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล ผู้ควบคุม หรือนายกรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการแก้ไขปรับปรุงหรือสั่งการหรือลงโทษทางวินัยต่อไปก็ได้ ทั้งนี้ โดยไม่เป็นการตัดอำนาจที่ศาลจะมีคำสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล (มาตรา 57 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) ในทำนองเดียวกัน ถ้าผู้ฟ้องคดีได้รับคำสั่งให้มาให้ถ้อยคำหรือแสดงพยานหลักฐานแล้วไม่ดำเนินการตามคำสั่งนั้น ภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยไม่มีเหตุผล อันสมควร ตุลาการเจ้าของสำนวนก็อาจเสนอความเห็นให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีเสียก็ได้ แต่คดีที่ศาลปกครองได้จำหน่ายโดยเหตุดังกล่าว ถ้าภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้จำหน่ายคดี ผู้ฟ้องคดีแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลปกครองได้ว่า การที่ตนไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งได้นั้น เป็นเพราะเหตุสุดวิสัย หรือมีเหตุอันสมควร ศาลปกครองจะอนุญาตให้พิจารณาใหม่หรือฟ้องคดีใหม่ก็ได้ (มาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

3) อำนาจหน้าที่อื่น ๆ ของตุลาการเจ้าของสำนวนในขั้นตอนแสวงหาข้อเท็จจริง

อำนาจหน้าที่อื่น ๆ ของตุลาการเจ้าของสำนวนในขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงมีดังต่อไปนี้ อำนาจในการยื่นหรือขยายระยะเวลา อำนาจในการอนุญาตให้ทำคำขอ คำร้อง ด้วยวาจา อำนาจในการเรียกค่าใช้จ่ายการแจ้งข้อความหรือส่งเอกสาร การคัดสำเนา หรือการรับรองเอกสาร อำนาจในการเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบ อำนาจในการออกข้อกำหนดเพื่อให้การ

ดำเนินคดีปกครองเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม และรวดเร็ว อำนาจออกคำสั่งกรณีเอกสารในสำนวนสูญหาย อำนาจในการออกคำสั่งให้เก็บรักษาเอกสารในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หน้าที่ในการจัดแจ้งรายงานกระบวนการพิจารณา หน้าที่ในการจัดแจ้งเหตุที่ไม่มีการลงลายมือชื่อของบุคคลในรายงานกระบวนการพิจารณาหรือในบันทึก

2.8.3 การแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลปกครองอาจตรวจสอบและแสวงหาข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม ในการนี้ศาลปกครองจะรับฟังพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่น นอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีได้ตามที่เห็นสมควร⁷⁰

เมื่อศาลได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแสวงหาข้อเท็จจริงจากคำฟ้องคำให้การ คำคัดค้านคำให้การ คำให้การเพิ่มเติม ตลอดจนเอกสารและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องแล้ว หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่ได้มายังไม่เพียงพอ ศาลก็สามารถแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมได้ตามความเหมาะสม โดยจะรับฟังพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543⁷¹ ก็ได้กำหนดให้ศาลสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีที่ปรากฏในคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ หรือคำให้การเพิ่มเติมของคู่กรณี ตลอดจนเอกสารและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องรวมทั้งได้กำหนดวิธีการในการแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ และพยานหลักฐานต่าง ๆ ดังกล่าวด้วย โดยวิธีการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลมีดังนี้ คือ

1) การไต่สวนข้อเท็จจริงจากคู่กรณีและพยานบุคคล

ศาลมีอำนาจออกคำสั่งเรียกคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 61 (3) และ (4)⁷² แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543⁷³ การที่ศาลจะออกคำสั่งเรียกคู่กรณี

⁷⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 55 วรรคสาม.

⁷¹ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 50-59.

⁷² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 61 (3) และ 61 (4).

⁷³ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 51 วรรคหนึ่ง.

หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำนั้น ศาลจะกำหนดประเด็นข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวนไว้ในคำสั่งด้วยก็ได้ แต่ไม่ว่าศาลจะกำหนดประเด็นข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวนไว้ในคำสั่งหรือไม่ก็ตาม ศาลจะต้องแจ้งกำหนดการไต่สวนให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีนั้นคัดค้านหรือชี้แจงข้อเท็จจริงได้ แต่ถ้าข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวนเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่มีผลกระทบต่อการพิจารณาคดี หรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทราบข้อเท็จจริงนั้นมาก่อนแล้ว ศาลจะไม่แจ้งกำหนดการไต่สวนให้คู่กรณีนั้นทราบก็ได้⁷⁴ สำหรับผู้ฟ้องคดีเมื่อได้รับคำสั่งจากศาลปกครองให้มาให้ถ้อยคำโดยชอบแล้ว ไม่มาให้ถ้อยคำภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ศาลปกครอง จะสั่งจำหน่ายคดีเสียก็ได้⁷⁵

ในการไต่สวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริง ศาลจะเป็นผู้ซักถามคู่กรณี พยาน หรือบุคคลใด ๆ⁷⁶ ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับพยานอาจเสนอพยานหลักฐานใด ๆ เพื่อประกอบการให้ถ้อยคำของตนได้ ถ้าพยาน หลักฐานนั้นอยู่ในประเด็นที่ศาลมีคำสั่งให้มีการไต่สวน⁷⁷ และในขณะที่พยานคนหนึ่งกำลังให้ถ้อยคำพยานต่อศาล คู่กรณีจะอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่พยานคนอื่นจะอยู่ในสถานที่นั้นไม่ได้ เว้นแต่ศาล จะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น หรือเป็นกรณีของพยานที่เคยให้ถ้อยคำแล้ว และศาลมีคำสั่งเรียกมาให้ถ้อยคำพร้อมพยานคนอื่นในเรื่องเดียวกัน⁷⁸ เมื่อคู่กรณีหรือพยานให้ถ้อยคำเสร็จแล้ว ศาลจะอ่านบันทึก การให้ถ้อยคำดังกล่าวให้คู่กรณีหรือพยานฟัง และจะให้ลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน ในกรณีที่คู่กรณีหรือพยานลงลายมือชื่อไม่ได้หรือไม่ยอมลงลายมือชื่อ ศาลจะจดแจ้งเหตุที่ไม่มียลายมือชื่อเช่นนั้นไว้⁷⁹

2) การไต่สวนข้อเท็จจริงจากพยานเอกสารหรือวัตถุพยาน

ตุลาการเจ้าของสำนวนมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้คู่กรณี หน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องส่งเอกสารหรือพยานหลักฐานใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร

⁷⁴ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 51 วรรคสอง และวรรคสาม.

