

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐ¹ (État) เป็นองค์กรที่เกิดขึ้นโดยประชาชนกลุ่มหนึ่งรวมตัวกันจัดการปกครองตนเอง เพื่อประโยชน์ร่วมกัน โดยทั่วไปเห็นตรงกันว่าความเป็น รัฐ นั้นจะต้อง (1) มีจำนวนราษฎรที่แน่ชัด (2) มีอาณาเขตที่แน่นอน (3) มีการจัดองค์กรในการปกครอง และ (4) มีอิสระในการปกครองตนเอง ทั้งนี้ John Locke ได้กล่าวว่าความเห็นพ้องและยินยอมด้วยกัน มนุษย์ได้สร้างสังคมขึ้นให้เป็น องค์กรที่มีอำนาจที่จะกระทำการได้อย่างบุคคลคนหนึ่งโดยดำเนินการตามเจตจำนงของ ฝ่ายข้างมาก² จึงเป็นการรวมตัวของกลุ่มคนซึ่งเป็นราษฎรจัดตั้งเป็นเมืองที่มีเอกราช และร่วม ดำเนินการเมืองกันเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนตามเจตนารมณ์อันร่วมกัน การรวมตัวกันจัดตั้งเป็น รัฐมาตั้งแต่โบราณและสืบเนื่องตลอดมา โดยมีการจัดการภายในรัฐเปลี่ยนแปลงมาหลายระบบ ตั้งแต่ระบบผู้นำคนเดียว ระบบผู้นำเป็นกลุ่ม ระบบกษัตริย์แบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์³

¹ คำว่า รัฐ นั้นในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า État ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า State ซึ่งมาจากภาษาละตินว่า *status* ที่แปลว่า “สิ่งที่ยืนขึ้น” *Ce qui est debout*. ในความหมายดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงขนาดและขอบตำแหน่งที่อยู่เหนือ การประทุษร้ายของพลเมืองหรือผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง รัฐนั้นไม่ได้เป็นผลจากเหตุการณ์ตามธรรมชาติที่ทำให้เกิดรัฐ ขึ้น เพราะสามารถพบฐานที่มั่นที่ก่อให้เกิดรัฐขึ้นได้ ถ้ามองในแง่ดังกล่าวรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นหรือถูกผลิต ขึ้นจากประวัติศาสตร์ กล่าวคือ รัฐเป็นผลผลิตที่เกิดจากประวัติศาสตร์แห่งชนชาตินั้น ๆ โปรดคู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 19.

² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์. หน้า 61.

³ ระบบกษัตริย์แบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) คือ ระบอบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นผู้ปกครอง และมีสิทธิ์ขาดในการบริหารประเทศ ในระบอบการปกครองนี้ กษัตริย์ก็คือกฎหมาย กล่าวคือ ที่มาของกฎหมาย ทั้งปวงอยู่ที่กษัตริย์ คำสั่ง ความต้องการต่าง ๆ ส่วนมีผลเป็นกฎหมาย กษัตริย์มีอำนาจในการปกครองแผ่นดินและ พลเมืองโดยอิสระ โดยไม่มีกฎหมายหรือองค์กรตามกฎหมายใด ๆ จะห้ามปรามได้ แม้องค์กรทางศาสนาอาจ ทัดทานกษัตริย์จากการกระทำบางอย่างและองค์รัฐาธิปไตย (กษัตริย์) นั้นจะถูกคาดหวังว่าจะปฏิบัติตามธรรมเนียม แต่ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้น ไม่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใด ๆ ที่จะอยู่เหนือกว่าคำชี้ขาดของ

