

## บทที่ 2

### ความเป็นมาและแนวความคิดของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ

#### ราชการทางปกครองและการบังคับทางปกครอง

ความเป็นมาและแนวความคิดของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ต้องกล่าวถึงความ เป็นมาและแนวความคิดของกฎหมายต่างประเทศก่อน ซึ่งในบทนี้จะเป็นการศึกษาความเป็นมาและ แนวคิดของการบังคับทางปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี

#### ความเป็นมาและแนวความคิดของการบังคับทางปกครองของต่างประเทศ

ในประเทศไทยนั้นมีการปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐ คือการปกครองที่ต้องกระทำโดยใช้ กฎหมายในการปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้จะต้องมีกฎหมายให้ อำนาจไว้จึงจะกระทำการนั้นได้ ดังเช่นการบังคับทางปกครองก็เช่นเดียวกันที่จะต้องมีการ หมาย รับมาตรการดังกล่าวด้วย และการบังคับทางปกครองนั้นก็เป็นเรื่องระหว่างรัฐที่จะออกคำสั่งให้ บุคคลใดปฏิบัติตาม โดยที่ฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่า ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของรัฐซึ่ง ทางรัฐเองก็มีหน้าที่เพื่อจัดทำบริการ สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์มหาชนโดยการดำเนินการ ดังกล่าวมีการจัดที่มีหลายรูปแบบต่าง ๆ เช่น การรักษาความมั่นคงของประเทศ การจัดให้มีไฟฟ้า ประปาหรือสิ่งสาธารณูปโภคอื่น ๆ เป็นต้น

ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้กิจกรรมทางปกครอง บรรลุผล คำสั่งทางปกครองจึงเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเอกชน อย่างเป็นรูปธรรมมากที่สุด ซึ่งโดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองจะเป็นคำสั่งที่เป็นฐานของการบังคับ ทางปกครอง เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการบังคับทางปกครองที่เป็นกรณีเร่งด่วนเพื่อป้องกันการกระทำ ความผิดที่มีโทษทางอาญาหรือเพื่อป้องกันอันตรายหรือความเสียหายแก่สาธารณประโยชน์และรัฐ ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบแล้วผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ถ้าหากว่าคำสั่งนั้นไม่ถึงขนาดเป็น โฆษณาก็จะต้องมีการ ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น ถ้าหากว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามองค์กรฝ่าย

ปกครองสามารถที่จะบังคับบุคคลดังกล่าวเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะสำคัญ ซึ่งแตกต่างจากเอกชนตรงจุดที่ว่า ถ้าหากเอกชนกับเอกชนใช้สิทธิเรียกร้องระหว่างกันแล้ว การใช้สิทธิเรียกร้องจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องโดยศาล แต่ข้อพิพาทบางกรณีก็ให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองหรือโดยขอให้ศาลออกคำสั่ง

### 1. แนวคิดการบังคับทางปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การบังคับทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีหลักเกณฑ์ว่า คำสั่งทางปกครองมีสภาพสมบูรณ์ในตัวเอง และมีหลักให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบรรดานิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นชอบด้วยกฎหมาย เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง และแจ้งต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับทางปกครองของคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองจะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม และมีการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง หรือได้มีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งแล้วการโต้แย้งคำสั่งทั้งต่อฝ่ายปกครอง และต่อศาลก็ไม่มี การทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งแต่อย่างใด เว้นแต่ฝ่ายปกครอง หรือศาลจะมีคำสั่งทูลเกล้าการบังคับแล้ว ถ้าหากไม่มีการทูลเกล้าการบังคับ และผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทั้งปกครอง ฝ่ายปกครองชอบที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายกลางว่าด้วยการบังคับทางปกครองดังเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หลักการทั่วไปเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองจึงเป็นหลักที่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) หรือศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาวางบรรทัดฐานไว้ ส่วนหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายที่ใช้เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางปกครองจะบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้น ๆ

แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองไว้เป็นระบบเท่ากับกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ในส่วนการบังคับทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ซึ่งเป็นปัญหาของประเทศไทยนั้น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีปัญหาในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ คำสั่งที่กำหนดให้ชำระเงินของหน่วยงานของรัฐมีค่าเทียบเท่ากับหมายบังคับคดีของศาล หากไม่มีการชำระเงินภายในระยะเวลาที่กำหนดฝ่ายปกครองอาจมอบหมายให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับชำระหนี้ด้วยการยึดอายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินได้ เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ในกรณีดังกล่าว ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส กฎหมายมิได้กำหนดนิยามของการบังคับทางปกครองว่ามีความหมายอย่างไร แต่ในทางวิชาการได้มีความหมายว่าการดำเนินการของฝ่ายปกครองในกรณีที่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของนิติกรรมทางปกครองฝ่าฝืน

หรือไม่ปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครองเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครอง หรือทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นบรรลุวัตถุประสงค์เป็นรูปธรรมในทางปฏิบัติ

ในการบังคับการให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งศาลได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ หรือคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอันเป็นอภิสิทธิ์ก่อนการพิจารณาของศาล กล่าวคือเป็นสภาพที่จะให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะทำให้คำสั่งมีอำนาจบังคับใช้ก่อนถูกตรวจสอบโดยศาล หรืออำนาจที่สั่งไปแล้ว (Autorité de chose décidée) โดยเปรียบเทียบกับอำนาจของสิ่งที่ถูกพิพากษาไปแล้ว (Autorité de chose jugée) ของคำพิพากษาศาล (หมายความว่าคำสั่งต้องมีผลบังคับใช้ให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลที่จะต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา) (สุรพล นิธิไกรพจน์, 2545, หน้า 98-99)

แนวคิดในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่พิเคราะห์ผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองโดยแบ่งแยกการมีผลบังคับในตัวเองของนิติกรรมทางปกครองและอำนาจบังคับการได้เองโดยฝ่ายปกครองออกจากกันนี้เป็นแนวทางเดียวกันกับความคิดในระบบกฎหมายปกครองของบางประเทศ เช่น ประเทศสเปนและประเทศในแถบลาตินอเมริกาที่แบ่งแยกการมีผลบังคับในตัวเองของนิติกรรมทางปกครอง (Executividad) และการบังคับโดยฝ่ายปกครองเอง (Executoriedad) โดย “Executividad” ของนิติกรรมทางปกครอง คือการมีผลบังคับในตัวเองโดยทันทีและพร้อมที่จะถูกบังคับการ ส่วน “Executoriedad” คือการที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามนิติกรรมทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายของประเทศดังกล่าวก็ต้องมีข้อแตกต่างจากระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสตรงที่มี “กฎหมายกลาง” ที่ให้อำนาจเป็นการทั่วไปแก่ฝ่ายปกครองที่จะบังคับการตามนิติกรรมทางปกครองที่สร้างขึ้นตามกฎหมายต่าง ๆ ได้เองโดยฝ่ายปกครองจะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับการเฉพาะในกรณีที่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น ดังนั้น การบังคับการโดยฝ่ายปกครองจึงถือเป็น “วิธีปกติ” ในการบังคับตามนิติกรรมทางปกครอง ขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มี “กฎหมายกลาง” ที่ให้อำนาจเป็นการทั่วไปแก่ฝ่ายปกครองที่จะบังคับการโดยตรงได้เอง แต่ฝ่ายปกครองจะบังคับได้เองเฉพาะในกรณีที่บทบัญญัติกฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ดังนั้นในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส การบังคับการโดยตรงโดยฝ่ายปกครองจึงเป็น “วิธีการพิเศษ” (Procédée exceptionnel) ที่ใช้ได้เฉพาะบางกรณีเท่านั้น (ศุภวัฒน์ สิงสุวรรณ, 2552, หน้า 7-8)

ในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส กฎหมายได้ให้อำนาจของฝ่ายปกครองในการบังคับตามสิทธิเรียกร้องที่มีต่อบุคคลทั่วไปได้เอง ทั้งกรณีของสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ภาษีอากร (Impôts) หนี้ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์สาธารณะของแผ่นดิน (Créances) ที่เรียกว่า “หนี้ทั่วไป”

(Créances ordinaires) โดยกรณีของ “หนี้ทั่วไป” นั้น นิติบุคคลมหาชนมีอำนาจออกคำสั่งให้ชำระเงิน (Titre de perception) ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง (Décision administrative unilatérale) โดยนิติบุคคลมหาชนสามารถใช้วิธีการออกคำสั่งให้ชำระเงินเพื่อบังคับการตามสิทธิเรียกร้องในหนี้ทุกประเภท (créances de toute nature) ไม่ว่าจะเป็นหนี้ตามสัญญาหนี้ในมูลละเมิดเงินที่ต้องคืนฐานลาภมิควรได้ หรือเงินที่กำหนดในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ค่าธรรมเนียมการให้บริการ ค่าปรับทางปกครอง หรือโทษทางการเงินที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งให้ชำระตามกฎหมาย ดังนี้ หนี้ซึ่งเป็นฐานแห่งการออกคำสั่งให้ชำระเงินจึงครอบคลุมทั้งกรณีของหนี้ที่มีจำนวนแน่นอนแล้ว เช่น เงินค่าธรรมเนียมที่กฎหมายกำหนดและหนี้ที่เจ้าหน้าที่จะกำหนดจำนวนเงินให้เป็นที่ยืนยันในคำสั่งให้ชำระเงิน เช่น ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการเข้าดำเนินการแทนของฝ่ายปกครอง (สุภวัฒน์ สิงสุวรรณ, 2552, หน้า 30)

## 2. แนวคิดการบังคับทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในการบังคับทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ทั้งในระดับสหพันธ์ และระดับมลรัฐ โดยในระดับสหพันธ์ (Bund) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง ได้รับการบัญญัติไว้ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และในกฎหมายที่สำคัญได้แก่ ประมวลรัษฎากรส่วนในระดับมลรัฐ (Länder) นั้นก็มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองปรากฏอยู่ในกฎหมายที่ว่าด้วยการบังคับในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหพันธ์ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายด้านการบังคับทางปกครองของมลรัฐปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยตำรวจ และกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย เป็นต้น การดำเนินการบังคับทางปกครองในกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verealtungsvollstreckungsgesetz-VwVG) ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการบังคับทางปกครอง แต่ไม่ได้กำหนดนิยามคำว่า การบังคับทางปกครองไว้ แต่ในทางคำรานั้นได้อธิบายไว้ว่า (วรรณรี สิงโต, 2550, หน้า 1) หมายถึง การใช้คำสั่งทางกายภาพบังคับตามสิทธิเรียกร้องในทางกฎหมายมหาชน หรือความสัมพันธ์อื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างหน่วยงานของรัฐ องค์กรปกครองตนเอง หรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจในทางมหาชน และประชาชนผู้มีภาระหน้าที่ผูกพันต่อรัฐ หรือผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ภายใต้บังคับของรัฐ

มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ (VwVG) กำหนดให้การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินในทางปกครองของสหพันธ์รัฐและนิติบุคคลที่ใช้อำนาจในทางปกครองในระดับสหพันธ์รัฐอยู่ภายใต้

เงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแห่งสหพันธรัฐ ยกเว้นข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาทางปกครองหรือสิทธิเรียกร้องที่เป็นตัวเงินในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งก่อตั้งขึ้นจากความสัมพันธ์ในทางกฎหมายอื่นนอกจากกฎหมายปกครองซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เช่น การใช้สิทธิไล่เบี่ย (Rückgriff) ของหน่วยงานของรัฐต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก่อให้เกิดความเสียหายโดยมาตรา 34 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนี (GG) กำหนดรับรองการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐรวมถึงการใช้สิทธิไล่เบี่ย (Rückgriff) ของหน่วยงานของรัฐต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก่อให้เกิดความเสียหายย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้น กระบวนการดังกล่าวจึงไม่ควรมีการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน (Leistungsbescheid) อีกอย่างใดก็ตามมีข้อพิจารณาในทางปฏิบัติในปัจจุบันซึ่งนำไปสู่เหตุการณ์ที่ยากจะเข้าใจ กรณีที่หน่วยงานของรัฐสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอันเนื่องมาจากการผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งในแง่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรง (Unmittelbare Schädigungen) แก่ทรัพย์สินของทางราชการ หรือความเสียหายโดยอ้อม (Mittelbare Schädigungen) เบี่ย (Rückgriff) ต่อเจ้าหน้าที่ดังกล่าวโดยการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน เพื่อเรียกคืนค่าเสียหายที่หน่วยงานของรัฐได้ชำระแก่ผู้เสียหาย จากบทบัญญัติมาตรา 34 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนี (GG) บัญญัติการใช้สิทธิดังกล่าวในอำนาจของศาลยุติธรรมจึงเป็นกรณีตามมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแห่งสหพันธรัฐ (VwVG) ซึ่งกำหนดยกเว้นไม่นำการบังคับทางปกครองตามกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับแก่กรณีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม อนึ่งจึงมีข้อความคิดเกี่ยวกับการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระบบการใช้สิทธิเรียกร้องของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในทางปฏิบัติอาจจะต้องมีความก้าวล่วงของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อแก้ไขมาตรา 34 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี (GG) นอกจากนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแห่งสหพันธรัฐ (VwVG) ไม่กระทบต่อการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามประมวลรัษฎากร กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม (Sozialversicherungsrecht) การประกันการว่างงาน (Arbeitslosenversicherung) และระเบียบการบริหารศาลยุติธรรม (Justizbetriebsordnung) และกรณีของวัตถุแห่งการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐที่มีต่อประชาชนจะต้องเป็นสิทธิเรียกร้องที่เป็นตัวเงินตามความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน เช่น ค่าภาษีอากร เงิน

ประกันสังคม ค่าธรรมเนียม ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld) หรือค่าบำรุงต่าง ๆ หรือการบังคับตามสิทธิเรียกร้องเพื่อชดเชย (Arsfleichsforderung) เช่น ค่าเสียหายในทางปกครอง การเรียกคืนเงินที่จ่ายไปเกิน การคืนลาภมิควรได้ในทางปกครอง ค่าใช้จ่ายในการเข้ากระทำการแทน (Erstazvornagme) หรือค่าใช้จ่ายในการบังคับทางปกครองโดยตรง (Ummittelbarer Zwang) (วารสาร สิทธิ, 2550, หน้า 20-21) เป็นต้น

## ความเป็นมาและแนวคิดของการบังคับทางปกครองของประเทศไทย

การบังคับทางปกครองของประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งเป็นแนวคิดทั่วไปที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับในการบังคับทางปกครองอันได้แก่ หลักความยุติธรรม หลักนิติรัฐ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักประชาธิปไตย

### 1. แนวคิดของกฎหมายต่างประเทศอันมีอิทธิพลต่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย

#### 1.1 หลักความยุติธรรม

ความยุติธรรมเป็นหลักกฎหมายหลักแรกและเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่จะต้องต่อสู้กับเจตนาร้ายและความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ หลักความยุติธรรมจะเป็นมาตรฐานตัวอย่างให้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ต่อประชาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องยอมรับว่าหลักความยุติธรรมนี้เป็นงานอย่างหนึ่งของรัฐ เนื่องจากหลักความยุติธรรมในตัวเองเป็นหลักที่มีความหมายกว้างและการตีความค่อนข้างจะเป็นไปตามอัธยาศัย การที่จะนำหลักความยุติธรรมไปใช้ประโยชน์ในการวินิจฉัยสั่งการให้เหมาะสมจะต้องทำให้หลักความยุติธรรมเป็นรูปธรรมขึ้น ฉะนั้นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ทำให้การกระทำของตนวางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วนและวินิจฉัยสั่งการตามข้อเท็จจริงดังกล่าว อันตรายที่มีต่อความยุติธรรมเพราะความที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียคือการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ได้วางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วนและวินิจฉัยสั่งการตามข้อเท็จจริงดังกล่าว อันตรายที่มีต่อความยุติธรรมเพราะความที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียคือการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้วางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วน การที่จะต้องป้องกันอันตรายดังกล่าวก็โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงและความเห็นของผู้มีส่วนได้เสียเพื่อให้คำวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองวางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วนที่สุด การรับฟังผู้มีส่วนได้เสียจึงเป็นขั้นตอนหนึ่งในการทำความ

ยุติธรรมให้เป็นรูปธรรม หลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเจ้าของเรื่องและเรื่องการรับฟัง เป็นหลักวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่สำคัญของการสร้างความยุติธรรม

### 1.2 หลักนิติรัฐ (Daa Rechtsstaatsprinzip)

ภายหลังจากการปฏิวัติสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ได้มีการเผยแพร่แนวความคิดเสรีนิยมเข้ามาในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยเน้นถึงการคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากแนวคิดเสรีนิยมและการทำความเข้าใจในเรื่องรัฐในการออกกฎหมายที่จะต้องมีเหตุมีผลทำให้เกิดความคิดเกี่ยวกับนิติรัฐ คำว่านิติรัฐได้จากการศึกษาทางวิชากฎหมายในปลายศตวรรษที่ 18 และตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 19 ก็ได้มีการใช้คำนี้อย่างแพร่หลาย นิติรัฐในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 หมายถึงรัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุมีผลโดยรัฐมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชนทุกคน อำนาจของรัฐจะมีขอบเขตจำกัดลงเมื่อเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน และจะต้องมีองค์กรเป็นกลางกำกับดูแลการที่รัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ความคิดเรื่องนิติรัฐในศตวรรษที่ 20 ยกเว้นในช่วงสมัยนาซีแนวโน้มน่าว่าการกระทำของรัฐทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหรืออธิบายด้วยกฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจภายใต้กฎหมายด้วยการออกแบบกฎหมายปกครองที่กำหนดให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม ขณะที่ประชาชนในรัฐที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จ (รัฐเป็นทั้ง (1) ผู้คุ้มครอง (2) ผู้จัดหาให้ (3) ผู้ดำเนินธุรกิจเอง (4) ผู้ควบคุมเศรษฐกิจ (5) เป็นคนกลางในการตัดสินข้อพิพาท) ได้รับการปฏิบัติในฐานะผู้อยู่ใต้ปกครองเป็นวัตถุในทางปกครอง แต่ประชาชนในนิติรัฐจะได้รับการปฏิบัติในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย นิติรัฐจะมีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชนเป็นสังคมที่ปกครองโดยอำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชนเป็นสังคมที่ปกครองโดยกฎหมาย มิใช่ปกครองโดยมนุษย์เพียงอย่างเดียว

ความคิดเรื่องนิติรัฐอยู่ที่เบื้องหลังผลักดันให้เกิดหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้เป็นรูปเป็นร่างมีแก่นสารตัวปัญหาที่อยู่ศูนย์กลางคือการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ อำเภอใจ คือ พฤติกรรมอย่างหนึ่งที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและขัดแย้งกับหลักกฎหมาย ในนิติรัฐความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมาย การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย การประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชนและการที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการต่าง ๆ ต่อประชาชนอย่างเสมอหน้า คือมาตรการในการจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

### 1.3 หลักศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์

ในทางประวัติศาสตร์ความคิดเรื่องศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์มาจากการเกิดความคิดเสรีนิยมของประชาชนที่ในอดีตกาลรัฐไม่เคยให้ความเคารพในสิทธิหรือเกียรติของประชาชนเลย กลับกลายเปลี่ยนความคิดมาเป็นว่ารัฐไม่มีอำนาจที่จะกระทำการใดอันเป็นการละเมิดต่อความมีเกียรติประชาชนในการดำเนินชีวิตส่วนตัวหรือในสังคม

มนุษย์อาจจะไม่ถูกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นเพียงวัตถุของวิธีพิจารณา ประโยคดังกล่าวข้างต้นคือความหมายศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ในวิธีพิจารณาทุกประเภท แนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐของเยอรมนีเรียกร้องในประเด็นเรื่องศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ว่า ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติต่อสิทธิของประชาชนอย่างรอบคอบ ประชาชนแต่ละคนมิใช่เป็นเพียงวัตถุอย่างหนึ่งของคำพิพากษาของศาล แต่ประชาชนแต่ละคนจะต้องมีสิทธิที่จะแถลงชี้แจงข้อเท็จจริงอันเป็นส่วนหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ทำนองเดียวกันจะกระทำการอันใดเป็นการก้าวล้ำไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือปฏิเสธที่จะก่อสิทธิให้กับประชาชน โดยที่ยังมิได้มีข้อเท็จจริงที่รอบด้านเพียงพอ นั้นมิได้หรือจะกระทำต่อประชาชนในลักษณะที่เป็นวัตถุสิ่งของในการบริหารกฎหมายมิได้

หลักการให้ความเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ในวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้แก่ หลักความไม่มีส่วนได้เสีย หลักการรับฟัง หลักการต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย

#### 1.4 หลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตย ได้แก่

(1) ความมีส่วนร่วมของประชาชน หน้าที่ของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นเมื่อสังคมต้องการให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งจากรัฐเพื่อให้เกิดดุลแห่งสิทธิหรือประโยชน์และดูแลมิให้ประชาชนรวมตัวกันเองเข้าต่อสู้ซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นต้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาวินิจฉัยในกิจการต่าง ๆ ของรัฐ

(2) การควบคุมโดยประชาชน ภายใต้หลักนิติรัฐ ฝ่ายปกครองจะถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาล แต่ภายใต้หลักประชาธิปไตยฝ่ายปกครองจะถูกตรวจสอบโดยประชาชนผู้ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายปกครอง

(3) การที่ประชาชนยอมรับปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองในรัฐประชาธิปไตยนั้น เน้นในหลักการเรื่องการปกครองด้วยความยินยอมของประชาชน จึงต้องให้ความสำคัญต่อการที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการออกคำสั่งทางปกครองและยอมรับปฏิบัติตามด้วยความสมัครใจ



โดยสรุปหลักวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งส่งเสริมให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย ได้แก่

1) หลักความไม่มีส่วนได้เสีย การควบคุมโดยสาธารณชนและการพิจารณาโดยเปิดเผยจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบเรื่องนั้น ๆ ไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะหากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตัวแล้วความย่อมปรากฏต่อสาธารณชนนั่นเอง

2) หลักการรับฟังผู้ที่เกี่ยวข้องการที่ประชาชนผู้ที่เกี่ยวข้องได้เข้าร่วมในวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนในฐานะเป็นคู่ความ โดยการรับฟังก่อนที่จะสั่งการใด ๆ ให้โอกาสเขาที่จะแสดงความคิดเห็นเสนอข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย สิ่งนี้จะเป็นประโยชน์ต่อระบบการปกครองอย่างยิ่ง

3) หลักการต้องให้เหตุผล ส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของหลักประชาธิปไตยที่เรียกร่องให้มีวิธีพิจารณาที่เปิดเผยอย่างน้อยที่สุดจะต้องเปิดเผยต่อประชาชนผู้ที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสีย คือ การกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองจะต้องให้เหตุผลประกอบการสั่งการภายใต้หลักประชาธิปไตยนั้นการที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติราชการโดยชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นการเพียงพอ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาและเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยว่าตนออกคำสั่งชอบด้วยกฎหมายอย่างไร ดังนั้นในกรณีที่เหตุแห่งการวินิจฉัยสั่งการไม่อาจเห็นได้อย่างชัดเจนแล้วจำเป็นอย่างยิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้เหตุผลประกอบการสั่งการเพื่อให้ประชาชนมีความเข้าใจ ตลอดจนร่วมรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย (กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 2553, หน้า 103-109)

## 2. ความเป็นมาและวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทย

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้บัญญัติในส่วนของ การบังคับทางปกครองของไไทยนั้น ในมาตรา 55 ถึงมาตรา 63 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวถือเป็นกฎหมายกลางในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการบังคับทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องผ่านองค์กรศาลก่อนเพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการบังคับทางปกครองซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ของไไทยนั้นได้นำแนวคิดมาจากกฎหมายต่างประเทศที่ถือว่ามีการพัฒนาทางด้านกฎหมายมหาชนเป็นอย่างมาก ทั้งจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยนำมาปรับ

รวมเป็นพระราชบัญญัติดังกล่าวของไทย ซึ่งมาตรการบังคับทางปกครองของไทยนั้นก็แบ่งเป็น เช่นเดียวกับของต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ของไทยนั้น การบังคับชำระหนี้ในส่วนของภาษี อาัยคและการขายทอดตลาดทรัพย์สินต้องนำ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแก่กรณีดังกล่าวนี้ด้วยทำให้เกิดปัญหาว่า สามารถนำมาใช้บังคับได้เพียงใดในทางปกครอง ซึ่งเป็นปัญหาที่เราต้องศึกษาต่อไป

2.1 ความเป็นมาและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ของประเทศไทย

(1) ศาสตราจารย์ชัชววัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้กล่าวถึงความเป็นมาของการจัดทำ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในต่างประเทศไว้ พอสรุปได้ว่า การจัดทำกฎหมาย ดังกล่าวเริ่มมีขึ้นครั้งแรกในประเทศสเปนในปี ค.ศ.1889 แต่มีสาระที่ครอบคลุมกิจกรรมทาง ปกครองเพียงบางเรื่อง ต่อมาในประเทศออสเตรียมีการจัดทำ “Federal Law on General Administrative Procedure” ใน ค.ศ.1925 โดยรวมการจัดองค์กรทางปกครอง วิธีพิจารณา กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และการบังคับทางปกครองเข้าไว้ในฉบับเดียวกัน ส่วนประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในระดับมลรัฐก็เคยมีกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของมลรัฐมา ตั้งแต่ ค.ศ.1926 และหลายมลรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็สนใจในการจัดทำร่างกฎหมาย ประเภทนี้มาโดยตลอด แต่ไม่สำเร็จออกมาเป็นกฎหมาย อย่งไรก็ตาม หลายประเทศในยุโรปกลาง ได้จัดทำกฎหมายประเภทนี้ขึ้นมาในช่วงเวลาดังกล่าว สงครามโลกครั้งที่สองและได้มีการจัดทำ กฎหมาย “Administrative procedure Act” ขึ้นใน ค.ศ.1946 แนวคิดสำคัญของสำนักกฎหมาย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการจัดทำกฎหมายลักษณะนี้ได้แพร่หลายไปในกลุ่มประเทศลาติน อเมริกาที่เน้นการพัฒนากระบวนการปกครองด้วย ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพ็งมี กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์ในปี ค.ศ.1976

(2) สำหรับประเทศไทยนั้น ในอดีตที่ผ่านมากฎหมายฉบับต่าง ๆ ก็มีหลักเกี่ยวกับ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอยู่บ้างแล้ว เช่น วิธีการอุทธรณ์ ระยะเวลาอุทธรณ์หรือการออกคำสั่ง หรือกฎ แต่ยังมีรายละเอียดและหลักเกณฑ์ที่ไม่เหมาะสมเพราะในการจัดทำร่างกฎหมายในอดีตไม่ ค่อยให้ความสำคัญแก่เรื่องนี้

(3) ต่อมาในสมัยรัฐบาลที่มีนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอให้มีการจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยให้ใช้กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นแนวทาง รัฐบาลก็ได้เห็นชอบในหลักการ

และมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติ ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ... ต่อสภาผู้แทนราษฎร

จนในที่สุดร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับได้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาและ ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วโดยพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 มีผลบังคับใช้แล้ว ตั้งแต่วันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ.2539 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ.2540

## 2.2 สารสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็น “กฎหมายกลาง” ที่ใช้ บังคับกับ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ตามกฎหมายไทยต่าง ๆ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ดังนี้

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดใน พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่ กำหนดในกฎหมาย

โดยมีบทนิยามคำว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” “เจ้าหน้าที่” และ “คำสั่งทาง ปกครอง” ไว้ดังนี้

“วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของ เจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตาม พระราชบัญญัตินี้

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับ มอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐ หรือไม่ก็ตาม

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของ สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การ อนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

### หลักการที่สำคัญ

(1) ประการที่หนึ่ง ก่อนที่เจ้าหน้าที่จะมีคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดที่จะมีผลกระทบสิทธิของบุคคลใด เช่น จะมีคำสั่งไม่อนุมัติ ไม่อนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งระงับการดำเนินการต่าง ๆ ของบุคคลใด เจ้าหน้าที่จะต้องเปิดโอกาสให้บุคคลนั้นได้ทราบข้อเท็จจริง และมีโอกาสชี้แจงหรือโต้แย้งคัดค้านให้ได้เสียก่อน เช่น ก่อนที่เจ้าหน้าที่จะสั่งเพิกถอนใบอนุญาตดำเนินการของโรงงานจะต้องแจ้งให้เจ้าของโรงงานทราบเสียก่อนเพื่อเปิดโอกาสให้มาชี้แจงหรือแสดงหลักฐานโต้แย้งในเรื่องนั้น

(2) ประการที่สอง เมื่อได้รับฟังคำชี้แจงหรือคำโต้แย้งคัดค้านของเอกชนที่จะถูกกระทบสิทธิจากคำสั่งดังกล่าวข้างต้นแล้ว ถ้าเจ้าหน้าที่ยังเห็นว่าการมีคำสั่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้วเจ้าหน้าที่ก็มีอำนาจที่จะมีคำสั่งดังกล่าวได้ แต่จะต้องให้เหตุผลไว้ด้วยว่าที่ต้องมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของผู้นั้นอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญอะไร มีข้อกฎหมายที่อ้างอิง มีข้อพิจารณาและสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจอย่างไร เพื่อให้ผู้รับคำสั่งจะได้เข้าใจและสามารถใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านต่อไปได้

(3) ประการที่สาม ในการมีคำสั่งดังกล่าวข้างต้น นอกจากจะต้องให้เหตุผลแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐยังจะต้องแจ้งให้เอกชนผู้นั้นทราบด้วยว่าเขามีสิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งดังกล่าวต่อไปได้ หรือไม่และจะต้องดำเนินการต่อไปอย่างไร

(4) ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายบริหารไว้เป็นการเฉพาะ ถ้าผู้รับคำสั่งประสงค์จะใช้สิทธิอุทธรณ์ จะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

(5) ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองพิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว

ถ้าเจ้าหน้าที่ไม่เห็นด้วย ก็ให้รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว

ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2551, หน้า 3)

### หลักการพื้นฐานที่สำคัญของการบังคับทางปกครอง

หลักนิติรัฐ หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หลักคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หลักบริการสาธารณะ และหลักห้ามเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ ล้วนแล้วแต่เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ ทั้งเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับในการบังคับทางปกครองของประเทศที่เจริญก้าวหน้าในกฎหมายปกครอง

### 1. หลักนิติรัฐ (Legal State)

ในการดำเนินกิจการทางปกครองในนิติรัฐนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง หลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครองที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นหลักที่นอกจากจะสกัดออกมาจากบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายปกครองระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ แล้วยังเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่เจริญก้าวหน้าในทางกฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2546, หน้า 29)

#### 1.1 ความหมายของนิติรัฐ

“นิติรัฐ” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Legal State” ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “Etat de Droit” และภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Rechtsstat” คำว่านิติรัฐ ได้มีการศึกษาทางวิชาการในปลายศตวรรษที่ 19 ตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 19 ได้มีการใช้คำนี้อย่างแพร่หลาย นิติรัฐในช่วงศตวรรษที่ 19 หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลในศตวรรษที่ 19 นี้ นิติรัฐมิได้หมายถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐแต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการกระทำ เป้าหมาย หรือเนื้อหาของรัฐในรูปธรรม

คำสอนว่าด้วยนิติรัฐแนวใหม่เป็นความพยายามที่จะนำข้อเรียกร้องทั้งหลายของหลักนิติรัฐที่ได้รับการพัฒนามาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 มารวบรวมไว้ทั้งหมด ดังนั้นการอธิบายความหมายของหลักนิติรัฐในช่วงหลังจึงเป็นการให้ความหมายว่า "หลักนิติรัฐ" ประกอบหลักการย่อย ๆ ใดบ้างอย่างเช่น Hartmut Maurer เห็นว่าหลักการย่อยของหลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักย่อยต่าง ๆ หลัก ก. คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) ข. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung) ค. หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ (Die Rechtsbindung der staatlichen organe) ง. หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์การตุลาการ (Rechtsschutz) จ. หลักความรับผิดชอบของรัฐ (Staashaftung) ช. หลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา (Rechtsstaatliche Strafrechtsund Strafprozessrechtsgrundsätze) ซ. หลักความมั่นคงของกฎหมาย (Rechtssicherheit) และ ฉ. หลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) (บรรเจ็ด สิงคะเนติ, 2552, หน้า 21)

แต่ความหมายของ “นิติรัฐ” นั้นก็มีคำนิยามของคำดังกล่าวจำกัดความหมายได้ดังที่จะกล่าวต่อไป

นิติรัฐ หมายถึง รัฐซึ่งรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนเห็นสมควร ดังนั้นรัฐประเภทนี้เป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัด โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด (สมยศ เชื้อไทย, 2549, หน้า 127)

ดังนั้นหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ทั้งนี้ไม่ว่าจะพิจารณาจากหลักการย่อยใดหลักของนิติรัฐล้วนแต่มีความประสงค์เพื่อที่จะจำกัดขอบเขตอำนาจของรัฐหรือเพื่อถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในสภาพการที่อำนาจรัฐมีจำกัดถูกผูกพันต่อกฎหมาย รวมทั้งถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมทำให้สิทธิของปัจเจกบุคคลได้รับความคุ้มครอง (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552, หน้า 32) หลักนิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในสิทธิ ปัจเจกนิยมและรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพในฐานะนี้รัฐจึงเป็นคนรับใช้สังคม โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียวคือ ยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราใบที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกพันรัฐอยู่เสมอและ โดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กร (Organ) ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนการที่รัฐจะจำกัดเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้นกรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร (หยุด แสงอุทัย, 2538, หน้า 123-124)

แต่ทั้งนี้ในคำนิยามความหมายดังกล่าวก็ไม่อาจเข้าใจหลักนิติรัฐได้อย่างชัดเจน การนิยาม “นิติรัฐ” ที่ให้เข้าใจได้ชัดเจนนั้นอาจจำต้องอธิบายโดยเทียบกับ “รัฐตำรวจ” ดังที่นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสชื่อ กาลเร เดอแมลแบร์ ได้ให้คำอธิบายหลักดังกล่าวไว้ดังนี้ ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นที่จะดำเนินการมาตรการอะไรก็ได้ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อบรรลุผลวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่า “วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด” ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้นจะทำอย่างไรก็ได้ (La Fin Justifie desmoyen) ตรงกันข้ามกับ “นิติรัฐ” (Etat de Dtoit) หรือ (Rechtsstat) ซึ่งเป็นรัฐซึ่งต้องยอมตนอยู่ในระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อ

คุ้มครองสถานะของปัจเจกชนโดยรัฐยอมตนอยู่ในกฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัยคือ กฎเกณฑ์ประการแรกกำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและหลักเกณฑ์ประการที่สองที่กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลรวมนั้นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐโดยการใช้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนดลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของหลักนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นกระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้เว้นแต่จะมีกฎหมายรัฐสภาตราขึ้น (Loi) ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้นนิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ปัจเจกชนสามารถนำไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อเพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้ยกเลิกการกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้นระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมืองและวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบและที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย ดังที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า นิติรัฐ คือ รัฐภายใต้กฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ อันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจและในการปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐนั้นจะต้องมีหลักของความชอบด้วยกฎหมายอยู่ด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวสามารถอธิบายได้ดังนี้

## 2. หลักความชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐ

ใน “นิติรัฐ” การกระทำของรัฐทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหรืออธิบายด้วยกฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจใต้กฎหมาย นิติรัฐมีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชน เป็นสังคมที่ปกครองโดยกฎหมาย หน้าที่ของนิติรัฐคือ รัฐที่รับใช้ประชาชน ดังนั้นเมื่อมองว่านิติรัฐคือหลักที่ว่า

ด้วยรัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้นแล้วก็หมายความว่า

ประการแรก การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องมีกฎหมายเป็นรากฐาน ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากจะมีกฎหมายเป็นรากฐานของการกระทำหรือใช้อำนาจแล้วยังมีหลักต่อไปว่า การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากผิดไปจากที่กำหนดไว้ เราก็ถือว่ากระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย นี่คือหลักกฎหมายที่เรียกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ (Principe de la légalité)

ประการที่สอง หากรัฐหรือองค์กรของรัฐฝ่าฝืนกฎหมายที่ตนตราขึ้นจะต้องมีกลไกและกระบวนการที่บุคคลสามารถทำให้กระบวนการกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นไร้ผลไป และหากความเสียหายเกิดแก่บุคคลก็สามารถเรียกให้รัฐหรือองค์กรของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้ เราเรียกมิติที่สองนี้ว่า “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐ” ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งหลายอาจมอบภาระการควบคุมไว้ที่ศาล ซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรม (อย่างในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา) หรือศาลพิเศษ เช่น ศาลปกครอง (อย่างในสาธารณรัฐฝรั่งเศสหรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) ก็ได้และการให้ม็องค์กรและกระบวนการวินิจฉัยในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีผลตลอดจนให้ชดเชยค่าเสียหายนี้เองที่ทำให้ “นิติรัฐ” มีประสิทธิภาพบังคับจริงจังไม่ใช่เป็นหลักการบนกระดาษเท่านั้น จะเห็นได้ว่าในนิติรัฐด้วยการกระทำของรัฐการควบคุมการกระทำของรัฐให้มีความชอบด้วยกฎหมายก็มีวิธีการดังต่อไปนี้

### 1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ

การกระทำทางนิติบัญญัติ คือ การใช้อำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมายหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติในนิติรัฐมีอยู่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ เว้นแต่ในรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้และกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ต้องออกโดยประชาชนหรือองค์กรหรือผู้แทนของประชาชน

### 2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ

การกระทำทางตุลาการ คือ การใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดกรณีต่าง ๆ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการในนิติรัฐ คือ มีหลักประกันความเป็น



อิสระของตุลาการเพราะตุลาการเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเลิกหรือเพิกถอน การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางบริหาร

ฝ่ายบริหารอาจแยกได้เป็นสองส่วน คือ รัฐบาลกับฝ่ายปกครองซึ่งอาจเรียกการกระทำ ของฝ่ายบริหารทั้งสองส่วนได้ว่า การกระทำของรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง เฉพาะ หลักการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลัก ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำมีหลักว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการ ปฏิบัติการทางปกครองหรือหลักนิติกรรมทางปกครองที่จะกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนต้องมี กฎหมายให้อำนาจและถ้าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีกระบวนการควบคุม เช่น ถ้านิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน และถ้ามีความ เสียหายเกิดขึ้นแก่เอกชนฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบด้วย หากเป็นการปฏิบัติการทางปกครองที่มีชอบ ด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปโดยรวมได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย เป็นข้อ เรียกร้องอีกประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยสาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายมีอยู่ว่า การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจและมีกระบวนการในการ ควบคุมการกระทำของรัฐที่มีชอบด้วยกฎหมายด้วย (มานิตย์ จุมปา, 2548, หน้า 61-71)

**3. เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Les Prerogative de Puissance Publique) (นันทวัฒน์ พร- มานันท์, 2543, หน้า 109-112)**

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง (Les Prerogative de Puissance Publique) พบได้ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองประเภทต่าง ๆ เช่น การเวนคืน การยึดทรัพย์สิน การเข้าครอบครองทรัพย์สินของเอกชนเป็นการชั่วคราว การลงโทษหรือเป็นเอก สิทธิ์ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง เช่น การไม่สามารถยึดทรัพย์สินของฝ่ายปกครองได้ เป็นต้น จะสังเกตได้ว่าการบริการสาธารณะทุกประเภทที่จัดทำหรือกำกับดูแลโดยฝ่ายปกครอง จะ อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนและมีอำนาจพิเศษดังกล่าวอยู่ในบริการสาธารณะนั้น ๆ อย่งไรก็ตาม ไม่เพียงแต่เฉพาะบริการสาธารณะที่จัดทำหรือกำกับดูแลโดยฝ่ายปกครองเท่านั้น ฝ่ายปกครอง จึงจะมีอำนาจพิเศษใช้บังคับได้ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนก็อาจได้รับหรือมีอำนาจพิเศษ ของฝ่ายปกครองได้ในบางกรณี เช่น การเวนคืนเพื่อสาธารณะประโยชน์ของเอกชนที่จัดทำกิจกรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะก็สามารถทำได้ เป็นต้น

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองถือเป็นตัวชี้โดยปริยายว่า กิจกรรมใดเป็นกิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะได้ โดยบริการสาธารณะใดที่มีผู้จัดทำและหากมี ปัญหาเกิดขึ้นก็จะอยู่ในอำนาจวินิจฉัยของศาลปกครองเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแม้ว่าจะไม่ใช่ วิธีการที่ถูกต้องและชัดเจนที่จะชี้ให้เห็นกิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะ แต่ก็เป็นเรื่องชี้โดย ปริยาย ทั้งนี้ เนื่องจากเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้น โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะมีการใช้ อำนาจนี้ได้ ดังนั้น หากบริการสาธารณะใดมีการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองได้ก็ย่อมแสดงให้เห็น ว่าบริการสาธารณะนั้นเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นมรดกตกทอดมาจาก การปกครองแบบราชาธิปไตยหรือสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กล่าวคือ พระมหากษัตริย์และบรรดาขุน นางต่างก็มีอำนาจพิเศษเหนือเอกชน โดยเอกชนไม่สามารถโต้แย้งได้และต่อมาเมื่อเกิดการปฏิวัติ ครั้งใหญ่ขึ้นในปี ค.ศ.1798 ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองประเทศจากระบอบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย มีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจธิปไตย ออกเป็น 3 องค์กร คือ องค์กรที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติ องค์กรที่ทำหน้าที่บริหารและองค์กรที่ทำหน้าที่ ตุลาการ โดยองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารมีฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการ ซึ่งในการดำเนินการของฝ่าย ปกครองนี้แม้จะอยู่ภายใต้กฎหมายที่เท่าเทียมกับเอกชนก็ตาม แต่ต่อมาได้มีการให้อำนาจพิเศษหรือ เอกสิทธิ์บางประการแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เนื่องจากหาก ฝ่ายปกครองอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกับเอกชนแล้วฝ่ายปกครองจะไม่สามารถจัดทำบริการ สาธารณะได้อย่างสะดวก รวดเร็วและเกิดผลดีต่อประชาชนได้จึงเกิดการให้อำนาจพิเศษบาง ประการแก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้โดยไม่ ชักช้าและสำเร็จลุล่วงได้เป็นอย่างดี การใช้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง และจากคำวินิจฉัยของศาล ปกครองที่ได้สร้างหลักดังกล่าวไว้ในระบบกฎหมายมหาชนสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งวัตถุประสงค์ที่ สำคัญในการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษก็คือเพื่อให้จัดทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองดำเนินการได้ อย่างต่อเนื่องและรวดเร็วสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน และเกิดผลดีต่อประ โยชน์ สาธารณะ

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ดังต่อไปนี้ คือ

1) คำสั่งที่มีผลบังคับทันที (Théorie de la Décision Exécutoire) เอกชนจะมิ ความสัมพันธ์กับเอกชนด้วยกันได้ก็แต่โดยความสมัครใจของกลุ่ม หรือโดยการดำเนินการของ ศาล ในขณะที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวของตนสร้างความสัมพันธ์ขึ้นได้โดยไม่ต้อง

รอให้เอกชนคู่กรณีตกลงใจหรือไม่ต้องรอให้ศาลสั่งก่อนอำนาจฝ่ายเดียวที่ฝ่ายปกครองใช้ในการสั่งการนี้เป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการกระทำการฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องขอศาลสั่ง (Privilège du préalable) ซึ่งหมายถึง เมื่อฝ่ายปกครองมีคำสั่งออกไปคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นก็มีผลทันที คำสั่งที่มีผลบังคับทันทีฝ่ายปกครองจะนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองทั้งหมดมีรูปแบบที่แตกต่างกัน เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (Les actes réglementaires) อันได้แก่ การวางกฎเกณฑ์ที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไปซึ่งได้แก่ อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร (Pouvoir réglementaires) ที่ไม่ว่าจะเป็นประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ก็สามารถตรากฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล (Les actes individuels) อันได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งห้าม การอนุมัติ อนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น นอกจากนี้ อำนาจของตำรวจที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมก็ถือเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับทันทีเช่นกัน

2) สัญญาทางปกครอง (Contrat administratif) ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองทำสัญญากับเอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะบางประเภท สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองอยู่เหนือเอกชน เช่น อำนาจพิเศษในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวหรืออำนาจพิเศษในการเลิกสัญญาได้ในทุกเวลา เป็นต้น

3) อำนาจพิเศษเหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากภารกิจของฝ่ายปกครองเป็นภารกิจเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น ทรัพย์สินของรัฐที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะจึงต้องรักษาไว้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่ฝ่ายปกครองจะจัดทำบริการสาธารณะให้ได้ผลสมบูรณ์ตามความต้องการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมี "เครื่องมือ" หรือ วิธีการเป็นสำหรับใช้ในการจัดทำ ซึ่งได้แก่ มาตรการทางกฎหมายที่จะเป็นผู้บริหารและดำเนินการจัดบริการสาธารณะ ทรัพย์สินซึ่งนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งเอกสิทธิ์ทางปกครองหรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองซึ่งมีอยู่เหนือเอกชนและเป็นเครื่องมือที่สำคัญ ที่จะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปตามความประสงค์ของฝ่ายปกครอง

#### 4. หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2546, หน้า 40-41)

“ประโยชน์สาธารณะ” เป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจการทางปกครองหลักการในทางกฎหมายที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นหลักการที่อธิบายได้จากการยอมรับการปกครองในระบบประชาธิปไตยซึ่งปรากฏเป็นอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐไทยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 2 ในระบอบประชาธิปไตย การกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวง เพื่อสันติสุขและความดีงามร่วมกัน หลักการคุ้มครองประโยชน์ย่อมเป็นการหลักการสำคัญในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย ดังนั้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้เวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากปรากฏชัดว่าการเวนคืนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์คนใดคนหนึ่งได้ประโยชน์ ไม่ปรากฏว่าสาธารณะจะได้รับประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น คำสั่งเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม มีข้อพึงระวังว่าการกระทำทางปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะนั้น อาจจะเป็นการกระทำที่ให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งพร้อมกันไปด้วยก็ได้ เช่น การที่รัฐให้ทุนการศึกษา หรือให้เงินอุดหนุนเกษตรกร กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าองค์กรฝ่ายปกครองดูแลพินิจค่อนข้างกว้างในการดำเนินการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองต่าง ๆ เงื่อนไขในการดำเนินการดังกล่าวก็คือ องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลตามสมควรว่าการกระทำของตนนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไร เช่น กรณีของการตัดสินใจให้เงินอุดหนุนเกษตรกรที่ปลูกยางพารา เพื่อกำหนดทิศทางเศรษฐกิจของประเทศ ย่อมถือว่าองค์กรฝ่ายปกครองกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากนาย ก ได้รับเงินอุดหนุนตามหลักเกณฑ์ที่ประกาศไว้ กรณีย่อมไม่ทำให้การให้เงินอุดหนุนเกษตรกรกลายเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลแต่อย่างใด

### 5. หลักบริการสาธารณะ

ในกฎหมายปกครองนั้นฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการกระทำกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะนี้ สามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) คือตำรวจทางปกครอง (Police administrative) กล่าวคือ เป็นการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจ “ควบคุม” เพื่อป้องกันมิให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมตำรวจทางปกครองเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้า เช่น ตำรวจจราจรออกกฎหมายจราจรเพื่อให้การเดินรถบนท้องถนนเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย หรือเจ้าพนักงานมีอำนาจในการพิจารณาออกใบอนุญาตหรือไม่ออกใบอนุญาต

เพื่อควบคุมการประกอบกิจการที่กฎหมายกำหนด หนึ่งผู้มีอำนาจในการเป็นตำรวจจราจรนี้อาจไม่ใช่อำนาจหน้าที่ตำรวจก็ได้ เพราะเรื่องทางตำรวจทางปกครองนี้ พิจารณาจากการใช้อำนาจหน้าที่ที่สำคัญ เช่น อธิปไตยต่าง ๆ เมื่อมีการออกกฎเกณฑ์ในอำนาจหน้าที่ของตนก็ถือว่าเป็นตำรวจทางปกครองเช่นเดียวกัน โดยที่ลักษณะของความสงบเรียบร้อยที่ตำรวจทางปกครองต้องป้องกันไม่ให้ถูกระทบนั้นมีอยู่ 3 ลักษณะ คือ

ก. ความสงบในถนน ในที่สาธารณะ

ข. ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน เช่น การป้องกันอุบัติเหตุ

ค. ความสะอาด เช่น การรักษาสิ่งแวดล้อม

โดยลักษณะแล้วตำรวจทางปกครองจะมีความแตกต่างจากตำรวจทางอาญา เพราะตำรวจทางอาญาเป็นการใช้อำนาจเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น ตำรวจจราจรจะจับกุมผู้ฝ่าฝืนกฎจราจรอันเป็นการใช้อำนาจในเชิงปราบปราม ลักษณะการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิของประชาชน อันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครอง) ซึ่งจะมีระบบการควบคุมคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะ และหากมีการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองนี้ก็จะนำไปฟ้องร้องกันยังศาลปกครอง ซึ่งต่างจากลักษณะการใช้อำนาจของตำรวจทางอาญา หากมีการโต้แย้งว่าการใช้อำนาจในฐานะตำรวจทางอาญาไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จำเป็นที่จะต้องร้องขอให้มีการดำเนินการทางวินัยกับเจ้าพนักงานผู้นั้น และอาจสามารถดำเนินคดีอาญารัฐานใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบยังศาลยุติธรรมได้

2) คือ การบริการสาธารณะ (Public service) บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยกิจกรรมบริการสาธารณะนั้นเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการควบคุมและรักษาความสงบเรียบร้อย ส่วนการบริการสาธารณะนั้นมีลักษณะเป็นการให้บริการ

#### 4.1 ความหมายและลักษณะของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นการตอบสนองความต้องการของประชาชน เช่น การคมนาคมขนส่ง การศึกษา การสาธารณสุข เป็นต้น สำหรับลักษณะบริการสามารถแบ่งได้ 2 ประการ คือ

1) บริการสาธารณะต้องเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะของสาธารณะ การที่คนทั้งหลายมาอยู่ร่วมกันก็หวังจะพึ่งพาซึ่งกันและกัน โดยมอบความไว้วางใจในการดูแลความสงบสุขนี้แก่รัฐ จากความคาดหวังนี้จะเห็นได้ว่าประชาชนมีความต้องการส่วนรวมใน 2 ลักษณะ

ก. เป็นความต้องการได้รับความปลอดภัยในการดำเนินชีวิต กิจกรรมที่ตอบสนองความต้องการลักษณะนี้ เช่น การรักษาความปลอดภัยภายในประเทศโดยตำรวจหรือการรักษาความปลอดภัยภายนอกประเทศโดยทหาร เป็นต้น

ข. เป็นความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต กิจกรรมที่ตอบสนองความต้องการลักษณะนี้ เช่น การคมนาคมขนส่ง การไฟฟ้า การประปา เป็นต้น

บริการสาธารณะจึงต้องเป็นกิจกรรมที่ตอบสนองความต้องการทั้งสองลักษณะของประชาชนในสังคม จากหลักการนี้ทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจดำเนินการใด ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของบุคคลใดบุคคลหนึ่งของสังคมได้เพราะจะไม่ถือว่าเป็นการทำหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) บริการสาธารณะต้องเป็นกิจกรรมที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในการบริการสาธารณะนี้อาจเป็นความรับผิดชอบโดยตรง คือ ฝ่ายปกครองลงมือทำบริการสาธารณะนั่นเอง เช่น กรมทางหลวงก่อสร้างทางเอง กรมสามัญศึกษาเปิดโรงเรียนแล้วดำเนินการ เป็นต้น หรืออาจเป็นความรับผิดชอบที่มอบหมายให้องค์กรอื่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ โดย เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชนอิสระ เป็นต้น หรืออาจเป็นเอกชน เช่น การให้สัมปทานแก่เอกชนให้เข้ามาสร้างถนน เป็นต้น

ดังนั้น บริการสาธารณะจะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข (ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2548, หน้า 402) ดังต่อไปนี้

1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึง กรณีนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตัวเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการและยังหมายรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

2) กิจกรรมดังที่กล่าวแล้วในข้อแรกจะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และตอบสนองความต้องการของประชาชน

#### 4.2 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

##### 1) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หมายความว่า บริการสาธารณะต้องกระทำต่อเนื่องอยู่ตลอดเวลา ไม่มีวันหยุด หากมีการหยุดชะงักของบริการสาธารณะย่อมก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน เช่น การให้บริการรถโดยสารประจำทาง หากไม่มีความต่อเนื่องหยุด

เสียแล้วประชาชนย่อมมีปัญหาติดขัดในการสัญจรไปที่ตามที่ต่าง ๆ หรือการให้บริการรถไฟฟ้า หากมีการหยุด ย่อมส่งผลเสียต่อกิจการต่าง ๆ ของเอกชนเป็นจำนวนมาก เป็นต้น

2) หลักความเปลี่ยนแปลงรายได้ของบริการสาธารณะให้ทันต่อความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ หลักความเปลี่ยนแปลงรายได้ของบริการสาธารณะให้ทันต่อความต้องการของประชาชนนั้นหมายความว่า บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองอันต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะความต้องการของประชาชนไม่นิ่งอยู่กับที่ หากแต่เปลี่ยนแปลงไปตามความเจริญของสังคม

3) หลักความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ

หลักความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ หมายความว่า บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายกับบริการสาธารณะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันจะมีการเลือกปฏิบัติไม่ได้ ความเสมอภาคนี้ครอบคลุมทั้งความเสมอภาคของประชาชนในการได้รับบริการสาธารณะ ความเสมอภาคของประชาชนในการได้รับบริการสาธารณะ เช่น ความเสมอภาคในการสมัครเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ และความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง เช่น ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ข้อ 20 กำหนดให้การซื้อหรือการจ้างที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของรัฐต้องกระทำโดยวิธีการประกวดราคา กรณีการซื้อการจ้างนั้นมีราคาเกิน 2,000,000 บาท เป็นต้น

#### 6. หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2546, หน้า 36-37)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร มาตรา 30 รับรองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลในการดำเนินการทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจหลุดพ้นความผูกพันตามหลักความเสมอภาคไปได้โดยเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิดังกล่าวจึงผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งหลายทั้งปวง

ในเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคมีลักษณะเป็นนามธรรมสูงกรณีอาจมีปัญหาให้ต้องพิเคราะห์ห้อยอยู่เสมอว่าการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิหรือไม่ หลักการเบื้องต้นในเรื่องดังกล่าวก็คือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันโดยอำเภอใจก็ไม่ได้เช่นกัน หรือการเลือกปฏิบัติหมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจ “เกณฑ์แห่งความต่าง” อันมีน้ำหนักสำคัญระหว่างสิ่งสองสิ่งหรือหลายสิ่งมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้ และมีปัญหาที่ต้องพิเคราะห์ต่อไปอีกว่าในกรณีองค์กรของรัฐสร้างนิติบุคคล

เอกชนขึ้นเพื่อปฏิบัติการกิจอย่างนิติบุคคลที่รัฐสร้างขึ้น เช่น ธนาคารพาณิชย์บางแห่งหรือบริษัทที่กระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่จะต้องผูกพันตามหลักความเสมอภาคหรือไม่ จะเห็นได้ว่า แม้จะเกิดในแดนกฎหมายเอกชนแต่ก็เป็นองค์กรของรัฐทำให้เกิดมีขึ้นในการดำเนินธุรกิจธนาคารหรือบริษัทเหล่านั้นย่อมต้องผูกพันกับหลักความเสมอภาคด้วยหากมีการละเมิดหลักการดังกล่าว องค์กรของรัฐที่กำกับดูแล หรือเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ต้องเข้ามาดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง

## หลักการกระทำทางปกครอง

### 1. หลักว่าด้วยการกระทำต้องชอบด้วยกฎหมาย

หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักการที่พัฒนามาจากหลักนิติรัฐ (L'Etat de droit หรือ Rechtsstaatsprinzip หรือ Legal state) ซึ่งโดยสรุปแล้วหลักนิติรัฐ หมายถึง หลักการที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย (หยุด แสงอุทัย, 2538, หน้า 123) หรือเป็นหลักการปกครองของกฎหมาย ไม่ใช่การปกครองของมนุษย์ (Government of Laws, not of men) หรือหลักการที่กฎหมายเป็นใหญ่ (Primacy of law) โดยมีสาระสำคัญว่า ประชาชนจะไม่ถูกล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยขาดความยุติธรรม เพราะรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจทางปกครองเกินเลยจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ หากปฏิบัติเกินเลยขอบเขตอำนาจประชาชนมีสิทธิที่จะเรียกร้องและขอความเป็นธรรมได้ทั้งในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือที่เรียกว่าฝ่ายปกครองเองหรือแม้กระทั่งชั้นศาล หลักนิติรัฐ จึงเป็นหลักการสำคัญของรัฐที่มีการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) อันมีพื้นฐานแนวความคิดมาจากลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) และหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) กิจกรรมของรัฐทั้งปวงต้องเคารพและอยู่ภายใต้กฎหมายทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของ

#### 1.1 กรณีที่เป็นลายลักษณ์อักษร

กฎหมายลายลักษณ์อักษร คือกฎหมายที่ถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องพิจารณาพิพากษาไปตามเนื้อความแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นจะต้องอ้างอิงเหตุผลในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีไปตามความในตัวบทกฎหมายที่มีอยู่และบังคับได้ในขณะนั้น จะอ้างอิงตามจารีตประเพณีหรือตามคำพิพากษาของศาลที่มีมาก่อนแล้วโดยตรงไม่ได้

##### 1.1.1 บทบัญญัติและหลักรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (Lois Constitutionnelles) ถือเป็นที่มีของความชอบด้วยกฎหมายทั้งปวง ดังนั้นกรณีที่ยุติการกระทำทางปกครองโดยขัดแย้งกับบทบัญญัติใน



รัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาสามารถอ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ นอกจากนั้นปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Déclaration des Droits) และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ (Préambules constitutionnels) สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่จะถือว่าเป็น “ที่มา” ของความชอบด้วยกฎหมายได้นั้นให้จำกัดเฉพาะส่วนที่เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะชัดเจนเพียงพอถึงกับที่จะให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

### 1.1.2 สนธิสัญญาระหว่างประเทศ

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1946 มาตรา 26 ยอมรับว่าสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ (Traits internationaux) ที่ได้รับการให้สัตยาบันมีผลบังคับสูงกว่ากฎหมาย และตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (ค.ศ.1958) มาตรา 55 ได้ยอมรับด้วยเช่นกัน สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ถือว่าสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย

### 1.1.3 รัฐบัญญัติหรือพระราชบัญญัติ

กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเรียกว่า รัฐบัญญัติ (Loi) หรือ พระราชบัญญัติ ถือว่าเป็นกฎหมายและเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย

### 1.1.4 กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป

กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป (Règlement) มีความหมายรวมถึงนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่รัฐเป็นผู้ออก (acte-règle d' origine étatique) และถือว่าเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายด้วย เมื่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ออกโดยถูกต้องแล้ว มาตรการที่ใช้บังคับเฉพาะราย (mesure individuelle d' application) จะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวด้วย โดยในกฎหมายปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักดังกล่าวนี้จะนำมาใช้ใน 3 รูปแบบ กล่าวคือ

1) คำสั่งที่มีผลเฉพาะรายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป ในกรณีที่กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไปนั้นได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า

2) คำสั่งที่มีผลเฉพาะรายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป ในกรณีที่กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไปนั้นได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ในลำดับชั้นเดียวกัน

3) คำสั่งที่มีผลเฉพาะรายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป ในกรณีที่กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไปนั้นได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า ทั้งนี้ภายในขอบอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว

## 1.2 กรณีที่ไม่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

กรณีที่ไม่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ กฎหมายที่มีแหล่งที่มาจากหลักจารีตประเพณี จากคำพิพากษาของศาล กฎหมายทั่วไปของรัฐที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีไม่จำเป็นต้องตราเป็นลายลักษณ์อักษร สามารถยกหลักกฎหมายที่ยอมรับกันเป็นทั่วไปมาใช้พิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้เลย แต่อาจมีการตรากฎหมายบางอย่างที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

### 1.2.1 จารีตประเพณี

จารีตประเพณี (Coutume) ถือเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย

### 1.2.2 หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป

หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป (Les principes généraux du droit public) ถือเป็น “ที่มา” ของความชอบด้วยกฎหมายที่สำคัญที่สุดโดยฝ่ายปกครองต้องถือปฏิบัติตามหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป หากฝ่าฝืน นิติกรรมทางปกครองนั้น ก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรผู้มิบทบาทอันสำคัญในการคิดค้นและสร้าง “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” คือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ซึ่งคดีแรกที่ได้มีการอ้างหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ได้แก่ คดี Aramu อย่างไรก็ตาม แม้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจะเป็นผู้คิดค้นทฤษฎีของหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป แต่ในปัจจุบัน สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐไม่ได้เป็นผู้สร้างและผู้ใช้แต่เพียงผู้เดียว ตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยอมรับในทฤษฎีนี้ด้วย และในปัจจุบันก็มีหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปอยู่เป็นจำนวนมาก แต่อาจกล่าวได้ยากว่ามีอยู่เท่าใดและมีหลักอะไรบ้าง เพราะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้สร้างหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปขึ้นมาใหม่อยู่เสมอ ปัญหาที่น่าสนใจเกี่ยวกับ “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” คือ “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” อยู่ในลำดับศักดิ์ชั้นใดของกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมก่อน ค.ศ.1958 เป็นที่ยอมรับกันว่า “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” อยู่ในระดับเดียวกับรัฐบัญญัติ (Lois) แต่เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 โดยมาตรา 37 ได้ให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะออกกฎข้อบังคับทั่วไปแบบเอกเทศ (Réglements autonomes) และกฎดังกล่าวนี้อยู่ในลำดับเดียวกับรัฐบัญญัติ ดังนั้นกฎดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปก็ได้ ในทางวิชาการ ศาสตราจารย์ซาปส์เห็นว่ “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” อยู่ในลำดับระหว่างรัฐบัญญัติ (Loi) และกฎข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป (Règlement) หรือที่เรียกว่า “Infralégislatif et supradécrétal” เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะรัฐสภาอาจตราบัญญัติให้ขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปได้ แต่ฝ่ายบริหารไม่อาจออกข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไปให้ขัดต่อ “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” (René Chapus, 1987, pp. 76-80) ส่วนศาสตราจารย์โลบางแดร์ เห็นว่า “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” อยู่ในลำดับชั้นเดียวกับรัฐบัญญัติ (Loi) (André de Laubadère, p.509) หากกล่าวโดยสรุป คำว่า “กฎหมาย” ในหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ มีความหมายอย่างกว้าง มิได้

มีความหมายจำกัดเฉพาะกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่ยังหมายถึง “สิ่งที่รวมกันเป็นภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย (L’ ensemble des sources de la légalité)” ทั้งหมด ซึ่งอาจนิยามโดยย่อว่ากฎหมายในที่นี้หมายถึง “กฎหมาย (ในความหมายอย่างกว้าง) และนิติกรรมทางปกครอง (Les actes juridiques) ทั้งปวงที่มีผลบังคับต่อฝ่ายปกครอง (ขวัญชัย สันตสว่าง, 2553, หน้า 3)

### 1.2.3 คำพิพากษาศาล

คำพิพากษาศาลที่สุดแล้ว (La chose jugée) ถือว่าเป็นที่มาที่สำคัญอย่างยิ่งของ “ภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย” หรือ “ความชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกับรัฐบัญญัติและข้อบังคับต่าง ๆ (CE 8 juillet & Botta GA, 1904, p.14 อ้างถึงใน ขวัญชัย สันตสว่าง, 2537, หน้า 105) หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย ในส่วนของการพิจารณาขอบเขตของหลักนี้จึงต้องพิจารณาขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งในทางทฤษฎีอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการที่จะออกคำสั่งต่าง ๆ นั้น อาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Compétence liée) คืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองโดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นตามที่ได้กำหนดไว้ ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้ (Rivero, 1980, p.83 อ้างถึงใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2544, หน้า 17) อำนาจผูกพันนี้จึงมีลักษณะเป็นอำนาจที่ผู้มีอำนาจถูกบังคับหรือถูกผูกพันไว้เป็นการล่วงหน้าว่า จะต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจผูกพันก็คือ “หน้าที่” แต่ที่ยังเรียกกันว่าเป็น “อำนาจผูกพัน” ก็ด้วยเหตุผลว่า คำวินิจฉัยสั่งการที่เป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่นี้เป็นสิ่งที่กฎหมายให้การยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ (Charles, 1983, p.17)

อำนาจดุลพินิจ (Pouvoir discrétionnaire) มีผู้ให้คำนิยาม ดังนี้

L.Michoud กล่าวว่า “อำนาจดุลพินิจย่อมปรากฏขึ้นทุกครั้งที่ต้องใช้ของรัฐบาลฝ่ายปกครองกระทำอย่างอิสระโดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการอันตนจักต้องกระทำไว้ล่วงหน้า (บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2544, หน้า 18) Marcel Waline กล่าวว่า “อำนาจดุลพินิจมิใช่ อะไรอื่นหากแต่เป็นความสามารถอันกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกว่า ในบรรดาคำสั่งสองหรือหลายคำสั่งซึ่งตามกฎหมายแล้วล้วนแต่ออกได้ทั้งสิ้นนั้น คำสั่งใดที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้ดีที่สุด

Alfred Fischer กล่าวว่า “อำนาจดุลพินิจ คือเสรีภาพที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครองในอันที่จะตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรเลือกคำสั่งใดในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่แตกต่างกันออกไป และออกคำสั่งตามที่ได้ตกลงใจเลือกไว้”

จากคำนิยามข้างต้นย่อมเห็นได้ว่า แม้จะมีการใช้ถ้อยคำแตกต่างกันไปบ้าง แต่สาระของความคิดก็คงเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ อำนาจดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองโดยเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ฝ่ายปกครองสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร (บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2544, หน้า 19) และตามหลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ย่อมเห็นได้อีกเช่นกันว่า นอกจากหลักดังกล่าวจะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและภายในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้นแล้ว หลักดังกล่าวยังเรียกร้องให้กฎหมายที่ให้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องมีความชัดเจนพอที่จะเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถคาดหมายการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองสนองตอบต่อตนได้ เป็นการล่วงหน้าด้วย (บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2544, หน้า 19) เพราะเมื่อกฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนแล้ว อำนาจของฝ่ายปกครองก็จะมีลักษณะเป็นเพียง “อำนาจผูกพัน” เท่านั้น อันจะเป็นการจำกัดอำนาจดุลพินิจให้หมดสิ้นไป แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับว่า การใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายมีอาจเคร่งครัดถึงขนาดที่จะเป็นการปฏิเสธความมีอยู่ของดุลพินิจทางปกครองได้ (บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2544, หน้า 19) ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

### 1) ความต้องการของประโยชน์สาธารณะ

การให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ นั้น ก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะ แต่เนื่องจากความต้องการของประโยชน์สาธารณะ มีความเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะการณ์ทางสังคมอยู่เสมอ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อยู่ในวิสัยที่จะตรากฎหมายที่ชัดเจนแน่นอนเพื่อให้ตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะในทุกสภาวะการณ์ได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรนิติบัญญัติจึงต้องเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมี “ดุลพินิจ” ได้

### 2) ความรู้และความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับกรณีเฉพาะเรื่อง จึงอยู่ในฐานะที่จะใช้สติปัญญา และเหตุผล ตลอดจนความสันตษัดชัดเจนของตนแสวงหาวิธีการที่เหมาะสมแก่กรณีได้ดีกว่าองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งไม่อยู่ในฐานะที่จะเล็งเห็นหรือคาดการณ์วิธีการที่เหมาะสมแก่กรณีปัญหาเรื่องใดได้เป็นการล่วงหน้า ดังนั้น จึงสมควรมอบความไว้วางใจให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ

### 3) บทบาทหน้าที่ของรัฐในรัฐสมัยใหม่

เมื่อรัฐแบบดั้งเดิมได้ก้าวเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ ในรูปของรัฐสวัสดิการ (Welfare State) บทบาทหน้าที่ของรัฐได้มีเพิ่มขึ้นอย่างมากมาในทางที่จะแทรกแซงเข้าไปในวิถีชีวิตของราษฎรทั้งทางสังคม เศรษฐกิจ และอื่น ๆ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) ด้วยบทบาทหน้าที่ของรัฐเช่นว่านี้ จึงถือเป็นความจำเป็นที่กฎหมายจำต้องให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ อำนาจดุลพินิจจึงเป็นอำนาจที่มีอาจขจัดให้หมดสิ้นไปได้และยังเป็นอำนาจที่จำเป็นแก่การดำเนินการภารกิจของรัฐสวัสดิการอีกด้วย กล่าวกันว่าอำนาจดุลพินิจ “เป็นสาระสำคัญของรัฐสมัยใหม่” (บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2544, หน้า 20) เป็น “โลหิตหล่อเลี้ยงกระบวนการทางปกครองทั้งหมด หากปราศจากความถูกต้องของอำนาจนี้แล้วกลไกการทำงานของรัฐบาลก็จะเป็นอำนาจที่ปราศจากพลังใด ๆ ไร้ทั้งความมุ่งหมายและทิศทาง” (บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2544, หน้า 20)

เมื่อพิจารณาขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่ากรณี “อำนาจผูกพัน” ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายย่อมครอบคลุมอำนาจของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด การไม่กระทำตามหรือกระทำโดยไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดจึงเห็นได้ชัดว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สำหรับ “กรณีอำนาจดุลพินิจ” เนื่องจากกฎหมายกำหนดอำนาจให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้โดยอิสระ จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าขอบเขตหลักความชอบด้วยกฎหมายในกรณี “อำนาจดุลพินิจ” มีขอบเขตอย่างไร ปัญหาดังกล่าวนี้เป็นที่ยอมรับกันว่า โดยที่หลักความชอบด้วยกฎหมายมีขึ้นเพื่อตรวจสอบ “ความชอบด้วยกฎหมาย” (Légalité) แต่กรณีอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นประกอบด้วยส่วนที่เป็น “ความชอบด้วยกฎหมาย” และส่วนที่เป็น “ความเหมาะสม” (Opportunité) ดังนั้นจุดต่อเนื่องระหว่าง “ความชอบด้วยกฎหมาย” กับ “ความเหมาะสม” อยู่ ณ ที่ใด เส้นเขตแดนของหลักความชอบด้วยกฎหมายก็สามารถขีดเส้นลงได้ตรงจุดนั้น แต่การหาขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายในกรณีอำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เพราะ “ความเหมาะสม” กับ “การกระทำตามอำเภอใจ” (Arbitraire) ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น หากข้ามเลย “ความเหมาะสม” กรณีก็ถือเป็น “การกระทำตามอำเภอใจ” ได้ ท่าน Marcel walline ถึงกับกล่าวไว้ว่า “สาระสำคัญของวิชากฎหมายปกครอง คือ การศึกษาอำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐและข้อจำกัดอำนาจดุลพินิจ” นั่นเอง

### 1.3 ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หากพิจารณาในแง่การปกครองแล้ว ย่อมเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองเกิดความเคร่งครัดจนกระทั่งอาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง (ประยูร กาญจนกุล, 2540, หน้า 30) ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ในทุกกรณีแล้วก็อาจไม่เป็นผลดี

ต่อประโยชน์ส่วนรวมได้ ดังนั้น นอกเหนือจากการใช้อำนาจดุลพินิจในขอบเขตที่เป็นการพิจารณา “ความเหมาะสม” ซึ่งมองอีกนัยหนึ่งว่าอยู่นอกขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นหลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการที่พัฒนาจากหลักนิติรัฐ โดยที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายหรือถือกฎหมายให้เป็นใหญ่ อย่างไรก็ดี กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็ดี กฎหมายนั้นต้องสอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมด้วย กฎหมายใดหากไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมหรือหลักนิติธรรมแล้ว กฎหมายนั้นก็ยิ่งถือว่ามีข้อบกพร่องและสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไข

ท่านลอน แอล ฟูลเลอร์ (Lon L. Fuller) ได้กล่าวในปี ค.ศ.1963 ว่า การใช้กฎหมายจะต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะของระบบกฎหมาย โดยกฎหมายต้องมีหลักศีลธรรมภายใน (Inner morality of law) เป็นหลักยึดของกฎหมายต่าง ๆ อีกชั้น ซึ่งศีลธรรมภายในนี้มีองค์ประกอบ 8 ประการ ดังนี้

- (1) เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เหมาะสม
- (2) มีการประกาศให้ทราบทั่วไป
- (3) การไม่ใช้บังคับย้อนหลังโดยผิดหลักการ
- (4) มีบทบัญญัติที่กระจ่างชัดเจน
- (5) ไม่มีการวางหลักเกณฑ์ที่ขัดแย้งกับกฎหมายอื่น
- (6) ไม่บังคับให้กระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้
- (7) ไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเกินควร และ
- (8) มีความสอดคล้องกันระหว่างการกระทำของเจ้าหน้าที่กับบทบัญญัติของกฎหมาย

ซึ่งหลักประการสุดท้ายนี้ หมายถึง มาตรการต่าง ๆ ที่ต้องนำมาใช้เพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันรวมถึงตั้งแต่การให้เจ้าหน้าที่มีกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรมตลอดจนมีหลักเกณฑ์ตีความกฎหมายได้โดยถูกต้อง (ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน-สานต์, 2540, หน้า 21)

## 2. ฝ่ายปกครอง (L' administration)

การปกครองรัฐนั้น จำเป็นต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ องค์กรนี้เรียกว่า “รัฐบาล” ซึ่งหมายความถึงบุคคลและคณะบุคคล ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจในการบริหาร

ปกครองประเทศ อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลมิได้หมายความรวมเฉพาะการบริหารให้เป็นที่ไปตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังต้องเป็นผู้กำหนดนโยบายและดำเนินการปกครองประเทศด้วย จึงเรียกกันว่า “ฝ่ายบริหาร” (The executive) ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงเป็นฝ่ายที่อยู่ในส่วนการใช้อำนาจบริหาร หรืออีกนัยคือจัดทำราชการบริหารอันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการบริหารราชการที่ไม่ใช่หน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ

รัฐบาลเป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่ปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินการเป็นประจำคือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่ กำลังคน และเครื่องมือในการปฏิบัติงานเป็นประจำทุกวัน โดยปฏิบัติงานเพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนหรือเรียกว่า “บริการสาธารณะ” (ประยูร กาญจนกุล, 2540, หน้า 13-16)

คำว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายความว่า หน่วยงานของรัฐและบุคลากรของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ และมีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการแต่เป็นการใช้อำนาจในฝ่ายบริหารซึ่งมีทั้งฝ่ายการเมืองและฝ่ายปฏิบัติการซึ่งเป็นฝ่ายปกครองโดยแท้ ทั้งนี้ฝ่ายปกครอง ยังหมายความรวมถึง องค์กรอื่นของรัฐที่ไม่ใช่ราชการด้วย เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรของรัฐบาล องค์กรมหาชน และหน่วยงานของรัฐประเภทอื่น เช่น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ เป็นต้น

รัฐวิสาหกิจอาจจัดตั้งขึ้นเป็นประเภทที่ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล เช่น องค์กรสุรา โรงงานยาสูบ โรงพิมพ์ตำรวจ หรือเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ.2501 เป็นต้น สาเหตุที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยพระราชบัญญัติ ก็เพราะว่ารัฐวิสาหกิจเหล่านั้น บางครั้งจำเป็นต้องดำเนินการกิจการที่ต้องไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากตั้งเป็นบริษัทจำกัดหรือโดยพระราชกฤษฎีกา จะไม่มีอำนาจตามกฎหมายในการดำเนินการกิจการนั้นได้

ในอดีตการจัดองค์กรและบุคลากรของฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ภายในฝ่ายปกครองได้มีการแบ่งองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของฝ่ายปกครองออกเป็นสองระดับ คือ องค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางและองค์กรฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่น ภายหลังจากสิ้นสุดของระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเข้ามาแทนที่ สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ยังคงแบ่งการปกครองออกเป็นสองส่วนเช่นเดิมคือการปกครองส่วนกลางและการปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ก็มีกรมมอบอำนาจให้แก่ส่วนท้องถิ่นมากขึ้นกว่าเดิม

ซึ่งปัจจุบันองค์กรและบุคลากรของฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภทคือ ส่วนกลาง (L'administration centrale) ส่วนท้องถิ่น (L'administration locale) และวิสาหกิจมหาชน (Les établissements publics) ซึ่งรวมถึงนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนอื่น ๆ (Autres personnes morales de droit public) ด้วย การแบ่งองค์กรของฝ่ายปกครองในปัจจุบันออกเป็นสามประเภทนี้มีที่มาจากความเป็น “นิติบุคคล” (Personne publique) ขององค์กรนั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น รัฐ (Etat) มีสถานะเป็นนิติบุคคลในขณะที่กระทรวงและกรมอันเป็นหน่วยงานภายในของรัฐไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลเนื่องจากถือว่าเป็น “ส่วนหนึ่ง” ของโครงสร้างของรัฐ ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Les collectivités locales) นั้นมีการกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลเพื่อให้สอดคล้องกับหลักว่าด้วยความเป็นอิสระในการบริหารงาน (Le principe de libre administration) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ส่วนองค์การมหาชนนั้นก็เช่นเดียวกันกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องการความเป็นอิสระในการบริหารงาน จึงต้องมีการกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลเช่นเดียวกัน (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 48)

ในการวินิจฉัยสั่งการต่าง ๆ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการตัดสินใจ สามารถแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก อำนาจผูกพัน หมายถึง การตัดสินใจในทางกฎหมายต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นมาก่อน และต้องเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายต้องการ กรณีที่เรียกว่าอำนาจผูกพัน คือ ผู้ที่มีอำนาจต้องตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งเท่านั้น ถ้าหากข้อเท็จจริงปรากฏเช่นนั้นขึ้นมาจะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไปไม่ได้ และลักษณะที่สองอำนาจดุลพินิจแตกต่างจากอำนาจผูกพัน คือต้องมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นก่อนและเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายต้องการเหมือนกรณีอำนาจผูกพัน แต่จะมีข้อแตกต่างจากอำนาจผูกพันตรงที่ว่าเมื่อได้ข้อเท็จจริงอันนั้นแล้ว ผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจมีสิทธิเลือกที่จะตัดสินใจแบบใด

### 3. การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง หมายถึง นิติกรรมที่เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่มุ่งจะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิ และหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชน

การกระทำทางปกครอง (Acte Administratif) นั้น หมายความว่า การกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายให้จัดทำบริการสาธารณะใน



การปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ (ประยูร กาญจนกุล, 2537, หน้า 51-52) รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่าการกระทำทางปกครอง หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครององค์กรอื่น ๆ ของรัฐหรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้แสดงต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้ เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

โดยรวมการกระทำทางปกครอง ถือเป็นการกระทำประเภทหนึ่งโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองของรัฐ เนื่องจากเป็นบุคคลที่สมมุติขึ้นมาให้มีอำนาจและมีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ แยกออกจากเอกชนซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ใต้ปกครองของรัฐ ดังนั้นจึงต้องอาศัยกลุ่มบุคคลที่เรียกว่า “หน่วยงานของรัฐ” หรืออาศัยบุคคลธรรมดาที่เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” เป็นผู้ใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่แทนในนามของรัฐ ใช้อำนาจในการดำเนินการจัดทำกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง การกระทำของบุคคลธรรมดาที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้น จะต้องปรากฏว่า มีลักษณะเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และต้องเป็นการกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่บุคคลนั้นดำรงอยู่ และที่สำคัญการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นประโยชน์มหาชน การกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวมานี้จึงจะมีผลเป็นการผูกพันรัฐในทางกฎหมาย

ซึ่งการจะกำหนดขอบเขตความหมายของคำว่ากระทำทางปกครองที่แน่นอนเป็นเรื่องยาก แต่สามารถพิจารณาได้เป็น 2 ด้าน (กมลชัย รัตนสวางศ์, 2544, หน้า 27) ดังนี้

### 3.1 พิจารณาในด้านขององค์กรผู้กระทำการทางปกครอง

การพิจารณาในด้านขององค์กรผู้กระทำการทางปกครอง คือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้จึงจะกระทำได้ เป็นการจำกัดขอบเขตของฝ่ายปกครอง ตามหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นการประกันสิทธิ เสรีภาพแก่ประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจการปกครอง ซึ่งแนวความคิดเรื่องนิติรัฐนี้เองก่อให้เกิด หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ขึ้นในระบบกฎหมายต่าง ๆ อันมีที่มาจากแนวคิดของอริสโตเติลที่ว่า การปกครองที่ดีไม่ใช่การปกครองโดยปวงชนหากแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการปกครองโดยปวงชนย่อมเสี่ยงต่อการปกครองตามอำเภอใจ ขณะที่การปกครองโดยกฎหมายเอื้ออำนวยต่อการที่จะมีความเสมอภาค (equality) และเสรีภาพ (Liberty) มากกว่า เพราะหากมีการปกครองโดยหลักนิติธรรมอยู่จริง ทุกคนก็จะมีเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย และมีเสรีภาพ คือ ปราศจากความหวาดกลัวว่าจะมีการใช้

อำนาจตามอำเภอใจโดยผู้ปกครอง แนวความคิดนี้จึงเป็นที่มาของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ซึ่งในอีกแง่หนึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า Law and order หรือ บ้านเมืองมีชื่อมีแปะ ในทางการปกครองโดยหลักนิติธรรมก็คือ หลักการที่ว่าบรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการเลือกตั้งหรือการแต่งตั้งจะต้องกระทำการภายใต้กฎหมายและรัฐธรรมนูญการปกครอง รวมทั้งต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้ ดังนั้น การปกครองโดยหลักนิติธรรมในนัยที่จะให้เกิดความเป็นธรรมนั้น จะต้องมีการออกกฎหมายที่เป็นธรรมด้วย

### 3.2 พิจารณาลักษณะการใช้อำนาจมหาชน

การพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจมหาชน คือ การกระทำที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งที่จะบังคับเอาฝ่ายเดียว เพราะฝ่ายนั้นได้รับมอบอำนาจมหาชน คือ การแสดงออกโดยองค์กรวิชาชีพ องค์กรอิสระ รัฐวิสาหกิจ

### 3.3 ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชน ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติแทนในนามองค์กรดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นมิใช่นิติกรรมทางปกครอง เพราะขาดลักษณะใดลักษณะหนึ่ง อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้ออกใช้บังคับก่อนหน้า อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกับบุคคลอื่นก็ได้ กล่าวคือ มีการแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาในกรณีเฉพาะเรื่องให้เอกชนผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนั้น ดังนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจึงต้องตัดสินใจใช้อำนาจกำหนดบังคับหรืออนุญาตแล้วแต่กรณีให้เอกชนนั้นกระทำหรืองดเว้นการกระทำ จึงค่อยปฏิบัติการให้เป็นไปตามข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครองต่อไป เรียกว่าการกระทำทางกายภาพ (Physical act) มิใช่การกระทำที่มุ่งก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย แต่เป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากเหตุข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ ซึ่งต้องให้การกระทำนั้นถูกต้องและไม่ขัดต่อกฎหมาย มิฉะนั้นรัฐอาจเกิดความรับผิดชอบในทางปกครองหรือความรับผิดชอบอย่างอื่นได้

ดังนั้น การกระทำทางปกครองที่อยู่ในขอบเขตอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การกระทำทางปกครองทุกประเภทที่ได้กระทำโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่

ของรัฐฝ่ายปกครองกระทำลงโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ

### หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองถือเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำอย่างไร ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพอันชอบธรรมของเอกชนได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และขณะเดียวกันก็จะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กำหนดของกฎหมายเท่านั้น

ประเทศที่มีระบบกฎหมายสมัยใหม่ต่างก็ยอมรับนับถือการกระทำทางปกครองและการบริหารราชการแผ่นดินว่าต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ เจ้าพนักงานใช้อำนาจจะลิดรอนสิทธิ เสรีภาพ หรือทรัพย์สินเอกชนได้ก็เฉพาะเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดเจนเท่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม (The rule of law) ที่รัฐเองยอมตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับเอกชน กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัดของการกระทำต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นเพียงการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นทั้งขอบเขตของการกระทำทางปกครอง เป็นทั้งฐานที่มาของการกระทำทางปกครอง และเป็นทั้งกระบวนการขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม ทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่น นอกไปจากระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับเอกชน ฝ่ายปกครองก็ไม้อาจจะทำการอันเป็นการฝ่าฝืน หรือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นได้ และฝ่ายปกครองไม้อาจจะทำการใด ๆ อันเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมควรใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้

ในอดีตก่อนจะมีแนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นที่เข้าใจว่าไม่มีอะไรจะมาขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากผู้ปกครองเป็นผู้มีอำนาจรัฐ (Puisseance publique) อันเป็นอำนาจพิเศษที่ทำให้ฝ่ายปกครองอยู่เหนือเอกชน การกระทำของฝ่ายปกครองจึงสูงสุดและไม่มีข้อจำกัด ต่อมาเมื่อมีการสร้างระบบ “รัฐธรรมนูญ” ให้เป็นกฎหมายสูงสุดและมีการกำหนดให้กฎหมายไม่สามารถขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ พร้อมทั้งมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Le Contrôle de Constitutionnalité) ซึ่งกฎหมายใดก็ไม่สามารถขัดรัฐธรรมนูญได้ รวมถึงกฎหมายในลำดับรองต่าง ๆ ที่ต้องเป็นไปตาม

กฎหมาย และไม่สามารถขัดกับกฎหมายในลำดับที่อยู่สูงกว่าได้ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครองก็ต้องยึดหลักการเดียวกันคือต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ หลักดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองถูกจำกัด ไม่มีอิสระในการดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ เพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ใต้ปกครองด้วย

หลักความชอบด้วยกฎหมายสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ต้องยึดถือ คือ

1) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะขอบเขตของการกระทำทางปกครอง

ถ้าพิจารณาในแง่นี้ บรรดากฎหมายแห่งกฎหมายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ ไม่ว่าจะมีความศักดิ์สิทธิ์เพียงใดย่อมเป็นขอบเขตจำกัดมิให้ทั้งนิติกรรมทางปกครองและการกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครองเกินขอบเขตที่กฎหมายแห่งกฎหมายทั้งหมดวางไว้

2) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะที่เป็นรากฐานของการกระทำทางปกครอง

หลักข้อนี้ต่างจากข้อแรกตรงที่หลักข้อแรกห้ามฝ่ายปกครองกระทำการนอกขอบเขตหรือขัดต่อกฎหมายแห่งกฎหมาย แต่หลักข้อนี้บังคับให้การทำนิติกรรมทางปกครองต้องได้รับมอบอำนาจมาจากกฎหมายแห่งกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีอำนาจ คือ ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายแห่งกฎหมายระบุให้มีอำนาจ เรื่องที่จะมีอำนาจทำ สถานที่ที่ทำ ตลอดจนระยะเวลาที่มีอำนาจ

3) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะกระบวนการที่ถูกต้อง

นิติกรรมทางปกครองที่ดี การกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครองก็ดีนั้นนอกจากต้องทำโดยมีอำนาจที่มอบมาจากกฎหมายแห่งกฎหมายและต้องไม่เกินขอบเขตแห่งกฎหมายแล้วที่สำคัญที่สุดก็คือ ฝ่ายปกครองต้องเคารพกระบวนการ ขั้นตอน ที่กฎหมายแห่งกฎหมายวางไว้

## ประเภทของการบังคับทางปกครอง

การบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้แบ่งมาตรการบังคับทางปกครองไว้เป็น 3 ประเภท คือ 1) การบังคับทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน 2) การบังคับทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ 3) การบังคับทางปกครองโดยเร่งด่วน ซึ่งในแต่ละมาตรการนั้นสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

### 1. การบังคับทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน

การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินนั้นเป็นมาตรการบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการกำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองชำระเงินต่าง ๆ หรือที่เรียกกันในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “หนี้เงิน” เช่น เงินภาษีอากร เบี้ยปรับ ค่าบำรุง ค่าปรับ ค่าบริการต่าง ๆ เงินสมทบหรือเงินอื่นใดที่กฎหมายกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ต้องชำระหรือกรณีที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ประชาชนผู้หนึ่งผู้ใดชำระ รวมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจเรียกให้ชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่พอสมควรแก่เหตุ แต่ไม่เกินวันละสองหมื่นบาท ตามมาตรา 58(2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 (กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2551, หน้า 90-91) และมาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินได้บัญญัติไว้ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ว่าในกรณีถึงกำหนดชำระเงินดังกล่าวแล้วหากผู้รับคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ หรือเพิกเฉยไม่ยอมชำระเงินจำนวนต่าง ๆ ตามที่ได้มีคำสั่งให้ชำระ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้ต่อไป ไม่ว่าจะเป็นการยึดสังหาริมทรัพย์ หรือการอายัดสิทธิเรียกร้องซึ่งผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินมีต่อบุคคลอื่น เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ดังกล่าวและการบังคับทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นมีเงื่อนไขดังนี้ คือ

ประการที่หนึ่ง ต้องมีคำสั่งทางปกครองที่เป็นฐานของการบังคับทางปกครอง โดยคำสั่งดังกล่าวจะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่จำต้องมีการบังคับทางปกครอง

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลในทางกฎหมายโดยการแจ้งคำสั่งแก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ

ประการที่สาม ถึงกำหนดชำระเงินตามที่ระบุไว้ในคำสั่งทางปกครองแล้ว

ประการที่สี่ ได้มีการออกหนังสือเตือนให้ชำระเงินภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งไม่ยินยอมปฏิบัติตามคำเตือนนั้น

ประการที่ห้า ต้องไม่มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อน ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองมีผลเป็นการทุเลาการบังคับหรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการให้ทุเลาการบังคับ

ทั้งนี้ หากได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองแล้ว แม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นฐานแห่งการบังคับทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและได้มีการอุทธรณ์โต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งต่อองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการไว้แล้ว ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมสามารถ

บังคับเพื่อให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองได้ทันที เว้นแต่ คำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและร้ายแรงถึงขนาดเป็น โฆษะซึ่งเท่ากับว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมาก่อน

มีข้อสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับหนังสือเดือน ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ว่าไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเพราะหนังสือเดือนไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ใด ๆ ขึ้นใหม่ บุคคลผู้รับหนังสือเดือนจึงไม่อาจใช้สิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งหนังสือเดือนดังกล่าวได้ แม้ว่ากรออกหนังสือเดือนดังกล่าวจะเป็นเงื่อนไขในการเริ่มการบังคับทางปกครองก็ตาม หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเริ่มกระบวนการบังคับทางปกครองโดยไม่ได้เดือนหรือว่าไม่ได้เดือนให้ถูกต้อง องค์กรเจ้าหน้าที่อาจต้องรับผิดชอบในภายหลังได้ แต่ถึงอย่างไรหากว่ามีการกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของการเดือน เช่น การที่บุคคลรับคำสั่งแสดงเจตนาอย่างชัดเจนว่าจะไม่ชำระเงินตามคำสั่งไม่ว่ากรณีใด ๆ เช่นนี้ แม้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่ได้ออกหนังสือแจ้งเดือนก็ไม่ทำให้กระบวนการการบังคับทางปกครองต้องเสียไปแต่อย่างใด

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการดำเนินการของฝ่ายปกครองครบตามเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น หน่วยงานทางปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองให้เป็นไปตามคำสั่งได้ ด้วยวิธีการยึด อายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อจะนำเงินมาชำระเงินครบถ้วนต่อไป

## 2. การบังคับทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ

การบังคับทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ เป็นการบังคับให้ เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองที่ใช้มาตรการให้ผู้รับคำสั่งเกิดภาระและหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง เช่น คำสั่งให้รื้อหรือปลดป้ายโฆษณาที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง เช่น คำสั่งให้รื้อหรือปลดป้ายโฆษณาที่ไม่ได้รับอนุญาต คำสั่งห้ามมิให้อาบน้ำหรือซักล้างใด ๆ บนถนนสาธารณะซึ่งมิได้จัดไว้เพื่อการนั้น หรือคำสั่งให้ส่งเอกสาร รายงานข้อเท็จจริงหรือให้รื้อถอนอาคารที่ผิดกฎหมาย ถ้าหากผู้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการของเจ้าหน้าที่แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังที่กฎหมายได้กำหนดไว้ (พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 58 วรรคหนึ่ง) ว่าคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการถ้าหากผู้ อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้

1) เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเอง หรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนโดยผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มของค่าใช้จ่ายในกรณีดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่

2) ให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน

ซึ่งวิธีการในการเข้าดำเนินการตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในแต่ละกรณีดังกล่าวข้างต้น สามารถแยกอธิบายในแต่ละกรณีได้ดังต่อไปนี้

1) กรณีการเข้าดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น หลักการเข้าดำเนินการแทนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ใช้ได้เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองกระทำการอย่างใด ที่มีใช้การกระทำที่ต้องทำเองเป็นการเฉพาะตัวหรือ โดยสภาพไม่สามารถจะเข้าดำเนินการแทนได้ เช่น คำสั่งให้ส่งมอบทรัพย์สิน คำสั่งให้กระทำการต่าง ๆ ซึ่งในการเข้าดำเนินการดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่จะเข้าดำเนินการเองหรือจะมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนก็ได้ไม่ว่าจะเข้าดำเนินการ โดยหน่วยงานหรือองค์กรใดก็ตามผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการแทนและต้องชดใช้เงินเพิ่มในอัตราร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

2) ค่าปรับทางปกครอง มาตรการนี้นำมาใช้ในการที่มีการฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งกระทำการที่ต้องทำเองเฉพาะตัว หรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยสภาพไม่สามารถให้ผู้อื่นกระทำการแทนได้ และแม้ว่าการกระทำการตามคำสั่งทางปกครองเป็นกรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะกระทำการแทนหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้ก็ตาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองนี้แทนการเข้าดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ก็ได้เช่นกัน แต่การกำหนดค่าปรับทางปกครองจะต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน ส่วนในเรื่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองได้นั้นและจำนวนเท่าใด สำหรับกรณีใด นั้นเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ.2542) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และในส่วน of ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มในอัตราร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องชดใช้แก่เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 58 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และค่าปรับทางปกครอง ตามมาตรา 58 (2) ของพระราชบัญญัติเดียวกันนั้น หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ชำระก็ย่อมถือว่าเป็นหนี้เงินที่

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยวิธีการยึด อาศัยและขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ในกรณีดังกล่าวได้

### 3. การบังคับทางปกครองโดยเร่งด่วน

การบังคับทางปกครองโดยเร่งด่วนนี้ ได้มีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 58 วรรคสาม กรณีมีความจำเป็นต้องมีการบังคับการโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษทางอาญา หรือเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการก่อนก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุ และภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน ในการบังคับทางปกครองโดยทั่วไปเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับคำสั่งทางปกครองแล้วไม่ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองต่อไป แต่ในกรณีมีความจำเป็นเร่งด่วน เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษทางอาญา หรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ที่มีความจำเป็นที่จะต้องระงับเหตุอย่างเร่งด่วนจากการออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามยอมไม่ทันการและอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะได้ เช่น การวางสิ่งของกีดขวางทางจราจรซึ่งไม่ทราบว่าเป็นของผู้ใด หรือเกิดสารพิษจากโรงงานแพร่กระจายออกนอกโรงงาน เช่นนี้เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองในกรณีเร่งด่วนได้

ในปัจจุบันมีความเห็นว่าการบังคับทางปกครองโดยเร่งด่วนมิใช่เป็นการรวมเข้าไว้ด้วยกัน เพียงแต่เป็นการใช้มาตรการบังคับทางปกครองที่อาจจะต้องมีคำสั่งทางปกครองก่อนแต่ไม่สามารถสั่งการได้ทันเท่านั้น ซึ่งต่างจากกรณีที่เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการใด ๆ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อน ซึ่งมิใช่การบังคับทางปกครอง

มาตรการบังคับทางปกครองที่เกี่ยวกับการกำหนดให้ชำระเงิน (กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2551, หน้า 70-73)



### 1. การเรียกเงินเพิ่ม

การเรียกเงินเพิ่มเป็นมาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่ง เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเป็นการบังคับให้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองโดยเร็ว ซึ่งแตกต่างจากค่าปรับทางปกครองที่เป็นการลงโทษในการกระทำผิดกฎหมายปกครอง แต่ยังไม่ร้ายแรงถึงขั้นอาชญากรรม หรือความผิดอาญา มาตรการเรียกเงินเพิ่มได้นำมาใช้ในทางปกครองของไทยอยู่พอสมควร ส่วนมากจะนำมาใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่ให้ชำระเงินภาษีอากร ค่าบริการต่าง ๆ หรือเงินสมทบที่กฎหมายกำหนดไว้

อนึ่ง หนี้เงินตามกฎหมายหรือตามที่กำหนดไว้ในนิติกรรมทางปกครอง ในบางกรณีกฎหมายจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ด้วย ดอกเบี้ยที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นมิใช่มาตรการบังคับเพื่อให้ปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครอง เพราะหนี้เงินโดยสภาพจะต้องมีดอกเบี้ยเสมอ ดังนั้นดอกเบี้ยจึงมิใช่มาตรการในการเรียกเงินเพิ่มแต่อย่างใด

### 2. เบี้ยปรับและค่าปรับ (Penalty and find)

เบี้ยปรับและค่าปรับ เป็นมาตรการบังคับทางปกครองทำนองเดียวกับกับเงินเพิ่ม แต่กฎหมายกำหนดจำนวนที่สูงกว่าและปรับเพียงคราวเดียว ตัวอย่างเช่น การประเมินภาษีอากรของเจ้าพนักงานประเมิน ในบางกรณีหากผู้ต้องเสียภาษีไม่ปฏิบัติตาม อาจจะต้องเสียเบี้ยปรับหนึ่งเท่า หรือสองเท่าของจำนวนภาษีที่จะต้องชำระตามมาตรา 22 และมาตรา 26 แห่งประมวลรัษฎากร เบี้ยปรับนี้ศาลฎีกาได้นำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้โดยวินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจลดจำนวนเบี้ยปรับได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288/2508) การที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษหลีกเลี่ยงไม่จัดส่งน้ำเสียหรือของเสียไปทำการบำบัดโดยระบบบำบัดน้ำเสียรวมหรือระบบกำจัดของเสียรวมของทางระบบราชการและลักลอบปล่อยน้ำเสียหรือของเสียลงสู่สิ่งแวดล้อมภายนอกเขตที่ตั้งแหล่งกำเนิดมลพิษที่ตนเป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองหรือจัดส่งน้ำเสียหรือของเสียไปทำการบำบัดรวมของทางราชการ แต่ไม่ยอมชำระค่าบริการที่กำหนดโดยไม่มีสิทธิได้รับยกเว้น จะต้องเสียค่าปรับสี่เท่าของอัตราค่าบริการตามมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535

### 3. การยึดและอายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สิน

วิธีการในการยึด อาศัยและขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่จะต้องชำระเงิณดังกล่าว นั้น ก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์วิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม แต่สำหรับกรณีเงินภาษีอากรตามประมวลรัษฎากรนั้น วิธีการอาศัยให้ปฏิบัติตามระเบียบที่อธิบดี กรมสรรพากรกำหนด โดยอนุวัติรัฐมนตรีตามมาตรา 12 วรรคสี่ แห่งประมวลรัษฎากร มาตรา 40 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 ข้อ 10 วรรคสอง แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 และ มาตรา 47 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายให้ความสำคัญกับอสังหาริมทรัพย์มาก ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้มอบหมายอำนาจในการบังคับการยึดอสังหาริมทรัพย์นี้แก่ฝ่ายปกครอง แต่กำหนดไว้อย่างชัดเจนแจ้งว่าการยึดอสังหาริมทรัพย์จะต้องใช้การบังคับคดีทางศาล โดยให้ศาล แหวงเรียกว่า Amtsgericht เป็นองค์กรศาลที่มีอำนาจในการบังคับคดีและยังกำหนดขั้นตอนของการ บังคับการในเรื่องให้ชำระเงิณไว้ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิตกรรมทางปกครองให้ผู้รับนิต กรรมทางปกครองนั้นชำระเงิณอย่างหนึ่งอย่างใดได้นั้น หนี้เงิณดังกล่าวจะต้องถึงกำหนดชำระ โดย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเตือนให้ผู้รับนิตกรรมทางปกครองนั้นทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 1 สัปดาห์

ขั้นตอนของการเตือนให้ทราบล่วงหน้าก็เพิ่มจะเริ่มปรากฏในกฎหมายไทย เช่น พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537 มาตรา 47 วรรคสอง กำหนดว่าการมีคำสั่งให้ยึดหรืออาศัย ทรัพย์สิน จะกระทำได้อต่อเมื่อได้ส่งคำเตือนเป็นหนังสือให้นายจ้างนำเงิณสมทบหรือเงิณเพิ่มที่ค้าง มาจ่ายภายในเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน นับแต่วันที่นายจ้างได้รับหนังสือนั้นและ นายจ้างไม่จ่ายภายในเวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไทยแทบจะไม่ได้ นำ มาตราการยึด อาศัยและขายทอดตลาดทรัพย์สินตามที่กฎหมายให้อำนาจมาใช้เพราะเป็นงานยุ่งยาก พอสมควร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเองก็ไม่มีประสบการณ์และไม่คุ้มค่ากับเวลาตลอดจนค่าใช้จ่ายที่ จะต้องเสียไป เพราะอาจมีขั้นตอนในการร้องจัดทรัพย์ การขอค้นสวน หรือการขอรับชำระหนี้ก่อน ของเจ้าหน้าที่จ้างหรือบุริมสิทธิในขั้นนี้ได้

## การบังคับคดี

การบังคับคดี คือการจัดให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล โดยเจ้าหน้าที่ของศาล ในหมวดนี้จะอธิบายถึงการบังคับคดีปกครองโดยศาลปกครองและการบังคับคดีแพ่ง

### 1. การบังคับคดีปกครองโดยศาลปกครอง

คดีแพ่งและคดีปกครองมีความแตกต่างกันในทางพื้นฐาน กล่าวคือ คดีแพ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน แต่คดีปกครองเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง คดีปกครองส่วนใหญ่คู่ความฝ่ายหนึ่งจะเป็นเอกชนผู้ถูกระทบกระเทือนสิทธิจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเมิดหลักนิติรัฐหรือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจไม่ถูกต้องก็ตาม เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีปกครองเกิดขึ้นประชาชนมีสิทธินำคดีดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองสำหรับประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย ซึ่งทั้งการบังคับคดีแพ่งและคดีปกครอง คู่ความจะต้องได้รับการรับรองสิทธิโดยกระบวนการพิจารณาของศาลก่อน หลังจากนั้นจึงจะให้องค์กรที่มีอำนาจในการบังคับคดีดำเนินการบังคับคดี โดยการขอให้ออกคำบังคับคดีส่งไปให้คู่ความที่แพ้คดีตามคำพิพากษา หากคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีไม่ดำเนินการตามคำพิพากษาจึงจะดำเนินการบังคับคดีได้

โดยในระบบกฎหมายมหาชนที่มีการบังคับคดีอยู่ 2 ประเภท คือ การบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลปกครอง (Die Vollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Titeln) และการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (Die Vollstreckung aus Verwaltungsakten) อันไม่ใช่เรื่องการบังคับคดีโดยศาล แต่สำหรับการบังคับคดีปกครองนั้น หมายถึง การดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการภายหลังจากที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว โดยคำพิพากษาในคดีนั้นจะต้องมีผลบังคับในทางกฎหมาย (Rechtskraft) หรือไม่มีการทูลเกล้าการบังคับคดี และเป็นคำพิพากษาที่จะต้องมีการบังคับคดีซึ่งได้แก่ กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาและกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือสั่งห้ามกระทำการ หรือกรณีที่ศาลสั่งให้หัวหน้าฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนด รวมทั้งกรณีที่ศาลสั่งให้ชดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ส่วนคำพิพากษาที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี ได้แก่ คำพิพากษาที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทาง

ปกครองเพราะทำให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนให้ต้องปฏิบัติตามอีก

การบังคับคดีปกครองนั้นสามารถบังคับคดีได้ทั้งต่อองค์กรของรัฐและต่อเอกชนซึ่งในการบังคับคดีต่อเอกชนนั้น โดยหลักแล้วสามารถนำหลักการบังคับคดีในทางแพ่งมาใช้บังคับกับการบังคับคดีต่อเอกชนในคดีปกครองได้อยู่แล้ว แต่การบังคับคดีต่อองค์กรของรัฐนั้นอาจมีปัญหาในกรณีการบังคับคดีเพื่อให้ชำระเงิน และการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่กำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่กระทำการ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2548, หน้า 13)

(1) การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่กำหนดให้องค์กรของรัฐชำระเงิน

เมื่อศาลมีคำพิพากษาและกำหนดคำบังคับให้ผู้แพ้คดีชำระเงิน หากผู้แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำบังคับของศาล ศาลมีอำนาจใช้มาตรการบังคับคดีซึ่งโดยหลักจะดำเนินการโดยการยึดและการอายัดทรัพย์สินของผู้แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษามาเพื่อนำออกขายทอดตลาดและนำเงินที่ได้มาชำระให้แก่ผู้ชนะคดีหรือเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้สามารถนำมาใช้บังคับกับทรัพย์สินของเอกชนได้ แต่ในการนำมาใช้บังคับกับองค์กรของรัฐนั้น Otto Mayer ผู้วางรากฐานแห่งกฎหมายปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เห็นว่า ตามหลักนิติรัฐไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกระทำการบังคับคดีต่อองค์กรของรัฐ โดยอาศัยอำนาจจากภายนอกบังคับให้รัฐเคารพต่อกฎหมายของรัฐ นอกจากนี้ Otto Mayer ยังให้เหตุผลว่า รัฐในฐานะลูกหนี้ย่อมมีความสามารถในการชำระเงินได้เสมอ ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นแต่ประการใดที่จะนำไปบังคับคดีได้

(2) การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่กำหนดให้องค์กรของรัฐกระทำการ

ในคดีปกครองได้กำหนดมาตรการบังคับในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินการตามความผูกพันที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา ทั้งนี้ ก็เพื่อทำให้การคุ้มครองสิทธิมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กระทำการตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา ตามหลักทั่วไป ถือว่าเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในเรื่องดังกล่าว การละเมิดหน้าที่ทางราชการซึ่งอาจจะนำไปสู่การใช้มาตรการบังคับได้อย่างใดอย่างหนึ่งได้ เช่น การภาคทัณฑ์ การกำหนดค่าปรับทางปกครอง เป็นต้น

เช่นเดียวกับการบังคับคดีประเภทอื่น ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วว่า อำนาจในการบังคับคดีปกครองเป็นอำนาจของศาลปกครองโดยการกำหนดคำบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรืออำนาจสั่งปรับฝ่ายปกครองในกรณีที่ไม่มี การปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองที่กำหนดให้กระทำการ (รพี แฟงสภา, 2543, หน้า 36) และหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำบังคับของศาลปกครอง ได้แก่ สำนักงานศาลปกครอง

กล่าวโดยสรุป การบังคับคดีปกครองเป็นการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครอง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากข้อพิพาทในทางปกครองอันเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง คดีปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่เอกชนฟ้องเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคดีต่อศาล ดังนั้น การบังคับคดีปกครองส่วนมากจึงเป็นการบังคับกับฝ่ายปกครอง

## 2. การบังคับคดีแพ่ง

คดีแพ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งมีสถานะที่เท่าเทียมกัน ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทในทางแพ่งเกิดขึ้น เอกชนจะใช้อำนาจของตนบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนโดยพลการไม่ได้ แต่จะต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อที่ศาลจะได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีอันเป็นการรับรองสิทธิในการที่จะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตน และเมื่อฝ่ายที่แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ฝ่ายที่ชนะคดีหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงมีอำนาจบังคับคดีโดยการขอให้องค์กรที่มีอำนาจในการบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีให้เป็นไปตามสิทธิของตนซึ่งได้รับการรับรองโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลแล้ว การบังคับคดีแพ่งจึงเป็นกระบวนการบังคับเพื่อให้บรรลุผลตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในคดีแพ่งภายหลังจากศาลได้มีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งแล้ว

เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะต้องมีการบังคับคดี (คำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะต้องมีการบังคับคดี หมายถึง คำพิพากษาหรือคำสั่งที่กำหนดให้คู่ความฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจจะเป็นการกำหนดให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใด ๆ เช่น เมื่อศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระเงินจำนวนหนึ่งแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือให้คืน ให้ใช้ราคาทรัพย์สิน ให้ออกไปจากบ้านเช่า ตึกแถว โรงเรือน หรือที่ดิน เป็นต้น) แล้ว โดยหลักเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องออกคำบังคับ (คำบังคับ คือ คำสั่งของศาลที่สั่งให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยกำหนดวิธีที่จะปฏิบัติไว้รวมทั้งระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่จำเป็นและกำหนดวิธีการบังคับไว้ในตอนท้ายว่า ถ้าผู้ต้องคำบังคับไม่ปฏิบัติตาม ผู้นั้นจะต้องถูกยึดทรัพย์หรือถูกจับและจำขัง เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลมีคำบังคับก็เพราะคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นเพียงคำวินิจฉัยได้เพียงและชี้ขาดถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่ความเท่านั้นไม่มีสภาพบังคับ) (พิพัฒน์ จักรวงกูร, 2534, หน้า 151-152) แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น โดยกำหนดวิธีการให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำบังคับภายในระยะเวลาและเงื่อนไขตามที่ศาลกำหนด หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำ

บังคับภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีอำนาจขอให้มีการบังคับคดีตามคำพิพากษาได้ คำบังคับจึงเป็นสิ่งที่เชื่อมต่อระหว่างการสิ้นสุดของการดำเนินคดีในศาลกับการเริ่มต้นของการบังคับคดี (ศุภลักษณ์ จันทพลาบูรณ์, 2532, หน้า 6) สำหรับคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ไม่ต้องมีการบังคับคดี ศาลก็ไม่ต้องออกคำบังคับ ซึ่งได้แก่ คำพิพากษาหรือคำสั่งที่ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้คู่ความฝ่ายหนึ่งต้องใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน หรือกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใด ๆ ให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่ไม่มีอะไรจะบังคับหรือไม่จำเป็นต้องบังคับ

การบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีแพ่งอาจแยกพิจารณาตามวัตถุประสงค์แห่งหน้าที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาชำระเงิน ในกรณีนี้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในกรณีที่ทรัพย์สินหรือสิทธิอยู่ที่บุคคลภายนอกหรือเป็นของบุคคลภายนอก ซึ่งจะต้องส่งมอบหรือโอนกรรมสิทธิ์หรือชำระให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจร้องขอให้ดำเนินการบังคับคดีโดยการอายัดทรัพย์สินและเงินที่ลูกหนี้มีสิทธิได้รับจากบุคคลภายนอกได้ และนำออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษา

(2) กรณีที่ศาลพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใด ๆ เช่น ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือถอนสิ่งปลูกสร้างออกจากทรัพย์สินพิพาท หรือพิพากษาขับไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจจัดการบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษาปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุในหมายบังคับคดีได้ เช่น ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาคืนไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาออกจากทรัพย์สิน หากไม่มีบุคคลใดอยู่อาศัยในทรัพย์สินพิพาท เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจมอบทรัพย์สินนั้นให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเข้าครอบครองได้ทันที และหากลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบริวารยังไม่ออกไปตามคำบังคับของศาล เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจรายงานต่อศาลเพื่อมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบริวารของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ หรือในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษากระทำการหรือให้งดเว้นกระทำการ ศาลอาจสั่งบังคับโดยให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนและลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย หรือขอให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งหากลูกหนี้ตามคำพิพากษาจงใจไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจขอให้ศาลสั่งให้จับกุมหรือกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้

การบังคับคดีเป็นวิธีดำเนินการเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยเป็นกระบวนการพิจารณาที่จะต้องดำเนินการภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาซึ่งจะต้องมีการบังคับคดีแล้ว ซึ่งการดำเนินการบังคับคดีส่วนมากมิได้กระทำโดยศาล แต่กระทำโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี อย่างไรก็ตาม อำนาจบังคับคดีก็เป็นอำนาจของศาล ศาลที่มีอำนาจบังคับคดีย่อมมีอำนาจบังคับคดีด้วยวิธีบังคับคดีทั้งปวง เช่น ออกคำบังคับ ออกหมายบังคับคดี ออกหมายจับลูกหนี้ตามคำพิพากษาแบบมีอำนาจทำคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง (ประจักษ์ พุทฺธสมบัติ, 2544, หน้า 116) เจ้าพนักงานบังคับคดีมีฐานะเป็นเพียงเจ้าพนักงานของศาล ซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการบังคับคดีตามขั้นตอนแห่งการบังคับคดีและต้องปฏิบัติตามคำสั่งศาลเท่านั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีจะอุทธรณ์หรือฎีกาคำสั่งศาลไม่ได้ นอกจากนี้ในการดำเนินการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติการแทนก็ได้ ทั้งนี้ตามคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ดี แม้ว่าในชั้นบังคับคดีศาลจะมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีตามวิธีการที่กำหนดในกฎหมายแล้วก็ตาม ก็ยังอาจบังคับคดีโดยวิธีการใด ๆ ได้อีก เช่น ตามการตกลงหรือประนีประนอมยอมความที่คู่กรณีอาจตกลงให้บังคับคดีอย่างใดก็ได้ ศาลก็จะกำหนดวิธีการที่นอกเหนือได้ แต่ต้องเป็นวิธีการที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ไม่ประสงค์จะให้มีการพิพาทกันในคดีแพ่งกฎหมายจึงเปิดโอกาสให้มีการสละสิทธิในการบังคับคดี หรืองดการบังคับคดีชั่วคราวได้ เพื่อให้คู่ความมีโอกาสผ่อนปรนช่วยเหลือกันได้ตามสมควร (ศุภลักษณ์ จันทพลาบูรณ์, 2532, หน้า 58)

กล่าวโดยสรุป การบังคับคดีแพ่งเป็นกระบวนการบังคับเพื่อให้บรรลุตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในคดีแพ่ง กล่าวคือ เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีอันเป็นการรับรองสิทธิของคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในการที่จะบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตน ซึ่งก็เป็นการกำหนดภาระหน้าที่แก่คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นด้วย และหากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาขอที่จะร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ อำนาจบังคับคดีเป็นอำนาจของศาล โดยมีเจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นเจ้าพนักงานในการดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลซึ่งอาจมอบหมายให้บุคคลอื่นปฏิบัติการแทนได้

### 3. ความแตกต่างของการบังคับทางปกครองและการบังคับคดีแพ่ง

การบังคับทางปกครองและการบังคับคดีนั้นต่างก็เป็นการใช้อำนาจรัฐเข้าไปกำหนด พฤติกรรมและจำกัดตัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเป็นการทำให้การบังคับใช้กฎหมาย บรรลุผลได้ในทางปฏิบัติด้วยกันทั้งสิ้น แต่สภาพบังคับทั้งสองกรณีดังกล่าวก็มีลักษณะที่แตกต่าง กันบางประการ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

(1) การบังคับทางปกครองและการบังคับคดีมีลักษณะที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ คือ สิ่งที่ใช้เป็นฐานของการบังคับ กล่าวคือ ในกรณีการบังคับทางปกครองนั้น สิ่งที่เป็นฐานของการ บังคับทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนเฉพาะราย โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็น ฐานของการบังคับทางปกครองนั้น จะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะต้องมีการบังคับการให้ เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองหากผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง นั่นก็คือ คำสั่งทาง ปกครองที่กำหนดภาระหน้าที่ให้ผู้รับคำสั่งหรือต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ว่าจะเป็ นการกำหนดให้ชำระเงิน หรือให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใด ๆ เช่น คำสั่งเรียกให้ชำระ ค่าภาษีอากร คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร คำสั่งให้งดการก่อสร้างอาคาร เป็นต้น ซึ่งการที่เจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองจะสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองบังคับกับเอกชนคนใดคนหนึ่งได้นั้นจะต้อง ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจออกคำสั่ง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจออกคำสั่ง ซึ่งมีผลทำให้ผู้รับคำสั่งหรือผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้คำสั่ง ทางปกครองต้องปฏิบัติตาม และหากผู้รับคำสั่งหรือผู้ที่ตกอยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ เห็นด้วย ก็ชอบที่ได้แย้งคัดค้านตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้าไม่ใช่สิทธิโต้แย้งคัดค้าน ภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดและกระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ชอบที่จะนำมาตราการบังคับต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้มาใช้ บังคับเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออก คำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ แต่ในกรณีของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่ง ทางปกครองดังกล่าวได้ แต่ในกรณีของการบังคับคดีนั้น สิ่งที่เป็นฐานของการบังคับคดี ได้แก่ คำ พิพากษา ตัวอย่างเช่น ในคดีแพ่งเมื่อศาลมีคำพิพากษาซึ่งจะต้องมีการบังคับคดี เช่น คำพิพากษาให้ จำเลยชำระหนี้ให้แก่โจทก์ คำพิพากษาให้ขับไล่จำเลยออกจากที่ดินพิพาท คำพิพากษาย่อมมีผล ผูกพันคู่ความในคดีในการที่จะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา และศาลจะออกคำบังคับกำหนดวิธีการ ให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง และเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา โดยอาศัยอำนาจตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล



(2) หากพิจารณาในแง่ขององค์กรที่มีอำนาจบังคับการ จะพบว่าองค์กรที่มีอำนาจบังคับทางปกครองกับองค์กรที่มีอำนาจบังคับคดีนั้นมีความแตกต่าง กล่าวคือ กรณีการบังคับคดีไม่ว่าจะเป็นการบังคับคดีอาญา การบังคับคดีแพ่ง หรือการบังคับคดีปกครองก็ตาม องค์กรที่มีอำนาจบังคับคดี คือ องค์กรตุลาการ โดยจะมีหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินการบังคับตามคำบังคับของศาลซึ่งออกตามคำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ อันเกี่ยวข้องด้วยการบังคับคดี แตกต่างกันตามลักษณะของคดีแต่ละประเภท แต่การบังคับทางปกครองนั้นเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้เป็นไปตามลักษณะของคดีแต่ละประเภท แต่การบังคับทางปกครองนั้นเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้เองตามวิธีการและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาพิพากษาจากองค์กรตุลาการก่อน ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุผลสำคัญอันเนื่องมาจากภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายในการปฏิบัติราชการต่าง ๆ กับประชาชน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินการกิจในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งต้องการความเร่งด่วนในการดำเนินการเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม กฎหมายจึงบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการบังคับทางปกครองได้เองในบางกรณีเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ อันจะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการกิจทางปกครองได้อย่างต่อเนื่อง รวดเร็วและในบางกรณียังเป็นการป้องกันและแก้ไขเยียวยาปัญหาหรือความเสียหายซึ่งหากไม่รีบดำเนินการแล้วจะยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือต่อสังคมส่วนรวมมากขึ้น ประกอบกับกระบวนการแก้ไขเยียวยาความเสียหายโดยองค์กรตุลาการมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนและใช้เวลานาน ทำให้ไม่สามารถดำเนินการกับเหตุการณ์หรือปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทันทั่วถึง ส่งผลให้เกิดความเสียหายมากขึ้น เช่น กรณีการบังคับจัดเก็บภาษีอากรประเภทต่าง ๆ เพื่อให้สามารถนำมาใช้เป็นเงินงบประมาณแผ่นดินในการบริหารประเทศได้อย่างต่อเนื่อง หรือกรณีการบังคับรื้อถอนอาคาร สิ่งก่อสร้าง หรือสิ่งอื่นใด เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนหรือเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเอง เป็นต้น

(3) การบังคับทางปกครองและการบังคับคดียังมีความแตกต่างกันในแง่ของการเริ่มต้นของอำนาจบังคับการ กล่าวคือ การบังคับทางปกครองเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองจะเริ่มต้นกระทำการบังคับทางปกครองได้เองเมื่อมีการกระทำฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการบังคับทางปกครองภายใต้ขอบเขตและเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ ส่วนการเริ่มต้นของอำนาจบังคับคดีนั้น ศาลไม่อาจบังคับได้เองทันที เมื่อมีการกระทำฝ่าฝืนกฎหมาย แต่จะต้องมีผู้เสียหายหรือถูกโต้แย้งสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลไม่ว่าจะเป็นการ

ฟ้องหรือการร้องขอเพื่อให้ศาลได้พิจารณาพิพากษาและใช้มาตรการบังคับตามที่กฎหมายบัญญัติแต่ การสิ้นสุดของอำนาจบังคับทางปกครองและอำนาจบังคับคดีนั้นมีลักษณะเดียวกัน คือ อำนาจ บังคับคดีจะสิ้นสุดเมื่อได้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาแล้ว

SPU CHONBURI