⁷⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 62.

⁷⁶ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 50 วรรคสอง.

⁷⁷ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 51 วรรคสี่.

⁷⁸ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 53 วรรคสาม และวรรคสี่.

⁷⁹ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 53 วรรคท้าย.

หรือเมื่อคู่กรณีส่งเอกสารหรือพยานหลักฐานใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีมีคำขอ⁸⁰ ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 61 (2), (3) และ (4)⁸¹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543⁸² ในกรณีที่จะต้องส่งเอกสาร เฉพาะต้นฉบับเอกสาร เท่านั้นที่อ้างเป็นพยานได้ ถ้าหาต้นฉบับไม่ได้ สำเนาที่รับรองว่าถูกต้องหรือพยานบุคคลที่รู้ข้อความก็อ้างเป็นพยานได้ แต่ถ้าอ้างหนังสือราชการเป็นพยาน แม้ต้นฉบับยังมีอยู่ จะส่งสำเนาที่เจ้าหน้าที่รับรองถูกต้องก็ได้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น⁸³

3) การแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ

เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีมีคำขอ ศาลอาจมีคำสั่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อศึกษา ตรวจสอบ หรือวิเคราะห์ในเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับคดี อันมิใช่เป็นการวินิจฉัยข้อกฎหมาย แล้วให้ทำ รายงานหรือให้ถ้อยคำต่อศาลได้ ซึ่งศาลจะต้องส่งสำเนารายงาน หรือบันทึกการให้ถ้อยคำของ พยานผู้เชี่ยวชาญนั้น ให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เพื่อทำข้อสังเกตเสนอต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาล กำหนด อย่างไรก็ดี ศาลอาจมีคำสั่งให้พยานผู้เชี่ยวชาญมาให้ถ้อยคำต่อศาลประกอบรายงานของตน ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาล ต้องแจ้งกำหนดการให้ถ้อยคำของพยานผู้เชี่ยวชาญให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบ ล่วงหน้า เพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีคัดค้านหรือชี้แจงข้อเท็จจริงได้⁸⁴

4) การตรวจสอบสถานที่ บุคคลหรือสิ่งอื่นใด

ตุลาการเจ้าของสำนวนหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากตุลาการเจ้าของสำนวนมี อำนาจไปตรวจสอบสถานที่ บุคคล หรือสิ่งอื่นใดเพื่อประกอบการพิจารณาได้ โดยตุลาการเจ้าของ สำนวนจะต้องแจ้งวัน เวลา และสถานที่ที่จะไปตรวจสอบให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาส ให้คู่กรณีคัดค้านหรือชี้แจงข้อเท็จจริงได้ ซึ่งคู่กรณีจะไปร่วมในการตรวจสอบดังกล่าวหรือไม่ก็ได้

⁸⁰ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 54.

⁸¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 61 (2) (3) และ (4) ตามลำดับ.

⁸² ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 54.

⁸³ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 66.

⁸⁴ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 55.

และศาลจะต้องบันทึกการตรวจสอบและการให้ถ้อยคำของบุคคลหรือพยานในการตรวจสอบแล้วรวบรวมไว้ในสำนวนคดีด้วย⁸⁵

5) การส่งประเด็นไปแสวงหาข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองอื่น

เมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาคดี ศาลอาจแต่งตั้งให้ศาลปกครองชั้นต้นอื่นช่วยแสวงหาข้อเท็จจริงในประเด็นใดก็ได้แล้วให้ศาลปกครองชั้นต้นที่ได้รับแต่งตั้งส่งรายงานผลการแสวงหาข้อเท็จจริงของบันทึกการให้ถ้อยคำของพยาน และเอกสารหรือพยานหลักฐานไปยังศาลที่แต่งตั้ง⁸⁶

6) การไต่สวนฉุกเฉิน

ถ้าบุคคลใดเกรงว่าพยานหลักฐานซึ่งตนอาจอ้างอิงในภายหน้าจะสูญหาย หรือยากแก่การนำมา หรือถ้าคู่กรณีฝ่ายใดในคดีเกรงว่าพยานหลักฐานซึ่งตนจะอ้างอิงอาจสูญหายเสียก่อนที่จะมีการไต่สวนหรือเป็นการยากที่จะนำมาไต่สวนในภายหลังก บุคคลนั้นหรือคู่กรณีฝ่ายนั้นอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้ไต่สวนพยานหลักฐานนั้นไว้ทันที และเมื่อศาลได้รับคำขอแล้วศาลจะมีคำสั่งเรียกผู้ขอ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องมาขังศาล เมื่อศาลได้ฟังบุคคลเหล่านั้นแล้ว ศาลมีอำนาจสั่งคำขอตามที่เห็นสมควร ถ้าศาลสั่งอนุญาตศาลจะไต่สวนพยานตามระเบียบ ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 สำหรับรายงานและเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการนั้นศาลจะเก็บรักษาไว้

2.9 การพิจารณาพิพากษาคดีในรูปองค์คณะ และการใช้อำนาจตุลาการนายเดียวในศาลปกครอง

หลักประกันแห่งการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่คืออย่างหนึ่งได้แก่ การคำนึงถึงลักษณะของประเภทแห่งคดีที่มีความสำคัญแตกต่างกัน กฎหมายจึงได้กำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลมีผู้พิพากษาร่วมเป็นองค์คณะ หรือมีเฉพาะแต่เพียงผู้พิพากษานายเดียว⁸⁷ โดย การพิจารณาพิพากษาคดีในรูปองค์คณะจะเป็นหลักประกันของความรอบคอบและความเป็นกลางได้อย่างดี การพิจารณาคดีที่อาศัยเสียงข้างมากขององค์คณะผู้พิพากษาที่มีความจำเป็นจะต้องอาศัยการมีส่วนร่วมแสดงความเห็นของผู้พิพากษาทุกคนที่เป็นองค์คณะทำให้การพิจารณาคดีได้รับการไตร่ตรองมากขึ้น ช่วยลดความเสี่ยงต่อความผิดพลาด และเป็นการฝึกสอนให้ผู้พิพากษาใหม่ได้รับ

⁸⁵ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 56.

⁸⁶ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 58.

⁸⁷ *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1* (น. 186-187). เล่มเดิม.

ประสบการณ์จาก ผู้พิพากษาอาวุโส สร้างหลักประกันในการใช้ความเห็นที่เป็นกลางของผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะ ทั้งนี้ ส่งผลต่อความต่อเนื่องให้แก่การพิจารณาคดีโดยศาลสูงที่กระทำในรูปขององค์คณะผู้พิพากษาอีกด้วย อย่างไรก็ตาม บางประเทศกำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษานายเดี่ยว เพื่อให้การดำเนินคดีรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย ซึ่งแนวโน้มแห่งวิวัฒนาการของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันจะให้ความสำคัญกับอำนาจผู้พิพากษานายเดี่ยวน่าจะมากขึ้น โดยเฉพาะในศาลชั้นต้น ด้วยเหตุผล⁸⁸ ดังนี้

1) การพิจารณาคดีโดยองค์คณะในทางปฏิบัติมักจะมอบหมายให้ผู้พิพากษานายเดี่ยวเป็นผู้รับผิดชอบรวบรวมข้อเท็จจริงและเขียนคำพิพากษา ส่วนผู้พิพากษาอื่นที่เป็นองค์คณะได้แต่เพียงลงชื่อในคำพิพากษาให้ครบองค์คณะเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากจำนวนผู้พิพากษาแต่ละศาลมีน้อย ส่วนปริมาณคดีมีเป็นจำนวนมาก

2) การพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษานายเดี่ยวนจะเป็นการช่วยประหยัดเวลาและใช้ทรัพยากรบุคคลได้อย่างเต็มที่

3) ผู้พิพากษานายเดี่ยวสามารถให้หลักประกันในความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้ดีเช่นกัน หากมีระบบการควบคุมตรวจสอบที่ดีและการใช้ผู้พิพากษานายเดี่ยวพิจารณาคดีนั้น ผู้พิพากษามักจะตระหนักระมัดระวังในเรื่องนี้มากยิ่งขึ้น

สำหรับประเทศไทย เดิมมาตรา 236 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า การนั่งพิจารณาคดีของศาลต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ และผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งมิได้นั่งพิจารณาคดีใด จะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นมิได้ ซึ่งเป็นปัจจัยที่ผลักดันให้ศาลยุติธรรมนำวิธีการเรื่องการบริหารจัดการคดีของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษมาปรับใช้ตั้งแต่ประมาณปลายปี พ.ศ. 2545 มีการแยกกลุ่มประเภทคดีเป็นคดีจัดการพิเศษ เช่น คดีขาดนัดแยกออกจากคดีสามัญทั่วไป ระบบการพิจารณาคดีต่อเนื่องโดยนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันไป (ซึ่งเป็นระบบที่ใช้กันอยู่ในกลุ่มประเทศ Common Law ที่เรียกว่า “a day in court”) การใช้ระบบใกล้เคียง การจัดตั้งศูนย์นัดความ ซึ่งมีผลทำให้การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นเป็นไปด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น⁸⁹ สอดคล้องกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 6 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับพิจารณาพิพากษาคดีอย่างรวดเร็วและเป็นธรรม โดยอนุมาตรา 1⁹⁰

⁸⁸ จาก “สิทธิในกระบวนการยุติธรรม: การนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ โดยผู้พิพากษาหรือตุลาการ,” โดย สิทธิพร เสาภายน, 2552 (กันยายน-ธันวาคม), *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 11(33), น. 46-47.

⁸⁹ แหล่งเดิม.

⁹⁰ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, มาตรา 6 วรรคหนึ่ง อนุมาตรา 1.

“Article 6- Droit à un process equitable

กำหนดให้บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะเสนอคดีต่อศาล โดยมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมเปิดเผย ภายในระยะเวลาที่สมควร โดยองค์กรศาลที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ในนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง หรือข้อกล่าวหาว่ากระทำความผิดในทางอาญา การพิพากษาตัดสินคดีจะต้องกระทำโดยเปิดเผย ข้อห้ามการพิพากษาคดีโดยเปิดเผยทั้งหมดหรือบางส่วน กระทำได้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีหรือความสงบเรียบร้อย หรือกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ หรือเมื่อมีผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้เยาว์คู่กรณีหรือกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณี หรือศาลเห็นว่าเพื่อความจำเป็นตามเหตุผลหรือสถานการณ์ของเรื่อง การเปิดเผยคำวินิจฉัยของศาลจะมีผลกระทบต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในคดี⁹¹ แต่กระนั้นก็ดี การให้ความสำคัญแห่งคดีที่ทำให้เกิดความแตกต่างในการใช้ผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งมีจำนวนองค์คณะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาตามหลักการนั่งพิจารณาและการพิจารณาในรูปองค์คณะของผู้พิพากษาหรือตุลาการ สรุปความสำคัญได้ 3 ประการ⁹² คือ

ประการแรก การรับฟังพยานหลักฐานตลอดจนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงแห่งคดี การที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการในองค์คณะได้ร่วมกันรู้เห็นและฟังคำเบิกความตลอดจนอากัปกริยาของพยานและคู่ความด้วยกันจะทำให้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีเป็นไปด้วยความละเอียดรอบคอบยิ่งขึ้น

1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial. Établi par la loi. Qui décider, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice."

⁹¹ แปลและเรียบเรียงโดย นายธีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

⁹² จาก การบริหารจัดการคดีเพื่อนำไปสู่การนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะและต่อเนื่อง : ศึกษาเฉพาะกรณีศาลยุติธรรม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 37-42), โดย สมชาย จันทร์ประเทือง, 2547, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ประการที่สอง การปรึกษาข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเมื่อออกนอกระบบพิจารณาคดีการวินิจฉัยข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นเรื่องที่ต้องใช้ความรวดเร็ว และแม่นยำการนั่งพิจารณาคดีโดยมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะจะช่วยให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการสามารถปรึกษาหารือและวินิจฉัยข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้โดยถูกต้องรวดเร็ว และเป็นธรรมยิ่งขึ้น

ประการที่สาม การตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ออกนอกระบบพิจารณาคดีมีหน้าที่ในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปโดยเรียบร้อย การที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการเพียงคนเดียวใช้อำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาอาจเกิดการใช้อำนาจอย่างมือคด และไม่เที่ยงธรรมต่อคู่ความ การที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการออกนอกระบบพิจารณาคดีครบองค์คณะจะช่วยลดการใช้อำนาจดังกล่าวได้

2.9.1 การจัดองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของประเทศไทย

1) โครงสร้างศาลปกครองของประเทศไทย

ศาลปกครอง แบ่งออกเป็น 2 ชั้น คือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น⁹³ โดยศาลปกครองชั้นต้นแบ่งออกเป็นศาลปกครองกลางและศาลปกครองส่วนภูมิภาค

2) องค์คณะพิจารณาพิพากษาคดี

ศาลปกครองสูงสุดต้องมีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอย่างน้อยห้าคนจึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีได้ ส่วนศาลปกครองชั้นต้นต้องมีตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นอย่างน้อยสามคน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีได้⁹⁴

3) การใช้อำนาจตุลาการนายเดี่ยวในคดีปกครอง

มาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ตุลาการศาลปกครองคนหนึ่งคนใดซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์คณะมีอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) มีคำสั่งเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องชี้แจงข้อเท็จจริง หรือให้ความเห็นเป็นหนังสือเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง

(2) มีคำสั่งเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งวัตถุ เอกสาร หรือพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือให้ความเห็นในเรื่องหนึ่งเรื่องใด หรือส่งผู้แทน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานทางปกครองนั้นมาชี้แจงหรือให้ถ้อยคำประกอบการพิจารณา

(3) มีคำสั่งเรียกให้คู่กรณีมาให้ถ้อยคำหรือนำพยานหลักฐานมาประกอบการพิจารณา

⁹³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 7.

⁹⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 54.

(4) มีคำสั่งเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีมาให้ถ้อยคำหรือให้ส่งพยานหลักฐานมาประกอบการพิจารณา

(5) ใต้วงหรือมีคำสั่งในเรื่องที่มีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดคดี ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ในกรณีจำเป็น ตุลาการศาลปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากตุลาการศาลปกครองมีอำนาจไปตรวจสอบสถานที่ บุคคล หรือสิ่งอื่นใดเพื่อประกอบการพิจารณา ก็ได้

นอกจากนี้ ข้อ 10 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 กำหนดให้ตุลาการศาลปกครองซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์คณะมีอำนาจใต้วงหรือมีคำสั่งในเรื่องที่มีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ และข้อ 11 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ในการดำเนินการเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวน ให้ถือว่าตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากองค์คณะให้ใช้อำนาจตามมาตรา 61 ในส่วนที่เกี่ยวกับคดีที่อยู่ในอำนาจรับผิดชอบของตน นอกจากกรณีที่กำหนดไว้โดยเฉพาะในข้อ 10 และข้อ 11 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบดังกล่าว ข้อ 11 วรรคสอง ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 กำหนดให้ตุลาการเจ้าของสำนวนใช้อำนาจตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือตามกฎหมายหรือระเบียบอื่น กำหนดให้เป็นอำนาจของศาล เว้นแต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งที่โดยสภาพต้องกระทำเป็นองค์คณะ หรือเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองใดอยู่ในอำนาจของตุลาการนายเดี่ยว ในการมีคำสั่งหรือมีคำพิพากษาได้โดยลำพังนั้น จำต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยในปัจจุบันเสียก่อนว่ามีอยู่อย่างไร

2.9.2 การใช้อำนาจตุลาการนายเดียวในศาลปกครองชั้นต้น⁹⁵

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองชั้นต้นของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน โดยแบ่งแยกการพิจารณาตามลักษณะการใช้ถ้อยคำออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

1) กรณีใช้ถ้อยคำว่า “ตุลาการเจ้าของสำนวน” ได้แก่ คำสั่งให้รับคำฟ้องไว้พิจารณา ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 42 วรรคหนึ่ง ใช้ถ้อยคำว่า “เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่า... ให้มีคำสั่งรับคำฟ้อง และมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำคำให้การ...” โดยในกรณีนี้ เมื่อคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นคำฟ้องที่สมบูรณ์ครบถ้วน ตุลาการเจ้าของสำนวนนายเดียวชอบที่จะมีคำสั่งรับคำฟ้องนี้ ไว้พิจารณาและมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำคำให้การได้ กรณีจึงถือเป็นอำนาจของตุลาการนายเดียว

คำสั่งไม่รับคำฟ้องแย้งไว้พิจารณาตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 44 วรรคสอง ใช้ถ้อยคำว่า “...ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนสั่งไม่รับคำฟ้องแย้ง...” กรณีจึงถือเป็นอำนาจของตุลาการนายเดียว

2) กรณีใช้ถ้อยคำว่า “องค์คณะ” อาทิเช่น คำสั่งเกี่ยวกับบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 76 ใช้ถ้อยคำว่า “...ให้กระทำโดยองค์คณะ...”

คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 37 วรรคสอง ใช้ถ้อยคำว่า “...ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเสนอองค์คณะสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ” ซึ่งเห็นได้ว่า ตุลาการเจ้าของสำนวนนายเดียวมีอำนาจเพียงตรวจสำนวนแล้วเสนอความเห็นต่อองค์คณะนั้น ตุลาการเจ้าของสำนวนนายเดียวไม่มีอำนาจสั่งไม่รับคำพิจารณาไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดวางบรรทัดฐานไว้ว่า⁹⁶ การที่ตุลาการเจ้าของสำนวนศาลปกครองชั้นต้นนายเดียวสั่งไม่รับคำฟ้องเพิ่มเติมคดีนี้ไว้พิจารณา จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 61 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁹⁵ จาก ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจตุลาการนายเดียวในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 133-137), โดย นพดล วิวกแก้ว, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁹⁶ แหล่งเดิม.

3) กรณีใช้ถ้อยคำว่า “ศาล” เช่น คำสั่งรับหรือไม่รับคำฟ้องที่ยื่นพ้นกำหนดไว้พิจารณาตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 30 วรรคสอง ใช้ถ้อยคำว่า “...ศาลจะรับไว้พิจารณาก็ได้...” ส่วนคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณานั้น บทบัญญัติดังกล่าวใช้ถ้อยคำว่า “...ให้ศาลมีคำสั่งไม่รับไว้พิจารณาและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ...” โดยในประเด็นนี้ได้มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดวางบรรทัดฐานไว้ว่า⁹⁷ อำนาจสั่งไม่รับคำฟ้องหรือสั่งไม่รับคำฟ้องคดีที่ยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วตามข้อ 30 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เป็นอำนาจขององค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น มิใช่อำนาจของตุลาการนายเดี่ยว

4) กรณีกฎหมายใช้ถ้อยคำไม่ชัดเจน เช่น การยื่นคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 75 บัญญัติให้

“ในกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองเสร็จเด็ดขาดแล้ว คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้นอาจมีคำขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นใหม่ได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

(1) ศาลปกครองฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดหรือมีพยานหลักฐานใหม่ อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ

(2) คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีหรือได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

(3) มีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม

(4) คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้น โดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใด และต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

การยื่นคำขอตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา โดยมีใจความผิดของผู้นั้น

การยื่นคำขอให้พิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งใหม่ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ยื่นคำขอรู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ แต่ไม่เกินห้าปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด”

⁹⁷ แหล่งเดิม.

จากที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ โดยบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดถ้อยคำไว้ให้ชัดเจนว่าเป็นอำนาจของตุลาการนายเดียวหรือองค์คณะในการมีคำสั่งให้รับหรือยกคำขอ ให้พิจารณาคดีใหม่ได้ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้ว่า⁹⁸ คำขอให้พิจารณาคดีใหม่เป็นการเสนอข้อหาต่อศาล ถือเป็นคำฟ้องตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนการมีคำสั่งยกคำขอให้พิจารณาคดีใหม่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยเมื่อพิจารณามาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่กำหนดอำนาจของตุลาการศาลปกครอง ซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์คณะ ไม่ปรากฏว่าตุลาการนายเดียวมีอำนาจมีคำสั่งยกคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ ซึ่งเป็นคำสั่งในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ ดังนั้น การที่ตุลาการเจ้าของสำนวนเพียงนายเดียวมีคำสั่งยกคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงหมายความว่าคำสั่งยกคำขอให้พิจารณาคดีใหม่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดีจึงเป็นอำนาจขององค์คณะจากการบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายที่ได้ศึกษามาแล้วตาม (1) - (4) นั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการใช้อำนาจตุลาการนายเดียวในคำสั่งเฉพาะที่เป็นคำสั่งในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้น จะต้องเป็นกรณีตาม (1) เท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันมีอยู่เพียงสองกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจตุลาการนายเดียวคือ คำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณา ตามข้อ 42 วรรคหนึ่ง แห่งตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และคำสั่งไม่รับคำฟ้องแย้งที่ไม่เกี่ยวกับฟ้องเดิม ตามข้อ 44 วรรคสอง แห่งระเบียบเดียวกัน

นอกจากนี้ กรณีข้างต้นยังพบว่าการใช้อำนาจตุลาการนายเดียวตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย นั้น สามารถแบ่งตามลักษณะของการใช้อำนาจได้ 3 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง การใช้อำนาจของตุลาการเจ้าของสำนวนซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์คณะตามมาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่น คำสั่งเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐชี้แจงข้อเท็จจริง คำสั่งเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งวัตถุ หรือพยานเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง คำสั่งเรียกให้คู่กรณีมาให้ถ้อยคำ คำสั่งเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีมาให้ถ้อยคำ ใตสวนหรือมีคำสั่งใดในเรื่องที่มีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งเป็นอำนาจทั่ว ๆ ไปของตุลาการเจ้าของสำนวนในการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล

ประเภทที่สอง การใช้อำนาจของตุลาการเจ้าของสำนวนในการมีคำสั่งในเรื่องที่เป็น การวินิจฉัยชี้ขาดคดี ได้แก่

⁹⁸ แหล่งเดิม.

คำสั่งให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 42 วรรคหนึ่ง ที่ใช้ถ้อยคำว่า “เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่า... ให้มีคำสั่งรับคำฟ้องและมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำคำให้การ...” โดยในกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานว่า⁹⁹ ตุลาการเจ้าของสำนวนนายเด็วชอบที่จะมีคำสั่งรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาและมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำคำให้การได้ กรณีจึงถือเป็นอำนาจของตุลาการนายเด็ว

คำสั่งไม่รับคำฟ้องแย้งไว้พิจารณา ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 44 วรรคสอง ที่ใช้ถ้อยคำว่า “...ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนสั่งไม่รับคำฟ้องแย้ง...” กรณีจึงถือเป็นอำนาจของตุลาการนายเด็ว

ประเภทที่สาม การใช้อำนาจของอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น เช่น การจ่ายสำนวนคดีตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 37 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดว่า ในกรณีที่ได้รับคำฟ้องจากพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลแล้ว ให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะพิจารณาพิพากษาโดยเร็ว เป็นต้น

จากการแบ่งตามลักษณะของการใช้อำนาจทั้งสามประเภทนี้ จะเห็นได้ว่าประเภทแรกถือเป็นอำนาจทั่วไปของตุลาการเจ้าของสำนวนในการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลที่มีใช้คำสั่งในเรื่องที่มีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดคดี ส่วนประเภทที่สองถือได้ว่าเป็นอำนาจของตุลาการเจ้าของสำนวน ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าเป็นอำนาจของตุลาการนายเด็วที่เป็นคำสั่งในเรื่องที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดี สำหรับประเภทที่สามถือเป็นอำนาจอธิบดีในการมีคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารจัดการสำนวนซึ่งมิใช่เรื่องที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดเช่นเดียวกันกับประเภทแรก

2.10 หลักการพื้นฐานของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

2.10.1 ความหมายของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่ศาลกำหนดขึ้นเพื่อรักษาสถานะของบุคคลหรือป้องกันมิให้สิทธิหรือทรัพย์สินของกลุ่มความได้รับความเสียหายในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล โดยศาลจะกำหนดมาตรการดังกล่าวในรูปแบบของคำสั่งเรียกว่า “คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว” โดยทั่วไปแล้วคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนี้ ศาลมักจะสั่งให้บุคคลกระทำการ (Affirmative Injunction) หรืองดเว้นกระทำการ (Negative Injunction) อย่างไม่อย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่อีกบุคคลหนึ่ง จึงถือได้ว่ามาตรการ

⁹⁹ แหล่งเดิม.

หรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเป็นมาตรการพิเศษที่ศาลนำมาใช้เพื่อเยียวยาให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความมากที่สุด¹⁰⁰

การกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ถือได้ว่าเป็นกระบวนการสำคัญเพื่อที่จะมุ่งคุ้มครองคู่ความในคดี หากกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปราศจากการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาแล้ว ท้ายที่สุดศาลที่พิจารณาคดีนั้นก็ไม่อาจจะคุ้มครองหรือเยียวยาสิทธิให้แก่คู่ความในคดีได้ หรือที่กล่าวกันว่า “ความยุติธรรมของศาลมาไม่ทันเวลา” ด้วยเหตุนี้เองเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีของศาลมีหลักประกันแก่คู่ความในคดีวิธีพิจารณาคดีของศาลต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องนำหลักการที่คุ้มครองชั่วคราวมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งมาตรการในการคุ้มครองในคดีแต่ละประเภทอาจมีมาตรการที่แตกต่างกันออกไป เช่น การคุ้มครองชั่วคราวในคดีแพ่ง การคุ้มครองชั่วคราวในคดีปกครอง เป็นต้น¹⁰¹

สำหรับคดีปกครองนั้น มีลักษณะที่แตกต่างไปจากคดีแพ่ง กล่าวคือ คดีปกครองนั้น คู่ความมีสถานะไม่เท่าเทียมกัน คู่ความฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งคือ ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐ แต่ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครอง คือ ในคดีแพ่งนั้น วัตถุประสงค์ที่นำมาสู่การมีข้อพิพาทและนำมาสู่การพิจารณาคดีของศาลนั้น ล้วนแต่เกิดจากการกระทำที่มีความเท่าเทียมกันของคู่ความในคดี ไม่มีการใช้อำนาจเหนือหรือที่เรียกว่าเป็นการใช้อำนาจมหาชนต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่การกระทำในคดีปกครอง วัตถุประสงค์ไม่ว่าจะเป็น “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “การกระทำทางกายภาพ” ล้วนแต่เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจเหนือฝ่ายเดียวอันเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ฝ่ายเอกชน หรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดภาระแก่ฝ่ายเอกชนด้วยเหตุนี้เองการฟ้องคดีปกครองของประเทศบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนีจะถือว่าการฟ้องคดีเป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองชะลอผลของการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะพิพากษาคดีโดยมาตรการ หรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้นจะต้องได้รับการกำหนดขึ้นก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด ซึ่งอาจอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาแล้วแต่กรณี และคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจะมีผลบังคับใช้เป็นการชั่วคราวคือ ในช่วงก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเท่านั้น

¹⁰⁰ จาก มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 4), โดย อภิรดี สุทธิสมณ, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁰¹ จาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 294-295), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ก, 2551, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

2.10.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

ในการพิจารณาคำขอ ศาลจะทำการไต่สวนจนเป็นที่พอใจของศาลว่าคำขอนั้น มีเหตุเป็นที่น่าเชื่อถือได้ และมีเหตุสมควรที่จะนำวิธีการคุ้มครองตามที่ขอนั้นมาใช้ สำหรับเงื่อนไขที่ศาลนำมาใช้พิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น ศาลจะต้องเห็นว่า¹⁰²

1) พฤติการณ์ของจำเลยที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น เป็นที่น่าเชื่อถือได้ว่าน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับคดีปกครองโดยส่วนมากแล้ว มักจะเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ศาลจะต้องเห็นว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) มีเหตุจำเป็นรีบด่วน (urgent necessity) ถือเป็นหลักการพื้นฐานในการขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับฝ่ายเดียว เช่นเดียวกับหลักเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (equity) ในระบบ Common Law การที่ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณานำหลักเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมมาใช้ ศาลจะพิจารณาถึงเหตุอันสมควรในคำขอของผู้ร้องขอ ว่ามีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะบ้าง หรือไม่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องเยียวยาแก้ไขอย่างไร และหากศาลอนุญาตตามคำขอแล้วจะเกิดปัญหาในทางปฏิบัติหรือไม่ ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรียกวิธีการคุ้มครองชั่วคราวแบบนี้ว่า “Ex parte injunction” หรือ ในระบบ Common Law เรียกคำสั่งแบบนี้ว่า “temporary restraining order” ในการพิจารณาคำขอ “Ex parte injunction” ศาลจะพิจารณาถึงเหตุผล และการแสดงให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นในการร้องขอต่อศาล ให้มีคำสั่งเช่นนั้น และไม่เหมาะสมอย่างไร หากคู่กรณีมีโอกาสคัดค้านคำสั่งก่อน แต่ทั้งนี้ คู่กรณีมีโอกาสคัดค้านคำสั่งศาลได้ตามระยะเวลาที่กำหนด รวมทั้งเสนอพยานหลักฐานใหม่ได้ด้วย กรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องได้รับความคุ้มครองจากศาลในทันที โดยส่วนมากมักเป็นกรณีที่สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานถูกระทบอย่างร้ายแรง การพิจารณาว่าเรื่องใดมีความจำเป็นเร่งด่วนหรือไม่นั้น อาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงหรือเหตุ ที่เป็นข้ออ้างในการขอให้มีการกำหนดมาตรการชั่วคราว ซึ่งเหตุจำเป็นเร่งด่วนนั้นจะต้องมีอยู่ ในขณะที่พิจารณาคำขอให้กำหนดมาตรการชั่วคราว เช่น หน่วยงานทางปกครองกำลังดำเนินการ ให้มีการลงนามในสัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่อาจเกิดขึ้นได้ทุกขณะอันอาจส่งผลกระทบต่อผู้ร้องขอจะต้องเสียสิทธิเป็นคู่สัญญา

3) การให้จำเลยกระทำต่อไปนั้น จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง หรือการให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง อันยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง

¹⁰² มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 8-9). เล่มเดิม.

4) เงื่อนไขในประการนี้เป็นเงื่อนไขที่ใช้พิจารณาสำหรับคดีปกครองเป็นการเฉพาะ คือ จะต้องไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐ หรือแก่บริการสาธารณะ ซึ่งโดยส่วนมากแล้ว การยื่นคำขอกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว มักจะยังไม่ปรากฏหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าหน่วยงานราชการดำเนินการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากศาลกำหนดมาตรการชั่วคราวให้กับผู้ร้องขอแล้ว จะส่งผลต่อการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ เช่น การก่อสร้างโรงพยาบาล การวางท่อประปา การก่อสร้างอาคารสถานที่ของหน่วยงานราชการ เป็นต้น

นอกจากศาลจะมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว ในบางกรณี หากปรากฏข้อเท็จจริงบางประการอันเป็นเหตุทำให้ศาลไม่อาจมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ ศาลก็จะมีคำสั่งยกคำขอนั้นเสีย สำหรับกรณีที่ศาลจะมีคำสั่งยกคำขอคุ้มครองชั่วคราว ได้แก่ เหตุแห่งการขอให้คุ้มครองชั่วคราวนั้นได้ระงับหรือสิ้นผลไปแล้ว หรือจำเลย (ในคดีแพ่ง) หรือหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ในคดีปกครอง) ได้ดำเนินการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว หรือมีการยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวภายหลังจากที่เหตุแห่งการคุ้มครองชั่วคราวได้หมดสิ้นไปแล้ว

สำหรับการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีแพ่งและคดีปกครองมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในคดีแพ่งที่คู่ความทั้งสองฝ่าย มีสถานะเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย และเรื่องพิพาทนั้นเกิดจากการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ว่าใครมีสิทธิหน้าที่ดีกว่ากัน ส่วนในคดีปกครองนั้นเป็นกรณีที่จะต้องคำนึงหลักการประสานประโยชน์มหาชนกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคลให้ได้ดุลยภาพกัน อันถือเป็นลักษณะพิเศษของคดีปกครอง ที่มีเรื่องประโยชน์มหาชนเข้ามาเกี่ยวข้อง เพราะในคดีปกครองเป็นเรื่องที่การใช้อำนาจของรัฐซึ่งเป็นอำนาจมหาชนนั้นได้ก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิของประชาชน การที่ศาลปกครองใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจะต้องเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นและมีความเหมาะสม กล่าวคือ หากศาลปกครองมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนแต่เพียงอย่างเดียวก็อาจจะไม่ใช่สิ่งที่เหมาะสมที่สุด จำเป็นที่ต้องพิจารณาโดยรอบด้านและจะต้องพิจารณาเป็นการเฉพาะไปในแต่ละกรณี ว่าการกำหนดให้มีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอย่างใด ๆ ในคดีนั้นจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเป็นอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของฝ่ายปกครองหรือไม่ ในทางกลับกันหากศาลปกครองมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์มหาชนมากเกินไป จนไม่คำนึงถึงว่าเอกชนผู้นั้นจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายมากเพียงไร ซึ่งถ้าเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลไปทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วยแล้ว หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองไว้ว่าจะกระทำไม่ได้¹⁰³ ศาลย่อมต้อง

¹⁰³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29.

ใช้ดุลพินิจให้รอบคอบมากยิ่งขึ้น มิฉะนั้นแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลนั้นอาจเป็นความเสียหายที่ไม่อาจชดใช้เป็นค่าเสียหายได้ในภายหลังและมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของบุคคลที่ไม่อาจแก้ไขให้กลับมาดังเดิมได้ ดังนั้น สำหรับการใช้อดุลพินิจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวของศาลปกครองจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้รอบคอบมากยิ่งขึ้น เพราะคำสั่งศาลมิได้มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น บางกรณีอาจมีผลกระทบต่อคนจำนวนมากก็ได้ จึงเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องตระหนักถึงเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ ในการไต่สวนคำขอคุ้มครองชั่วคราวจะต้องตระหนักอยู่เสมอว่าการพิจารณาและตรวจสอบพยานหลักฐาน หรือเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคดีในชั้นของการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนี้จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็ว เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่ความอาจเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ทันที ศาลควรจะต้องพิจารณาเพียงว่าข้อเท็จจริงใดทำให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของพฤติการณ์ของจำเลยหรือคำสั่งทางปกครอง การที่ศาลพิจารณาตรวจสอบอย่างรอบคอบมากเกินไปจนเป็นการพิจารณาก้าวล่วงไปถึงเนื้อหาของคดีก็จะส่งผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลดำเนินไปอย่างล่าช้าและจะมีผลเป็นการพิพากษาคัดสินคดีให้เป็นที่ยุติ ซึ่งเป็น สิ่งที่ศาลไม่ควรกระทำ

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับคำขอคุ้มครองชั่วคราว คือ คำขอคุ้มครองชั่วคราวต้องเป็นคนละประเด็นกับการพิพากษาในเนื้อหาของคดี¹⁰⁴ เช่นกรณีที่ฟ้องว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ไม่ออกใบอนุญาตให้ ถ้าศาลพิพากษาว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่จริงก็ต้องสั่งให้เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการพิจารณาในเรื่องดังกล่าวให้ แต่ถ้าในคำฟ้องดังกล่าวมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองออกใบอนุญาตให้เป็นการชั่วคราวก่อน หากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวให้ก็มีผลเท่ากับว่าศาลได้ลงไปวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีแล้ว คือ มีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองออกใบอนุญาตให้ ซึ่งถือว่าเป็นการวินิจฉัยคดีเป็นการล่วงหน้าไปแล้ว ดังนั้น การใช้อดุลพินิจของศาลในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจให้เหมาะสม มิเช่นนั้นแล้วศาลก็สามารถสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอย่างใดก็ได้โดยแทบไม่มีขอบเขต

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่เป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย...”

¹⁰⁴ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 11). เล่มเดิม.

สำหรับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่ศาลกำหนดให้มีขึ้นระหว่างการพิจารณาคดีของศาลนั้น ไม่ว่าจะเป็คดีแพ่งหรือคดีปกครองต่างก็มืจุดประสงค์อย่างเดียวกัน คือ มาตรการนั้น ๆ จะต้องสามารถคุ้มครองสิทธิหรือสถานะของบุคคลที่เป็นคู่ความในคดีมิให้ถูกระทบกระเทือนในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลได้

2.10.3 วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง

ในส่วนองวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองนั้น ปัจจุบันมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาในประเทศไทย โดยมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹⁰⁵ บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีได้ตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนด โดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องไว้ในภาค 2 หมวด 5 วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ข้อ 69-77 ซึ่งได้บัญญัติ การกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 การขอละการบังคับตามกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครอง¹⁰⁶ ส่วนที่ 2 การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว¹⁰⁷

ในชั้นยกร่างระเบียบที่ประชุมใหญ่ของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในส่วนองวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้น การศึกษาข้างต้นสรุปว่าควรให้มีการนำกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาใช้เป็นต้นแบบในการยกร่างกฎหมาย โดยการ นำมาตราที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้น

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 66 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี ไม่ว่าจะมืคำร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย.”

¹⁰⁶ การขอละการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในที่นี้หมายถึง การขอละการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่มีการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เพราะการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นในการขอละการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น.

¹⁰⁷ จาก คู่มือเรื่อง มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว (น. 45-46), โดย ไชยเดช ตันติเวสส, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ก่อนที่จะมีการปฏิรูปกฎหมาย ในปี ค.ศ. 2000 หรือก่อนที่ประเทศฝรั่งเศสจะได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Code de justice administrative) โดยมีมาตรการที่สำคัญ 2 มาตรการ¹⁰⁸ คือ มาตรการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (Le sursis à exécution) และมาตรการฉุกเฉิน (mesures d'urgence) สำหรับประเทศไทย เมื่อนำมาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับ ผู้ยกอ้างเห็นควรให้นำมาเฉพาะมาตรการที่เป็นลักษณะเด่นของระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส คือ “การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง” (Le sursis à exécution) โดยเน้นเฉพาะว่าเป็นมาตรการที่ใช้สำหรับกรณีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะและวิธีพิจารณาคดีที่คล้ายคลึงกับระบบ วิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองฝรั่งเศส สำหรับคำฟ้องประเภทที่นอกเหนือจากคำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ คำฟ้องที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร คำฟ้องให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการที่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐกระทำละเมิด หรือคำฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น จำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการชั่วคราวอื่น ๆ มาใช้บังคับให้เหมาะสมกับคำฟ้องคดีประเภทเหล่านี้ ผู้ยกอ้างได้พยายามหามาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมนำมาใช้บังคับได้จริงกับคดีปกครองไทย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น ศาลยุติธรรมได้เคยรับฟ้องคดีปกครองเช่นเดียวกับการรับเรื่องราวร้องทุกข์ของคณะกรรมการวินิจฉัยเรื่องทุกข์โดยการรับฟ้องคดีปกครองดังกล่าว คู่ความก็สามารถยื่นคำขอ ให้ศาลกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ลักษณะ 1 เช่น โจทก์ฟ้องว่าจำเลย (หน่วยงานของรัฐ) กระทำละเมิดต่อโจทก์โดยการก่อสร้างทางปิดกั้นทางเข้าออกโรงสีข้างของโจทก์สู่ถนนหลวงซึ่งมีทางเข้าออกทางเดียวทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายและขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งเป็นการละเมิดตามที่ถูกร้องหรือโจทก์ฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าโจทก์เป็นผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินพิพากษา และขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการใด ๆ ในที่ดินพิพาทก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา เป็นต้น จึงเห็นสมควรให้นำมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่บัญญัติไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับกับคดีปกครองเป็นอีกมาตราหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว”¹⁰⁹

¹⁰⁸ แหล่งเดิม.

¹⁰⁹ มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว คือ มาตรการอย่างใด ๆ ที่ศาลนำมาใช้โดยให้มีผลเป็นการชั่วคราวเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้กรณี ถือเป็นมาตรการเสริมที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้น เพื่อใช้ในกรณีทั่วไป นอกเหนือไปจากมาตรการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง โดยมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองอาจแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ มาตรการในเชิงป้องกันและมาตรการในเชิงบังคับ.

บทบัญญัติมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่บัญญัติหลักการกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของศาลและบัญญัติกรอบรายละเอียดของหลักเกณฑ์และวิธีการที่จะกำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไว้ในวรรคสองว่า ต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐด้วย ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้ในหมวด 5 ตั้งแต่ข้อ 69-77 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ทั้งนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว กำหนดให้การทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองและการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว มีโครงสร้างวิธีพิจารณาของศาลแยกออกจากกันเป็นสองส่วน ดังนี้

1) การทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

การทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง หมายความว่า การให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไม่มีผลบังคับตามกฎหมายในระหว่างที่คดีนั้นอยู่ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาหรือในระหว่างระยะเวลาอุทธรณ์ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำพิพากษา หรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งถึงที่สุด มาตรการชั่วคราวดังกล่าวใช้สำหรับคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹¹⁰ ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งจะได้อีกด้วยโดยละเอียดในบทที่ 4 และเป็นวิธีการชั่วคราวที่มุ่งจะศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

¹¹⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ.”

2) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา และการกำหนดวิธีการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา

การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว เป็นกรณีคุ้มครองชั่วคราวดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถือเป็นมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีอีกประการหนึ่งนอกเหนือจากการขอทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนี้เป็นวิธีที่เรียกรวม ๆ กันไป ซึ่งความจริงแล้วหมายความรวมถึงการคุ้มครองประโยชน์ของผู้กรณีด้วย คำขอในลักษณะนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี และกรณีขอให้คุ้มครองประโยชน์ ซึ่งกรณีนี้ผู้ยื่นคำขออาจเป็นผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีหรือบุคคลอื่นก็ได้ โดยยื่นคำขอในเวลาใดก็ได้ก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี วัตถุประสงค์ก็เพื่อให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอ หรือเพื่อประโยชน์ในการบังคับตามคำพิพากษาเมื่อคดีสิ้นสุด เมื่อยื่นคำขอมาแล้วการพิจารณาคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนี้จะต้องกระทำโดยองค์คณะ โดยไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี เว้นแต่องค์คณะจะเห็นสมควรให้มีคำแถลงการณ์ ในกรณีดังกล่าวคำแถลงการณ์นั้นจะกระทำด้วยวาจาก็ได้ ศาลอาจสั่งให้ตามคำขอหรือยกคำขอก็ได้ กรณีสั่งไม่รับหรือยกคำขอ คำสั่งนั้นจะถือเป็นที่สุด¹¹¹

¹¹¹ จาก ศาลปกครอง คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (น. 108), โดย กฤตยชญ์ ศิริเขต, 2544, กรุงเทพฯ: วิทญ์พัฒน์.