(Ancien Régime) และในปัจจุบัน คือ ระบบประชาธิปไตย ซึ่งในสังคมประชาธิปไตย (Democratic Society) นั้นเป็นที่ยอมรับกันในหลักการว่า คนทุกคนมีเสรีภาพ (Liberty) ที่จะคิดและกระทำตามที่ตนตัดสินใจแล้วว่าเหมาะสมแก่ตน (Self-Determination) เสรีภาพดังกล่าวก่อให้เกิดสิ่งที่บุคคลอื่นต้องให้การยอมรับไม่ล่วงละเมิด ฉะนั้น บรรดาสิทธิ⁴ (Rights) ต่าง ๆ จึงเกิดตามมาไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในทางการเมือง สิทธิในความเป็นบุคคล สิทธิในทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดการที่ สังคมนั้นประกอบด้วยคนหลายคน การใช้สิทธิและเสรีภาพของคนหนึ่งจึงอาจกระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของคนอื่นได้ ขณะเดียวกันก็มีประโยชน์บางอย่างที่เป็นประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) แต่ละบุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพของตนให้เสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวมนั้นไม่ได้เช่นกัน กรอบหรือข้อจำกัดของการใช้สิทธิและเสรีภาพจึงต้องมีอยู่เสมอ ซึ่งโซเครตีส (Socrates) 469 BC 399 BC ได้กล่าวว่า ที่ใดที่บุคคลทุกคนใช้สิทธิและเสรีภาพมากเกินไป ที่นั่นก็จะเปลี่ยนเป็นที่ไม่มีเสรีภาพ และทุกคนจะตกเป็นทาสของผู้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นจะถูกจำกัดโดยกฎหมาย การจำกัดสิทธิโดยกฎหมายนี้มีได้ 2 ลักษณะ คือ (1) ออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิโดยตรง หรือ (2) กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการทางปกครองจำกัดสิทธิต่าง ๆ ได้ ดังนั้น ตามหลักกฎหมายการใช้อำนาจทางปกครองจะต้องมีฐานตามกฎหมาย และการใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้ นั่นจะต้องเป็นไปโดยถูกต้อง

กฎหมายปกครอง คือ กฎหมายที่เกี่ยวกับการปกครอง เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดองค์กรของฝ่ายปกครอง วิธีการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่ออำนาจ หน้าที่หรือสิทธิของบุคคลอื่น บางกรณีอาจทำให้สิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่นเปลี่ยนแปลงไป แต่บางกรณีก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบที่ฝ่ายปกครองจะต้องพยายามให้แก่ผู้ที่เสียหาย ฉะนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของฝ่ายปกครองด้วยกันเอง หรือระหว่างองค์กรของฝ่ายปกครองกับเอกชน อย่างไรก็ตาม เอกชนนี้อาจ

รัฐาธิปไตย ตามทฤษฎีพลเมืองนั้น ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มอบความไว้วางใจทั้งหมดให้กับพระเจ้าแผ่นดินที่ดีพร้อมทางสายเลือดและได้รับการเลี้ยงดูฝึกฝนมาอย่างดีตั้งแต่เกิด

⁴ สิทธิ (Rights) คือ อำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายบัญญัติโดยรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด ต่อทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น ในขณะที่เดียวกันก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องเคารพต่อสิทธิของบุคคลอื่น สิทธินั้นจะก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิของบุคคล ในบางกรณีก็ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิที่สำคัญในระบบประชาธิปไตย เช่น สิทธิเลือกตั้ง สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิส่วนบุคคล

⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 2. หน้า 7.

เป็นประชาชนหรือเป็นเจ้าของหน้าที่เองก็ได้⁶ เพราะกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดโครงสร้างของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ รัฐเป็นสิ่งสมมติขึ้นไม่มีตัวตน ดังนั้น ในการดำเนินกิจการอันเป็นหน้าที่ของรัฐ จึงจำเป็นต้องมีบุคคลเข้ามาดำเนินการแทน บุคคลที่เข้ามาดำเนินการแทนรัฐนั้น เรียกกันทั่วไปว่า เจ้าของหน้าที่ของรัฐ แต่ในรัฐนั้นอาจจำแนกการกระทำของของรัฐได้ ดังนี้⁷

(1) การกระทำทางนิติบัญญัติ (2) การกระทำทางตุลาการ และ (3) การกระทำทางปกครอง โดยการกระทำทางปกครองนี้ ผู้ที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่ใช้อำนาจแทนรัฐ คือ ข้าราชการทั้งหลาย โดยมีการจัดโครงสร้างของการบริหารราชการออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ราชการบริหารส่วนกลาง (The Center Public Administration) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค (Provincial Administration) และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น (Local Administration) ดังนั้น เพื่อให้สามารถบริหารราชการได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตาม การกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย ตามหลักการว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปตามหลักนิติรัฐ⁸ (Legal State) ซึ่งหมายความว่า องค์การของฝ่ายรัฐหรือฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำลักษณะดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด⁹ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยกฎหมายเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้น ๆ มีหน้าที่ดูแลขั้นตอนของการพิจารณาให้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยตามวัตถุประสงค์และรวดเร็ว มิใช่ปล่อยให้เป็นเรื่องของกลุ่มความเหมือนกับวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อขจัดโอกาสที่จะวินิจฉัยสั่งการผิดพลาดตั้งแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มิใช่

⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 1.

⁷ มานิตย์ จุมปา. (2554). คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 27.

⁸ หลักนิติรัฐ ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Legal State ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า État de droit และภาษาเยอรมันใช้คำว่า "Rechtsstaat" หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นว่านั้น โดยพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัดไปตลอด เรื่องเดียวกัน. หน้า 62.

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน : รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 194-208.

คิดเพียงว่าหากผิดพลาดประการใดแล้วประชาชนก็สามารถใช้สิทธิทางศาลได้¹⁰ อย่างไรก็ตาม บุคคลคนใดที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครองซึ่งตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อม มีสิทธิร้องขอให้ศาลพิพากษาการกระทำทางปกครองนั้นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การควบคุม การกระทำของฝ่ายปกครอง โดยวิธีการอื่นนอกจากโดยองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะในขั้นตอนแรก ของกระบวนการในการใช้อำนาจ คือ ขั้นตอนก่อนที่จะออกคำสั่ง หรือในการวินิจฉัยสั่งการของ เจ้าหน้าที่ถ้าหากมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่จัดเป็นระบบที่แน่นอนชัดเจน ก็จะสามารถป้องกันปัญหาของการกระทบสิทธิของประชาชนได้อย่างดี เรื่องดังกล่าวจึงก่อให้เกิด ความคิดในเรื่องการประกันสิทธิให้แก่ประชาชน กล่าวโดยสรุปได้ว่า นิติรัฐ คือ รัฐภายใต้กฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ อันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฉะนั้น ในนิติรัฐหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีความสำคัญ

การกระทำทางปกครอง อาจแยกออกเป็น 2 ประเภท

1) บรรดาการกระทำของฝ่ายบริหาร (L'Exécutive) ในฐานะที่เป็นหัวหน้ากระทรวง ทบวง กรม หรือในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาของข้าราชการประจำ ในกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ

2) การกระทำของข้าราชการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Autorité administrative) หรือการกระทำทางปกครองนั้น นอกจากสัญญาทางปกครองและละเมิดทางปกครองแล้ว อาจจะ พิจารณาแยกออกได้เป็น กฎ (Règlement) อย่างหนึ่ง กับคำสั่งทางปกครอง (Acte Administratif) อีก อย่างหนึ่ง ทั้งกฎและคำสั่งทางปกครอง ถือเป็นการกระทำทางปกครอง และเป็นนิติกรรมทาง ปกครองฝ่ายเดียว (Acte administrative unilatéral) สำหรับคำสั่งทางปกครอง เป็นรูปแบบหนึ่งของ การกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นมาตรการที่ฝ่ายปกครองให้เป็นเครื่องมือในการก่อกวนสัมพันธ ะหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน และเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้บ่อยที่สุดในบรรดาเครื่องมือ ทั้งหลายของฝ่ายปกครอง เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองประการหนึ่งย่อมต้อง ตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย

การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย จำเป็นที่จะต้องจัดให้มีการควบคุมตรวจสอบการ กระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองนั้น โดย หลักแล้วมีอยู่ 2 ประการ คือ (1) การควบคุมแบบป้องกันประการหนึ่ง (2) การควบคุมแบบแก้ไข อีกประการหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครองมีขั้นตอนเริ่ม ตั้งแต่การคิด ตระเตรียมการ และออกคำสั่งทางปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของ

¹⁰ กมลชัย รัตนสกวาส์. (2537). พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 100.

คำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองเป็นการควบคุมเบื้องต้นเพื่อป้องกันมิให้คำสั่งทางปกครองที่จะออกมาในอนาคตไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แบ่งได้ 3 ประการ¹¹ ดังนี้

ประการแรก การสร้างองค์กรที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นเบื้องต้นก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่กฎหมายให้ต้องทำและถือตามความเห็นขององค์กรให้ความเห็นเบื้องต้นหรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องปรึกษาแต่จะถือตามความเห็นหรือไม่ก็ได้ หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องปรึกษาซึ่งขึ้นอยู่กับใจสมัครของฝ่ายปกครอง

ประการที่สอง การให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนที่จะถูกผลกระทบของคำสั่งทางปกครองมีสิทธิในการป้องกันตนเอง เช่น การไต่สวนสาธารณะ การต้องให้โอกาสประชาชนเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

ประการสุดท้าย การเปิดโอกาสให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงเอกสารของทางราชการ และการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทำให้ความลับของทางราชการ (Classified) คลายความศักดิ์สิทธิ์ลง และการบังคับให้ฝ่ายปกครองให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นหลักประกันอันเป็นภาวะวิสัยเพราะทำให้ประชาชนได้ทราบถึงเหตุและผล (Reason) ในการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น นอกจากนี้ เหตุผลนั้นเองจะเป็นสิ่งที่ประชาชนสามารถที่จะนำไปโต้แย้งคัดค้านในกรณีที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

เมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ของประชาชน เพื่อให้เป็นการแน่ใจว่าคำสั่งปกครองที่ออกมานั้นชอบด้วยกฎหมาย ต้องมีวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการควบคุมภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งทางปกครองแล้ว ก็คือ การควบคุมแบบแก้ไข โดยสามารถทำได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง สามารถจำแนกลักษณะของการควบคุมได้เป็น 2 ประเภท คือ

1.1 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ (Appeal) คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะได้รับการพิจารณาเป็นการภายในฝ่ายปกครอง โดยปกติจะไม่มีวิธีพิจารณาที่แน่นอน ชัดเจน และขาดการเปิดโอกาสให้

¹¹ โภคิน พลกุล. (2524). รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง. วารสารนิติศาสตร์, 1. หน้า 41-50.

ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้ามาในกระบวนการพิจารณาเพื่อเสนอข้อโต้แย้ง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นข้อพิพาท ซึ่งสามารถอุทธรณ์หรือร้องเรียนต่อผู้ดำเนินการหรือต่อผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่าผู้ดำเนินการซึ่งเป็นไปตามหลักของอำนาจการบังคับบัญชา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ผู้รับอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้ทั้งในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ไม่ได้ให้หลักประกันที่จริงจังต่อประชาชน เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย โดยขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการอุทธรณ์ให้ทบทวนคำสั่งทางปกครองถูกมองว่าฝ่ายปกครองเป็นคู่ปรับกันในเรื่องนั้น คือ เป็นทั้งผู้ถูกกล่าวหาและผู้พิจารณา วิธีการนี้จึงไม่มีประสิทธิภาพพอในการคุ้มครองหรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

1.2 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาทเป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่จัดว่าอยู่ในระดับที่ให้หลักประกันแก่เอกชนเหนือกว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมาย โดยเฉพาะตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นคณะกรรมการก็ได้ โดยปกติมีหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปหรือที่เกี่ยวกับหน่วยงานหนึ่ง แต่บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวไม่ใช่องค์กรศาล เพียงแต่ว่าในการพิจารณาอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องเคารพรูปแบบและกระบวนการวิธีพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ การพิจารณาอุทธรณ์ในลักษณะนี้เปิดโอกาสให้มีการต่อสู้และโต้แย้งคัดค้านแก้ข้อกล่าวหา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้จะกระทำได้ต่อเมื่อ มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับรูปแบบและดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการพิจารณา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ย่อมเป็นหลักประกันดีกว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นการอุทธรณ์ต่อองค์กรกลางและมีวิธีพิจารณาที่เป็นหลักประกันที่ใกล้เคียงกับวิธีพิจารณาของศาล ซึ่งการอุทธรณ์ลักษณะนี้นิยมใช้กันมากในสหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา

2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ด้วยเหตุที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดบางประการ จึงเป็นการจำเป็นต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง มีรูปแบบการควบคุมอยู่หลายลักษณะ เช่น Ombudsmam ของราชอาณาจักรสวีเดนที่สามารถร้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาคำสั่งของตนใหม่ได้ หรือ Prokuratura ของสหพันธรัฐรัสเซีย ซึ่งเป็นองค์กรอัยการและมีหน้าที่สอดส่องดูแลการเคารพต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง ที่สามารถคัดค้านต่อการกระทำที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและยังสามารถขอให้มีการพิจารณาใหม่ หรือศาลซึ่งอาจจะเป็นศาลยุติธรรม (courts of

justice) หรือศาลปกครองก็แล้วแต่แนวคิดของแต่ละประเทศ ซึ่งศาลจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น¹²

ด้วยเหตุนี้ ในการศึกษาครั้งนี้ จะกล่าวถึงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บทบัญญัติว่าด้วยเจ้าหน้าที่ ซึ่งบัญญัติอยู่ในส่วนที่ 1 หมวดที่ 2 คำสั่งทางปกครอง เมื่อก้าวถึงคำสั่งทางปกครองนั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า คำสั่งทางปกครองและหมายถึงการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ หรือการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง (มาตรา 5¹³) และการทำคำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น (มาตรา 12¹⁴)

หากเมื่อพิจารณาถึงคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครอง ย่อมอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (Jurisdiction) ที่จะพิจารณาพิพากษา ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้ใน มาตรา 9 วรรคหนึ่ง¹⁵ อย่งไรก็ตาม บางครั้งก็มีปัญหา หรือการดำเนินการอยู่ 3 ประการ ที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง คือ

¹² เรื่องเดียวกัน. หน้า 56-57.

¹³ มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า

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

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

๑๓๑

๑๓๑

¹⁴ มาตรา 12 คำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

¹⁵ มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมี

- (1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร
- (2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการ
- (3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชั้นอุทธรณ์ (มาตรา 9 วรรคสอง¹⁶)

ลักษณะเป็นการสร้างขึ้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

¹⁶ มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขึ้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

๑๗๑

๑๗๑

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

- (1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร
- (2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ
- (3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อการศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาโต้แย้งคัดค้านมติคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมในกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลศึกษากรณีมติคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมที่ไม่รับรองหลักสูตรปริญญาโททางกฎหมายของสถาบันอุดมศึกษา
2. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีพัฒนาการของการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง
3. เพื่อพิจารณาแนวทางในการแก้ปัญหาที่เกิดจากมติคณะกรรมการตุลาการของศาลยุติธรรม
4. เพื่อศึกษาการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง โดยเปรียบเทียบกับปัญหาการโต้แย้งคัดค้านมติคณะกรรมการตุลาการของศาลยุติธรรมในกรณีที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก
5. เพื่อเสนอแนะและแนวคิดการดำเนินการค้นหาแนวทางการโต้แย้งคัดค้านมติคณะกรรมการศาลยุติธรรม และการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการสมัคร การสอบคัดเลือก และการทดสอบความรู้ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ ในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2558 กำหนดให้คณะกรรมการตุลาการ หรือ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม สามารถมีมติคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมรับรองหรือไม่รับรองหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตของสถาบันอุดมศึกษาในประเทศไทยนั้น ส่งผลให้ผู้สมัครสอบเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา มีคุณสมบัติไม่ครบถ้วน ตามมาตรา 21 (2) (ค) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ซึ่ง มติคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมดังกล่าว ถือเป็น การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง (2) กำหนดให้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม มติคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ที่ไม่รับรองปริญญาบัตรทางกฎหมายของสถาบันอุดมศึกษา หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามคำนิยามมาตรา 5 คำสั่งทางปกครอง มีผลก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

สถานะของบุคคล เป็นไปตามคำนิยามในมาตรา 5 ที่ออกโดยฝ่ายปกครองซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้สมัครสอบฯ

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 48 บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองของบรรดาคณะกรรมการต่าง ๆ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ ให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งต่อศาลปกครองคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งนั้น และมาตรา 44 บัญญัติว่าภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับคำสั่งดังกล่าว

มติคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมดังกล่าวนั้น เมื่อมีมติแล้วถือเป็นที่สุด และไม่มีบทบัญญัติกำหนดวิธีการอุทธรณ์เป็นการเฉพาะ และหากกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของผู้สมัครสอบฯ หรือสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้ต้องเสียประโยชน์จากมติดังกล่าว จะสามารถอุทธรณ์ หรือโต้แย้งมติคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมได้หรือไม่ จึงสนใจใคร่ศึกษาในประเด็นดังกล่าว อันจะทำให้การใช้บังคับกฎหมายมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาครั้งนี้มุ่งถึงปัญหาการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง การอุทธรณ์ และการขอให้พิจารณาใหม่ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ประวัติความเป็นมาของการพัฒนากฎหมาย คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา งานวิจัยในประเทศและต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อให้ทราบเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติควรเป็นเช่นไร และเพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาคือ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้ เป็นการศึกษาวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากมติไม่รับรองหรือเพิกถอนหลักสูตรปริญญาโททางกฎหมายของสถาบันอุดมศึกษาโดยศึกษาจากคำวินิจฉัย เอกสาร ผลงานทางวิชาการ บทบัญญัติกฎหมาย หรือคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครอง

วิทยานิพนธ์ และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งของไทยและต่างประเทศ รวมทั้งสืบค้นข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เพื่อวิเคราะห์หาข้อสรุป ข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมาย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้เข้าใจสภาพปัญหา เกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ในเรื่องของคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง
2. ทำให้ทราบแนวความคิดและหลักการพื้นฐานสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครองและหลักเกณฑ์ในการทบทวนคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายไทย
3. ทำให้ทราบมาตรการทางกฎหมาย หลักการพื้นฐานสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครองและหลักเกณฑ์ในการทบทวนคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบผลการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเปรียบเทียบกับปัญหาการโต้แย้งคัดค้านมติคณะกรรมการตุลาการของศาลยุติธรรมในกรณีที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก
5. ทำให้ทราบข้อเสนอแนะและแนวความคิดการดำเนินการค้นหาแนวทางการโต้แย้งคัดค้าน มติคณะกรรมการศาลยุติธรรม และการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง