

บทที่ 2

หลักการและแนวความคิดเกี่ยวกับการคัดค้านคำสั่งของเจ้าพนักงานดูแล การชุมนุมสาธารณะในกรณีที่ผู้ชุมนุมกระทำการอันมีลักษณะรุนแรง

การศึกษาการคัดค้านคำสั่งของเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะในกรณีที่ผู้ชุมนุมกระทำการในลักษณะรุนแรงนั้น มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักการและแนวความคิดเกี่ยวกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน หลักนิติรัฐในการให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ และกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมในต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์โดยหลักการและแนวคิดดังกล่าวมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

แนวคิดเกี่ยวกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น เป็นแนวคิดที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งไม่ใช่แนวคิดใหม่ แต่เป็นแนวคิดที่สอดแทรกในทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social contract) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Constitution) ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (Deconcentration) และหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 ทฤษฎีสัญญาประชาคมข้อความคิดอันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

แนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติถือได้ว่าเป็นต้นกำเนิดแนวคิดสัญญาประชาคม¹ โดยแนวคิดของสิทธิตามธรรมชาตินั้นมีอิทธิพลต่อการรับรองสิทธิและเสรีภาพตามสัญญา กล่าวคือ อำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและเสรีภาพที่ปัจเจกชนพึงมีต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นจากเจตนารมณ์ร่วมกันของคนในสังคมนั้น ๆ ที่ยอมสละสิทธิตามธรรมชาติ²

¹เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. (2557). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 68.

²สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) หมายถึง ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งมีพื้นฐานความคิดว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิบางอย่างในฐานะที่เป็นมนุษย์ เป็นสิทธิที่ติดมากับความเป็นมนุษย์ และเป็นบรรทัดฐานของสิทธิที่รัฐให้กับ

บางประการให้ผู้ปกครองออกกฎหมายที่กำหนดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคมได้ ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นนั้นจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับธรรมชาติ และกฎเกณฑ์ตามสัญญา อันเกิดจากความคิสัญญาประชาคม³ นี้เองได้กลายเป็นรากฐานประการสำคัญในระบอบ การปกครองในปัจจุบันที่สมาชิกทุกคนร่วมตกลงกันสร้างกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการปกครองสังคม ซึ่งถือเป็นการมีส่วนร่วมของประชาชนที่จะกำหนดเจตจำนงในการปกครองตนเอง (Will of self-determination) ขึ้น เมื่อรัฐธรรมนูญเกิดจากสัญญาประชาคมที่สังคมและระบบการเมือง การปกครองของสังคม รัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่เหนือทุกส่วนของสังคมการเมือง โดยสมาชิกใน สังคมยินยอมอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม ดังนั้น ประชาชน ย่อมได้รับความคุ้มครองในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินในสังคมร่วมกัน ทั้งยังเป็นการนำมาซึ่ง ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่สะท้อนถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนที่มุ่งหมาย ให้รัฐทำหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และขณะเดียวกันประชาชนก็อาจถูกรัฐจำกัด ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ได้เช่นกัน

ทฤษฎีสัญญาประชาคมเป็นที่นิยมกันมากในภายหลังและมีอิทธิพลแทนทฤษฎี เทวสิทธิ์ และทฤษฎีอธิปไตยเป็นของปวงชน ซึ่งมีรากฐานจากความคิดที่ว่ามนุษย์เป็นผู้สร้างรัฐ โดยการที่มนุษย์ยินยอมร่วมกันทำสัญญาประชาคม (Social Contract) ปราชญ์ที่มีชื่อเสียงในฐานะที่ เป็นผู้ให้กำเนิดทฤษฎีนี้ได้แก่ Thomas Hobbes และ John Locke สองท่านนี้ได้ให้แนวคิดไว้ แตกต่างกัน ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้⁴

Thomas Hobbes มีอายุระหว่าง ค.ศ. 1588-1697 ปราชญ์ผู้นี้ได้เขียนทฤษฎีนี้ขึ้น เพื่อสนับสนุนกษัตริย์ในราชวงศ์สจิวัด (Stuete) ของอังกฤษ (พ.ศ. 2205) ให้มีอำนาจปกครองรัฐ อย่างสมบูรณ์ คือ การก่อให้เกิดระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) เพราะ Hobbes เชื่อว่า การปกครองที่กษัตริย์มีอำนาจเด็ดขาดจะทำให้รัฐมีความมั่นคงและมีระเบียบมากที่สุด ตามแนวความคิดของ Hobbes เห็นว่า มนุษย์เป็นผู้สร้างรัฐ โดยสภาพดั้งเดิมตามธรรมชาติของ

พลเมือง เพราะเป็นสิทธิที่บอกถึงความเป็นมนุษย์ รัฐจะต้องเคารพความเป็นมนุษย์และต้องใช้สิทธิตามธรรมชาติ เป็นต้นแบบของสิทธิที่ให้แก่พลเมือง รัฐใดที่ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ถือว่าผิดศีลธรรม

³สัญญาประชาคม (ภาษาอังกฤษ คือ Social Contract) หมายถึง ทฤษฎีสัญญาประชาคม อันเป็นนัยตามหลัก กฎหมายธรรมชาติ มีลักษณะเป็นสำนึกของจริยธรรมที่ผู้ปกครองควรตระหนักถึง สิทธิบางประการที่ผู้อยู่ใต้ ปกครองได้ยอมสละไป เพื่อความปลอดภัยของตนในสิทธิและเสรีภาพที่ยังคงเหลืออยู่ แนวคิดนี้เป็นพื้นฐานของ การพัฒนาระบอบประชาธิปไตย โดยตรรกะจากสำนึกจริยธรรมดังกล่าว

⁴เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 69-72.

มนุษย์นั้น คือ ต่างคนต่างอยู่ ปราศจากกฎเกณฑ์และระเบียบวินัย มนุษย์จึงประสบแต่ความชั่วร้ายต่าง ๆ เช่น ความว้าเหว่ (Solitary) มีความยากจน (Poor) มีความสกปรก (Dirty) และมีความโหดร้าย (Brutish) สภาพธรรมชาติทำให้เกิดสภาพ อำนาจคือธรรม (Might is right.) อำนาจผันแปรไปตามบุคคล ฉะนั้น มนุษย์มีความจำเป็นต้องมีรัฐบาล มีระเบียบกฎเกณฑ์ข้อบังคับด้วยการทำสัญญา ร่วมกันในทำนองที่ว่ามนุษย์ยอมมอบอำนาจให้รัฐบาลทั้งหมด รัฐบาลทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุด ที่เรียกว่า องค์อธิปัตย์ ประชาชนไม่มีสิทธิ์ที่จะปฏิวัติ แม้จะไม่พอใจนโยบายหรือวิธีการปกครอง เพราะผู้ปกครองไม่ถือว่าเป็นคู่สัญญากับประชาชน ฉะนั้น ผู้ปกครองย่อมมีอำนาจจะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนต้องการ ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะตรงตามเจตนารมณ์ของประชาชนหรือไม่ก็ตาม เพราะประชาชนได้เสียสละสิทธิตามธรรมชาติให้แก่ประมุขแล้ว รัฐบาลตามความหมายนี้จึงเป็น รัฐบาลหรือพระมหากษัตริย์ที่อยู่เหนือกฎหมาย

John Locke มีอายุระหว่าง ค.ศ. 1632-1704 นักปราชญ์ท่านนี้มีแนวความคิดว่า สภาพดั้งเดิมของมนุษย์อยู่ในสภาพธรรมชาติ คือ อยู่กันอย่างมีความสุข มีความมั่นคง มีความปลอดภัยและมีอิสรภาพเสรีภาพที่จะดำเนินการได้ตามใจปรารถนา มนุษย์จึงมีความพอใจจะอยู่ในสภาพธรรมชาติ แต่ในกาลต่อมามนุษย์เกิดความไม่มั่นใจในความสุภาพความสะดวกสบาย ความปลอดภัยและความอิสรเสรีที่ตนได้รับนั้นจะมีอยู่ตลอดไป มนุษย์จึงหาทางป้องกันและหาทางออกโดยการจัดตั้งรัฐบาลขึ้น โดยการมอบอำนาจการปกครองให้บุคคลคณะหนึ่งซึ่งเรียกว่า รัฐบาล¹ ซึ่งจะต้องมีลักษณะ ดังนี้

- 1) รัฐบาลจะต้องกระทำตามเจตนารมณ์ของประชาชน เจตนารมณ์ของประชาชนย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด
- 2) รัฐบาลเกิดจากมนุษย์ทำสัญญามอบอำนาจให้กับหน่วยปกครอง แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อประชาชน
- 3) รัฐบาลมีฐานะเป็นคู่สัญญากับประชาชนผู้มอบอำนาจให้ ฉะนั้น รัฐบาลจะทำอะไรตามความต้องการของตนไม่ได้
- 4) ประชาชนสามารถเปลี่ยนคณะรัฐบาลได้ตามวาระ ถ้าเห็นว่ารัฐบาลนั้นไม่ปฏิบัติงานไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนส่วนใหญ่ในรัฐ

Jean Jacques Rousseau มีอายุระหว่าง ค.ศ. 1712-1778 ซึ่งเป็นนักปราชญ์อีกท่านหนึ่ง ได้เขียนหนังสือขึ้นเพื่อสนับสนุนทฤษฎีสัญญาประชาคมว่า สภาพดั้งเดิมของมนุษย์เป็น

¹บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. (2552). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชน ยุคต่างๆ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 52.

เช่นเดียวกับ Hobbes คือ เป็นสภาพที่ขาดระเบียบวินัย มีความโหดร้ายทารุณ มีความสกปรก เช่นหมา เอารัดเอาเปรียบซึ่งกันและกัน มนุษย์ไม่ต้องการสิ่งชั่วร้ายเหล่านั้น จึงหาวิธีการป้องกัน สร้างสังคมใหม่ที่นำอยู่ขึ้น โดยมนุษย์รวมกันจากเจตนารมณ์เป็นเอกฉันท์⁶ ก่อตั้งชุมชนทางสังคม (Social Community) ขึ้น ซึ่งจะนำไปสู่การก่อตั้งรัฐที่ถูกต้องตามหลักเหตุผลที่แท้จริง ตามแนวความคิดของ Rousseau รัฐมีลักษณะเป็นประชาธิปไตยโดยยึดหลักเจตนารมณ์ที่มีเหตุผล คือ เจตจำนงร่วมกัน (General Will) ซึ่งเป็นพลังผลักดันให้รัฐปฏิบัติการทั้งปวงเพื่อประโยชน์สุขแก่ประชาชนทั่วไป Rousseau นั้นเน้นถึงคุณลักษณะแห่งวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายมากกว่า จำนวนประชาชน ข้อตกลงใด ๆ ที่แม้ว่าประชาชนเห็นพ้องต้องกัน เรียกว่า The will of all แต่ถ้าข้อตกลงดังกล่าวไม่มีคุณลักษณะที่ดำเนินไปเพื่อประโยชน์สุขแก่ประชาชนในรัฐก็ไม่ถือว่าเป็น General Will เพราะสัญญาประชาคมตามความคิดของ Rousseau คือ เอกชนทุกคนยอมยกสิทธิตามธรรมชาติให้แก่ อธิปไตย (Sovereign) ซึ่งได้แก่ General Will ฉะนั้น จึงเท่ากับว่าเอกชนมอบสิทธิให้แก่ชุมชนเป็นส่วนรวม”

จากแนวความคิดของ Rousseau ที่กล่าวมานี้ จึงพอสรุปสาระสำคัญของลักษณะ รัฐบาลตามแนวคิดของ Rousseau ได้ ดังนี้⁷

- 1) รัฐนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นประชาธิปไตย
- 2) รัฐจะต้องปฏิบัติการทั้งปวงเพื่อประโยชน์สุขและสอดคล้องกับความประสงค์ของประชาชนส่วนใหญ่ (General Will)
- 3) เอกชนทุกคนยอมยกสิทธิตามธรรมชาติให้แก่อธิปไตย (Sovereign) ซึ่งได้แก่ General Will นั้น
- 4) ชุมชนเป็นผู้กำหนดนโยบาย แต่รัฐบาลเป็นผู้ดำเนินนโยบายไปปฏิบัติ
- 5) อำนาจอธิปไตยเป็นของชุมชน และอยู่ที่ชุมชนไม่ได้อยู่ที่รัฐบาล
- 6) Rousseau ไม่เห็นด้วยกับความคิดเรื่องรัฐสภา หรือประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน เพราะถือว่าอำนาจอธิปไตยนั้นมีอาจมอบให้แก่บุคคลใดได้ ผู้แทนไม่สามารถแสดงออกหรือสะท้อนเจตนารมณ์ของประชาชนได้จริง ประชาธิปไตยของ Rousseau เป็นประชาธิปไตยโดยตรง⁸ (Direct Democracy) แบบประชาธิปไตยของนครรัฐเอเธนส์และรัฐปาร์ต้า หรือประชาธิปไตยแบบหมู่บ้านสวิส ซึ่งประชาชนมาชุมนุมกันโดยตรง

⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

⁷เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 73-74.

⁸บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 54.

7) ความประสงค์ของคนส่วนใหญ่ (General Will) นั้นต้องยึดหลักศีลธรรม หรือ คุณธรรมเป็นแนวทาง มิฉะนั้นเสียงข้างมากก็จะกลายเป็นทรราชข้างมาก (Majority Tyranny) ไปได้ จากแนวความคิดของนักปราชญ์ทั้ง 3 ท่าน คือ Hobbes และ Locke ผู้ให้กำเนิดทฤษฎี สัญญาประชาคม และ Rousseau ผู้สนับสนุน ต่างก็มีสาระสำคัญของทฤษฎีเหมือนกัน ในข้อที่ว่า รัฐบาลเป็นผลมาจากสัญญาของประชาชน คือ รัฐบาลได้มอบอำนาจจากประชาชน แต่การมอบ อำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะแตกต่างกันอยู่บ้าง คือ Hobbes ถือว่าประชาชนได้มอบอำนาจอธิปไตย ธรรมชาติของตนทั้งหมดให้ผู้ปกครอง ประชาชนจะเรียกคืนหรือทวงถามคืนซึ่งอำนาจและสิทธิ ธรรมชาติคืนไม่ได้โดยประการทั้งปวง แต่ Locke ถือว่ารัฐบาลเป็นรัฐบาลแบบประชาธิปไตยจะต้อง รับผิดชอบต่อกฎสัญญา คือ ประชาชน และประชาชนสามารถที่จะทวงถามเรียกอำนาจและสิทธิ ธรรมชาติคืนได้ ส่วน Rousseau เชื่อว่ารัฐบาลจะต้องเป็นรัฐบาลแบบประชาธิปไตยโดยตรง และรัฐบาลจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ให้สอดคล้องกับความประสงค์ส่วนใหญ่ (General Will) แต่ในปัจจุบันนี้แนวความคิดที่ว่า รัฐบาลเกิดจากการทำสัญญาของประชาชนนั้นจะ มีไม่มากนัก แต่กลับจะเห็นไปว่ารัฐบาลเกิดจากความยินยอมของประชาชนยกอำนาจการปกครองให้อันจะ นำไปสู่รากฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

2.1.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ประกันสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคล

แนวคิดอีกหนึ่งประการที่เป็นรากฐานของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมก็คือหลักความเป็น สูงสุดของรัฐธรรมนูญ⁹ (Supremacy of Constitutional) ซึ่งเป็นผลของรัฐธรรมนูญในระบอบ ประชาธิปไตยอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ เนื่องจากหากได้พิเคราะห์โดยทฤษฎี บริสุทธิ์แห่งกฎหมายที่ว่า กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจออกจากกฎเกณฑ์อื่น ย่อมสูงกว่ากฎเกณฑ์ที่มีมาจาก อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และเป็นกฎเกณฑ์ที่ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้น ทั้งระบบ¹⁰ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมืองในการปกครองรัฐและ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตลอดจนกำหนดรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน จึงส่งผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายที่ออกตามอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญหรือมีลำดับ ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้¹¹ รวมทั้งการกำหนดให้มีการแก้ไข

⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 166-175.

¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 17.

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2555). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 31.

เพิ่มเติม ที่มีกระบวนการแตกต่างจากกฎหมายธรรมดา เพื่อเป็นหลักประกันให้สิทธิและเสรีภาพ ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีความเป็นสูงสุด มิให้มีการออกกฎหมายมาล่วงละเมิดอำนาจ นี้ได้ ในทางตะวันตกเรียกอำนาจดังกล่าวว่า “Judicial Review Power” ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ รัฐธรรมนูญให้เกิดผลในทางปฏิบัติและทำให้รัฐธรรมนูญเป็นจริง มีอำนาจประกาศิตสมกับที่มีการบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักประกันสูงสุด และจากนัยของทฤษฎี รัฐธรรมนูญนิยมที่ต้องกำหนดกลไกในการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปอย่างเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ผนวกกับผลของความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงทำให้การใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้กำหนดไว้ใน รัฐธรรมนูญได้รับประกันที่จักไม่ถูกลบล้างโดยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญได้ ซึ่งก็จะทำให้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมบรรลุผลสำเร็จในที่สุด

การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันในสังคมและมีการจัดตั้งองค์กรทางสังคมหรือสมาคมต่าง ๆ ขึ้นนั้น จำเป็นต้องมีกฎ ระเบียบ หรือกติกา ในการอยู่ร่วมกันด้วยความสงบสุข ซึ่งกฎหรือกติกานั้น มีองค์ประกอบหลายอย่างทั้งที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจนหรือมิได้เขียนไว้เป็น ลายลักษณ์อักษร แต่เป็นขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมนั้น ๆ ที่สมาชิกในสังคมนั้นมีความเข้าใจ และรับทราบโดยทั่วกันและมีการปฏิบัติสืบต่อกันมา ซึ่งในส่วนทางการเมืองยังมีความจำเป็นที่ต้อง มีกฎหรือกติกาในการปกครองประเทศที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อความเป็นอยู่ของคนในประเทศนั้น ๆ ที่เรียกกันว่า รัฐธรรมนูญ (Constitution) ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศซึ่งมี ความสำคัญอย่างยิ่งที่ประชาชนทุกคนและองค์กรต่างๆภายใต้รัฐธรรมนูญจำเป็นต้องรู้และเข้าใจใน เนื้อหาต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะหลักการต่าง ๆ ที่มีการบัญญัติไว้จนทำให้รัฐธรรมนูญถือได้ ว่าเป็นแม่บทของกฎหมายที่ใช้ในการบริหารประเทศซึ่งกฎหมายทุกฉบับต้องไม่ขัดหรือแย้งกับ รัฐธรรมนูญ

Plato¹² เป็นผู้ก่อตั้งสำนักอคาเดมีเป็นสำนักปราชญ์แห่งแรกของโลก โดย Plato เขียนวรรณกรรมที่ได้รับการกล่าวถึงเป็นอย่างมากสามเล่ม คือ Republic, Statesman และ Laws ซึ่งเป็นการเขียนเกี่ยวกับคำสอนในทางการเมือง โดย Plato ได้สร้างตัวละครมาถ่ายทอด ความคิดเห็นและแนวคิดในรูปแบบของการสนทนาใน Republic สะท้อนความคิดเห็นของ Plato

¹²Plato เกิดที่กรุงเอเธนส์ (Athens) เป็นนักปรัชญาชาวกรีกโบราณที่มีอิทธิพลอย่างสูงต่อแนวคิดตะวันตก เขาเป็น ลูกศิษย์ของ Socrates เป็นอาจารย์ของ Aristotle เป็นนักเขียน และเป็นผู้ก่อตั้งอคาเดมี (Academy) ซึ่งเป็นสำนักวิชาใน กรุงเอเธนส์ Plato ใช้เวลาส่วนใหญ่สอนอยู่ที่อคาเดมี แต่เขาก็ได้เขียนเกี่ยวกับปัญหาทางปรัชญาไว้เป็นจำนวนมาก โลกปัจจุบันรู้จักเขาผ่านทางงานเขียนที่หลงเหลืออยู่ ที่ถูกนำขึ้นมาแปลและจัดพิมพ์เป็นในช่วงการเคลื่อนไหว ด้านมนุษยนิยม ทั้งนี้ Plato เสียชีวิตที่กรุงเอเธนส์ (Athens) รวมอายุได้ 80 ปี

ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐในอุดมคตินั้นมีความสมบูรณ์เพียงพร้อมทุกประการ ผู้ปกครองรัฐต้องเป็นผู้มีปัญญามีความรู้ความเข้าใจแยกแยะระหว่างสิ่งที่ดีและสิ่งที่ชั่วออกจากกันมีความสามารถในการชักชวนให้ประชาชนตระหนักถึงคุณค่าของความคิดเพื่อเป้าหมายของการมีชีวิตที่ดี ดังนั้นผู้ปกครองรัฐจึงต้องเป็นผู้มีคุณธรรมศีลธรรมจรรยาที่เรียกว่า ราชนักปราชญ์ (Philosophy King) ผู้ปกครองต้องไม่มีครอบครัวและไม่มีทรัพย์สิน เพื่อจะได้อุทิศตนเองให้แก่รัฐอย่างเต็มที่ ดังนั้นในรัฐดังกล่าวของ Plato จึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมาย ปัญหาและความสามารถของราชนักปราชญ์มีความยืดหยุ่นและช่วยในการแก้ไขสถานการณ์ได้ดีมากกว่ากฎหมายที่ไม่ค่อยจะยืดหยุ่น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อมีราชนักปราชญ์ที่มีคุณธรรมแล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมาย เพราะราชนักปราชญ์คือความยุติธรรมของสังคม แนวคิดของ Plato ดังกล่าวมีความเป็นอุดมคติสูงมาก ซึ่งขัดแย้งต่อความเป็นจริงอย่างมาก ส่วนทางด้านระบบการปกครองนั้น Plato เห็นว่าระบอบการปกครองแบบราชาธิปไตย โดยมีกษัตริย์นักปราชญ์ที่มีคุณธรรมเป็นผู้ปกครองเป็นระบบที่ดีที่สุดสำหรับใน Statesman สะท้อนให้เห็นว่าเพลโตเริ่มยอมรับความเป็นจริงมากขึ้น เพราะคุณสมบัติของราชนักปราชญ์ดูเหมือนเป็นนามธรรมและไม่ได้อยู่ในโลกแห่งความเป็นจริง ด้วยเหตุนี้ Plato จึงเริ่มมองว่าระบอบการปกครองโดยคนหมู่มากหรือแบบประชาธิปไตยที่ Plato เคยมองว่าเป็นระบอบการปกครองที่ไม่ดีน่าจะเป็นระบอบการปกครองหนึ่งที่เหมาะสมในการปกครองรัฐ ความเปลี่ยนแปลงของแนวคิดของเพลโตเห็นได้ชัดมากยิ่งขึ้นใน Laws ซึ่งเป็นวรรณกรรมที่ Plato ได้เขียนไว้ในช่วงบั้นปลายของชีวิต Plato ยอมรับว่าระบอบการปกครองแบบราชาธิปไตยที่เสนอไว้ใน Republic และระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่เสนอไว้ใน Statesman ไม่ใช่ระบอบที่ดี ทั้งสองระบอบต่างก็มีข้อเสียของตนเอง กล่าวคือ ในระบอบราชาธิปไตยอำนาจสูงสุดอยู่ที่กษัตริย์ถ้ากษัตริย์ไม่มีคุณธรรมประชาชนก็จะเดือดร้อน ในขณะที่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนมากจนเกินไป ประชาชนอาจใช้สิทธิเสรีภาพมากเกินไป และอาจกระทำการใด ๆ ลงไปอย่างไม่เหมาะสม ดังนั้น ใน Laws Plato จึงเสนอทางสายกลางโดยนาระบอบการปกครองทั้งสองมาผสมกัน กล่าวคือในรัฐจะต้องมีกฎหมายสูงสุดของรัฐ กษัตริย์และประชาชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว Plato นำกฎหมายมาเป็นตัวนำในการปกครองรัฐ ทุก ๆ คนต้องเคารพและไม่กระทำการละเมิดต่อกฎหมายของรัฐ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวก็คือ หลักนิติรัฐ (Legal state)

Aristotle¹³ เป็นศิษย์เอกของ Plato ซึ่ง Aristotle ได้จัดแบ่งรูปแบบการปกครองเป็นสองกลุ่ม ดังนั้น กลุ่มแรก เป็นรูปแบบการปกครองที่ดี ได้แก่ ระบอบราชาธิปไตย (Monarchy)

¹³Aristotle เกิดเมื่อประมาณ 384 ปีก่อนคริสตกาลที่เมืองสตากิรา (Stagira) ในแคว้นมาเซโดเนีย (Macedonia) ในวัยเด็กนั้นผู้ที่ให้การศึกษาแก่ Aristotle คือบิดาของเขานั้นเองซึ่งเน้นหนักไปในด้านธรรมชาติวิทยา เมื่อเขาอายุ

ระบอบอภิชนาธิปไตย (Aristocracy) และระบอบประชาธิปไตย (Democracy) กลุ่มที่สอง รูปแบบการปกครองที่ไม่ดี ได้แก่ ระบอบทรราช (Tyranny) ระบอบคณาธิปไตย (Oligarchy) ระบอบอนาธิปไตย (Anarchism) การที่ Aristotle มองว่ารูปแบบการปกครองมีทั้งดีและไม่ดีนั้นถือเอาเรื่องคุณธรรม (Morality) และจริยธรรม (Ethics) มาเป็นตัวกำหนดดังเช่นในระบอบราชาธิปไตย Aristotle มองว่าระบอบที่กษัตริย์มีอำนาจสูงสุดของรัฐและต้องเป็นผู้ทรงคุณธรรม เมื่อกษัตริย์มีอำนาจและคุณธรรมการใช้อำนาจก็จะมีความเที่ยงธรรมมากกว่ากฎหมาย กษัตริย์สามารถตัดสินใจได้ด้วยความรวดเร็วและสอดคล้องกับสถานการณ์ในสังคม อย่างไรก็ตาม Aristotle มองว่าระบอบประชาธิปไตยเป็นระบบการปกครองที่ยังไม่ดีพอในสายตาของ Aristotle ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยนี้ให้อำนาจของรัฐตกอยู่ในมือของประชาชนซึ่งเป็นคนจนและในระบอบนี้เชื่อว่าทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน แต่ในความเป็นจริงแล้ว Aristotle เห็นว่าทุกคนไม่เท่าเทียมกัน เพราะธรรมชาติได้สร้างมาไม่ให้เท่าเทียมกัน การที่ให้คนจนมาปกครองบ้านเมืองนั้นไม่ถูกต้อง เพราะว่าคนจนจะถูกชักจูงด้วยอามิสสินจ้างและตกเป็นเหยื่อของผู้แสวงหาอำนาจได้โดยง่าย และการใช้เสรีภาพของแต่ละคนจนนำไปสู่ความเกินเลย และในที่สุดจะนำสังคมไปสู่ความระส่ำระสาย รูปแบบประชาธิปไตยในความหมายนี้ คือ การให้มหาชนเข้ามาทำหน้าที่ในการปกครองโดยตรง ซึ่งบุคคลเหล่านี้จะใช้อำนาจเพื่อแสวงหาประโยชน์หรือเพื่อสนองประโยชน์ของตนเองมากกว่าประโยชน์ของนครรัฐ ในส่วนของความยุติธรรมนั้น Aristotle เห็นว่ามีสองประเภท คือ ความยุติธรรมตามธรรมชาติ และความยุติธรรมที่มนุษย์บัญญัติ และต่อมาก็พัฒนามาเป็นกฎหมายธรรมชาติ¹⁴ (Natural Law) และกฎหมายบ้านเมือง¹⁵ (Positive Law)

ได้ 18 ปีก็ได้เดินทางไปศึกษาต่อกับ Plato ในกรุงเอเธนส์ (Athens) ในระหว่างการศึกษายู่กับ Plato 20 ปี นั้นทำให้ Aristotle เป็นนักปราชญ์ที่ลือนามต่อมาจาก Plato ต่อมาเมื่อ Plato ถึงแก่กรรมในปี 347 ปีก่อนคริสต์ศักราช Aristotle จึงเดินทางไปรับตำแหน่งเป็นพระอาจารย์ของพระเจ้าอเล็กซานเดอร์ ในช่วงระยะเวลา 343 - 342 ก่อนคริสต์ศักราช ต่อมาใน 336 ก่อนคริสต์ศักราช พระเจ้าอเล็กซานเดอร์ได้ขึ้นครองราชสมบัติต่อจากพระเจ้าฟิลิป พระองค์จึงได้พระราชทานทุนให้แก่ Aristotle เพื่อจัดตั้งโรงเรียนที่สตากิราชื่อไลเซียม (Lyceum) ในการทำการศึกษาและค้นคว้า ทำให้เขาเป็นผู้รอบรู้ และได้เขียนหนังสือไว้มากมายประมาณ 400 - 1,000 เล่ม ซึ่งงานต่าง ๆ ที่ได้เขียนขึ้นมานั้น ได้มีอิทธิพลต่อความเชื่อในศาสนาคริสต์ จวบจนกระทั่งยุคกลางหรือยุคมืด ซึ่งมีเวลาประมาณ 1,500 ปีเป็นอย่างน้อย Aristotle เสียชีวิตด้วยโรคกระเพาะ เมื่อ 322 ปีก่อนคริสตกาล ที่เมืองคาลซิส ขณะมีอายุได้ 62 ปี

¹⁴กฎหมายธรรมชาติ (ภาษาอังกฤษคือ Natural Law) เป็นทฤษฎีที่เชื่อว่ากฎหมายที่มีอยู่ตามธรรมชาติเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลาและสถานที่ ความหมายของกฎหมายธรรมชาติ แยกออกเป็น 2 ประการคือ ประการแรก เป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายอุดมคติที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นเอง กฎหมายใดที่มนุษย์บัญญัติขึ้นซึ่งขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายธรรมชาตินี้จะไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายเลย ประการที่สองถือว่าหลักกฎหมายธรรมชาติเป็นเพียงอุดมคติของกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น ดังนั้นการบัญญัติหรือตรากฎหมายจึง

เมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมมนุษย์จะมีชีวิตที่สอดคล้องกับธรรมชาติของตัวได้มากที่สุด การอยู่รวมกันในสังคมเป็นการดำเนินชีวิตที่ต้องเป็นไปตามหลักเหตุผล การปกครองด้วยเหตุผล นั้น คือ การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ หรือที่เรียกว่าหลักนิติธรรม (The Rule of Law) Aristotle เห็นด้วยกับหลักนิติธรรมว่าเป็นสิ่งสำคัญของรัฐมีความสมเหตุสมผลมากกว่าราชานักปราชญ์ของ Plato หลักนิติธรรมได้รับการยอมรับและมีการกล่าวอ้างอิงอย่างกว้างขวางจนมาถึงยุคปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม Aristotle ยอมรับว่าการปกครองโดยกฎหมายในบางกรณีอาจไม่เป็นธรรมได้ ดังนั้น จึงเห็นควรให้นำหลักความเป็นธรรม (Equity) มาปรุงแต่งกฎหมายให้ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรม จึงเห็นได้ว่า Aristotle เป็นนักปราชญ์ที่ได้สร้างคุณูปการทั้งในด้านกฎหมายและรัฐศาสตร์ อย่างมากมาย ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของระบบการปกครองหลักการปกครองโดยกฎหมายหลักกฎหมายธรรมชาติ และกฎหมายบ้านเมือง สิ่งเหล่านี้ได้มีอิทธิพลต่อการพัฒนาการและแนวคิดทางกฎหมายมหาชนเป็นอย่างยิ่ง

2.1.3. ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นฐานความคิดไม่ให้อำนาจรวมศูนย์แก่ผู้ใช้อำนาจโดยจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

หลักการแบ่งแยกอำนาจ¹⁶ (Separation of Powers) สืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียว หรือองค์กรเดียวกัน เพราะบุคคลหรือองค์กรเดียวผูกขาดการใช้ อำนาจไว้ โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ อาจทำให้เกิดการใช้ อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrary) ซึ่งทำให้ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองถูกกดขี่ ดังที่ Lord Acton ได้กล่าวว่า อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มีชอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำ ที่มีชอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่มีชอบอย่างแน่นอน (Power Tends Corrupts Absolutely) ดังนั้น หากมีการใช้อำนาจโดยมิชอบเกิดขึ้นแล้วในทางกลับกันก็จะส่งผลให้ เสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองมีอาจบังเกิดขึ้นได้ และจะทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการ ดำรงชีวิตอยู่ในสังคม เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการผูกขาดการใช้ อำนาจโดยวิธีที่มีชอบ จึงเกิดแนวคิด การแบ่งแยกการใช้ อำนาจขึ้น โดย Montesquieu นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ซึ่งได้เสนอแนวคิด

ควรให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายธรรมชาติ อาจถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่มีค่าบังคับในทางกฎหมายโดยสมบูรณ์ แต่ไม่ถึงกับเป็น โฆษะหรือ ไม่มีค่าบังคับในทางกฎหมาย เสียเลย

¹⁵กฎหมายบ้านเมือง คือ กฎหมายที่ตั้งอยู่ได้โดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายที่สูงกว่า เนื่องจากถือว่า รัฐอธิปไตย (Sovereignty) มีอำนาจสูงสุดที่จะออกกฎหมายใดก็ได้ โดยมีอาจโต้แย้งถึงความถูกต้อง ความผิด ความชั่ว ยุติธรรม อยุติธรรม เพราะถือว่าสิ่งเหล่านี้เกิดจากกฎหมายที่รัฐอธิปไตยมีอำนาจที่จะบัญญัติขึ้น

¹⁶เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 144.

ในการแบ่งแยกอำนาจตุลาการ เพื่อให้เกิดดุลยภาพของอำนาจ ไม่ให้มีการผูกขาดอำนาจอยู่ที่องค์กรใด องค์กรหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁷ ฝ่ายบริหาร¹⁸ และฝ่ายตุลาการ¹⁹ ต้องสามารถควบคุมการแบ่งแยกอำนาจกันอย่างเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างกัน (Checks and Balances²⁰) ซึ่งหนึ่งในวัตถุประสงค์ ในการแบ่งแยกอำนาจก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองจากการใช้อำนาจ ขององค์กรของรัฐ ด้วยเหตุนี้ จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด และเป็นฝ่ายดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจจากการใช้อำนาจทั้งปวงเพียงฝ่ายเดียว²¹ นอกจากนี้ Montesquieu ได้เสนอแนวคิดในการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจให้เป็นอิสระจากกัน ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ เนื่องจากเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชน โดยการกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจให้แตกต่างกันนั้น ถือได้ว่าเป็นการกำหนด ขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐมิให้มีอำนาจมากเกินไป จนสามารถใช้อำนาจมากระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งความเสมอภาคของบุคคลได้ ดังนั้น แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจจึงมี อิทธิพลเหนือรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ที่ได้นำหลักการรัฐธรรมนูญนิยมมาใช้ในการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งคำนึงถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็น สำคัญ

แนวคิดของ Montesquieu ตามหนังสือว่าด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย ค.ศ. 1748 (De l'esprit des lois (1748)) นั้น ได้มีการนิยามความหมายของการแบ่งแยกอำนาจ

¹⁷ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือที่เรียกว่า รัฐสภา เป็นสภานิติบัญญัติชนิดหนึ่ง รัฐสภาที่ทำหน้าที่ตรากฎหมาย อภิปราย หรือกันระหว่างสมาชิกรัฐสภา ตกเถียงประเด็นทางการเมืองอื่น ๆ โดยรัฐสภาจะมีเฉพาะประเทศที่ใช้ระบอบ การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งสหราชอาณาจักรเป็นประเทศแรกในโลกที่มีระบบรัฐสภาแลเป็น ต้นแบบระบอบประชาธิปไตยในสมัยปัจจุบันด้วย เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ราชอาณาจักรสเปน สหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

¹⁸ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมาย และรับผิดชอบในการบริหารและปกครองประเทศ ฝ่ายบริหาร หมายถึง คณะบุคคลหรือตัวบุคคลซึ่งมีหน้าที่นำกฎหมายไปใช้ ฝ่ายบริหารอาจจะประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและ รัฐมนตรี

¹⁹ฝ่ายตุลาการมีหน้าที่หลักในการพิจารณาคดีต่าง ๆ จึงต้องมีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไม่ให้ ถูกแทรกแซง ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการด้วยตนเอง

²⁰Checks and Balances โดยแต่ละฝ่ายสามารถถ่วงสิทธิ และปกป้องสิทธิของตนเอง โดยการยับยั้ง และสนับสนุน ในกิจกรรมสำคัญ ๆ ของอีกฝ่ายหนึ่งได้ และเพื่อให้มีผลคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค และความ เป็นมนุษย์ของประชาชน

²¹บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 23.

เป็นครั้งแรก กล่าวคือ ในทุกรัฐบาลมีอำนาจอยู่สามอำนาจ²² คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) เกี่ยวข้องกับสิ่งที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายของชาติ อำนาจบริหาร (Executive Power) เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่กับกฎหมายของประชาชน และอำนาจตุลาการ (Judicial Power) คือ อำนาจการวินิจฉัยอรรถคดี²³ ซึ่งควรมีลักษณะชั่วคราว เมื่อมีคดีขึ้นมาสู่ศาลเท่านั้น Montesquieu อธิบายว่าอำนาจที่สำคัญที่สุดคืออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร²⁴ ซึ่งพบว่าเป็นการกล่าวซ้ำถึงแนวคิดของ Locke ซึ่งได้กล่าวถึงอำนาจบริหาร รวมถึงอำนาจในการปกครองและพิจารณาคดีด้วย จึงถือเป็นการยอมรับ ในขณะนั้นว่ามีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสองประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เท่านั้น ในขณะที่เดียวกัน Montesquieu ก็ได้ให้คำนิยามใหม่ในครั้งที่สองโดยมีการจำกัดอำนาจบริหารให้มีขอบเขตแต่เพียงอำนาจในการปกครองด้านการจัดให้มีความมั่นคงสาธารณะ แต่ไม่ได้หมายรวมถึงอำนาจในการตัดสินคดี ซึ่งเป็นการประสานแนวคิดของ Locke เข้ากับการแยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจกษัตริย์ อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา Montesquieu ก็ได้ละเลยในการนิยามความหมายในการแบ่งแยกอำนาจที่ได้ให้ไว้ทั้งสองครั้ง แต่เขากลับใช้นิยามในทางปัจจุบันมากขึ้น โดยได้นิยามความหมายในการแบ่งแยกอำนาจ ได้แก่ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการบังคับตามมติมหาชน และการพิจารณาคดีระหว่างเอกชนโดยเป็นที่แน่ชัดว่าอำนาจบริหารได้รวมถึงกิจการภายในและภายนอก ด้วยความหมายตามนัยหลังนี้เองที่ Montesquieu ใช้ในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของรัฐบาลและได้กลายมาเป็นพื้นฐานของแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจ ที่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็น (1) อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) (2) อำนาจบริหาร (Executive Power) และ (3) อำนาจตุลาการ (Judicial Power) โดยมีการแยกองค์การใช้อำนาจดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ภายใต้หลักการคานและดุลอำนาจระหว่างกัน อันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญในการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ปกครองที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนได้ สาธารณคดีของหลักการแบ่งแยกอำนาจ Montesquieu ได้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยได้กล่าวว่า รัฐมีการใช้อำนาจอยู่สามประการด้วยกัน คือ²⁵

ประการแรก รัฐมีอำนาจตรากฎหมาย การออกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย และการยกเลิกกฎหมาย เพื่อให้มีกฎหมายมาบังคับการดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป ซึ่งอำนาจดังกล่าว คือ อำนาจนิติบัญญัติ

²² กุริชญา วัฒนรุ่ง. (2543). *ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 112.

²³ มานิตย์ จุมปา. (2548). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540)*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 22.

²⁴ วิษณุ เครืองาม. (2549). *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 29). นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. หน้า 84.

²⁵ เกรียงไกร เจริญชนาวัฒน์. *อั้งแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 94.

ประการที่สอง รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศ และภารกิจนี้เป็นภารกิจที่เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย

ประการสุดท้าย รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายและจัดให้มีการพิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่อยู่ใต้กฎหมาย

การที่สภาพการปกครองในสมัยนั้น Montesquieu ได้เห็นว่าการใช้อำนาจนิตินบัญญัติควรให้ประชาชนและกลุ่มอภิชนเป็นผู้ใช้อำนาจผ่านทางรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยสภาอภิชน (สภาสูง) และสภาประชาชน (สภาล่าง) ถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ส่วนอำนาจการบริหารควรอยู่ในมือของกษัตริย์โดยมีขุนนางเป็นผู้ช่วย และอำนาจตุลาการควรอยู่ในมือขององค์กรที่มีใช้องค์กรประจำ แต่เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเป็นครั้งคราวเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงเมื่อพิจารณาคดีเสร็จ เพื่อให้คนเกรงกลัวอำนาจของสถาบันมิใช่ตัวบุคคล

การที่กล่าวมาจะเป็นว่าการแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึง กรณีที่มีจุดมุ่งหมายมิให้ องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจมากจนเป็นการผูกขาดให้องค์กรที่ใช้อำนาจโดยได้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออก ดังนี้²⁶

1) อำนาจการตรากฎหมาย คือ อำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปในรัฐ กล่าวคือ ประเด็นนี้จะหมายถึง อำนาจนิตินบัญญัติ

2) อำนาจปฏิบัติการ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน อำนาจในการใช้หรือบังคับการให้ เป็นไปตามกฎหมาย คือ อำนาจบริหาร

3) อำนาจปฏิบัติการต่าง ๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายเอกชน เป็นอำนาจ ในการวินิจฉัยบรรดคดีเพื่อลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย คือ อำนาจตุลาการ

โดยหลักการและทฤษฎีนั้นการแบ่งแยกอำนาจ ไม่จำเป็นเสมอไปที่จะต้องให้องค์กร ผู้ใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจได้ แต่มิใช่ อยู่เหนือกว่าในลักษณะที่เด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือ จะต้องมีการที่เป็นหลักประกันในการดำเนินการ ตามอำนาจในแต่ละองค์กร คือ มีการคานและดุลอำนาจ (Checks and Balances) ระหว่างกัน และถือได้ว่า หัวใจสำคัญอีกประการหนึ่งของการแบ่งแยกการใช้อำนาจก็คือ การคานและดุลอำนาจนั่นเอง เพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ปลอดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐที่ใช้อำนาจ ทั้งสาม²⁷

²⁶ดิเรก วรรณสมาคม. (2552). *หลักกฎหมายมหาชน: แนวประยุกต์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 94.

²⁷กิตติวัฒน์ รัตนดิถกณ ภูเก็ต. (2554). *คู่มือศึกษาพื้นฐานวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: เสมาธรรม. หน้า 23.

2.1.4. หลักนิติรัฐอันเป็นหลักการพื้นฐานในการเปิดโอกาสให้แก่บุคคลได้แย้งอำนาจผู้ปกครองได้

หลักนิติรัฐ²⁸ (Rechtsstaat) ถือเป็นหลักสำคัญในการปกครอง โดยที่บุคคลทุกคนและชนชั้น รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐยอมอยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมือง และกฎหมายที่กำหนดขึ้นไว้ก็ต้องชอบด้วยทำนองคลองธรรมจึงจะถือเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ (Arbitrary) ทั้งนี้ ภายใต้หลักการที่ว่า การกระทำใดอันเป็นการรุกรานสิทธิของประชาชน จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น การใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐในนิติรัฐต้องเป็นกรใช้อำนาจที่สอดคล้องกับความเป็นธรรมตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการใช้กฎหมายที่สร้างความเป็นธรรมให้แก่ทุกคนในรัฐ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่มีการเลือกชั้นวรรณะ ไม่มีการเลือกข้างเลือกกลุ่ม ไม่ละเมิดหรือขัดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจะเป็นการแสดงว่าเคารพต่อหลักนิติรัฐอย่างแท้จริง²⁹ โดยรัฐและหน่วยงานของรัฐกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่อยู่เหนือเอกชนมีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยไม่สมควรใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่ในขณะที่เดียวกันกฎหมายนั่นเอง ก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายให้ไว้ หรือที่เรียกว่า การกระทำทางปกครองต้องด้วยกฎหมาย นั่นเอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบนิติรัฐนั้น ไม่ได้ใช้บังคับเฉพาะฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ผูกพันต่อกิจกรรมทั้งปวงของรัฐให้ต้องอยู่ภายใต้ระบบนิติรัฐด้วยเช่นกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐที่ประกอบด้วยองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ย่อมส่งผลให้องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจรัฐเช่นเดียวกับฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามนิติรัฐด้วย กล่าวคือ องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจที่จะออกกฎหมายมาจำกัดตัดทอนเสรีภาพโดยปราศจากอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ และกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ก็หาเป็นการกระทำโดยเป็นการกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ และกฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นต้องมาจากประชาชนหรือโดยองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน ส่วนองค์กรตุลาการก็มีการกิจหลักในการคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมายให้บังเกิดผลในทางปฏิบัติ โดยเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากการกระทำนั้นก่อความเสียหายก็มีอำนาจพิพากษาให้ผู้กระทำชดใช้

²⁸ นิติรัฐ (ภาษาเยอรมัน คือ Rechtsstaat) เป็นถ้อยคำที่ใช้กันในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Law Code) ซึ่งถือกำเนิดในยุโรปภาคพื้นทวีป

²⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 109.

ค่าเสียหาย ซึ่งมีผลให้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนที่ถูกกระทบได้รับการเยียวยา จึงถือว่าอิสระขององค์กรตุลาการเป็นสิ่งสำคัญ โดยจะต้องไม่ถูกครอบงำ (Domination) โดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อให้การพิพากษาคดีเป็นไปโดยชอบธรรม แต่ในขณะเดียวกันองค์กรตุลาการเองก็ย่อมต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

รัฐใช้อำนาจอธิปไตยของตนกระทำการต่าง ๆ โดยทางองค์กรเพียงองค์กรเดียวได้ ดังเช่น การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์³⁰ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการเพียงลำพัง อย่างไรก็ตาม ประวัติศาสตร์ทางการเมืองได้แสดงให้เห็นอยู่เสมอว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์อยู่ที่คน ๆ เดียว หรือคนคณะเดียวไม่ว่าคนนั้นหรือคณะนั้นจะได้อำนาจมาโดยการแบ่งแยกอำนาจ การแต่งตั้ง หรือการเลือกตั้งก็ตาม พลเมืองของตนจะไม่สามารถที่จะกระทำการต่าง ๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจได้เลย เพราะอำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลงอย่างถึงที่สุด ดังนั้น ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมารวมกัน เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่าผู้มีอำนาจจะตรากฎหมายที่มีลักษณะกดขี่มาใช้และจะใช้กฎหมายอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมกับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะอยู่ในความพอใจของของผู้ใช้อำนาจ เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมาย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมกับอำนาจบริหารแล้วผู้พิพากษาก็มีอำนาจที่จะกระทำการบีบคั้น ได้เต็มที่และก็ไม่มีการอะไรเหลือเลย ถ้าบุคคลเดียวหรือคณะเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสามกฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้บังคับกฎหมายก็จะผันแปรไปตามวัตถุประสงค์ (Object) ของผู้ใช้อำนาจ หากไม่ปฏิบัติตามผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองจะไม่มีความสงบ ดังนั้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้บัญญัติจัดระเบียบการใช้อำนาจโดยวางอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ มีการกระจายอำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ในองค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน แต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจกระทำการตามรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดมอบหมายอย่างอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น เพื่อให้เกิดการตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกัน เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แยกออกจากกันเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน ซึ่งสามารถสรุปหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ดังนี้ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นที่มาขององค์กรใช้อำนาจ

³⁰สมบูรณาญาสิทธิราชย์ (ภาษาอังกฤษคือ Absolute Monarchy) คือ ระบอบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นผู้ปกครองและมีสิทธิขาดในการบริหารประเทศ ในระบอบการปกครองนี้ กษัตริย์ก็คือกฎหมาย กล่าวคือ ที่มาของกฎหมายทั้งปวงอยู่ที่กษัตริย์ คำสั่ง ความต้องการต่าง ๆ ล้วนมีผลเป็นกฎหมาย กษัตริย์มีอำนาจในการปกครองแผ่นดินและพลเมืองโดยอิสระ โดยไม่มีกฎหมายหรือองค์กรตามกฎหมายใด ๆ จะห้ามปรามได้

นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยแยกอิสระออกจากกัน แต่ไม่เด็ดขาด ซึ่งเป็นการแบ่งแยกตามภารกิจและการแบ่งแยกในแง่ของตัวบุคคล³¹ หลักการแบ่งแยกอำนาจมิได้ห้ามองค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจเกินกว่าอำนาจของตน โดยเฉพาะอำนาจฝ่ายบริหาร อาจรวมถึงอำนาจการออกกฎหมายลำดับรองและอำนาจในการตัดสินใจตามกฎหมายที่ตราขึ้นในรูปแบบต่าง ๆ และหลักการแบ่งแยกอำนาจเน้นการคานและดุลกันแห่งอำนาจทั้งสามฝ่าย เพื่อมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเด็ดขาดจนปราศจากการควบคุม ในขณะที่เดียวกันก็จะไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง

จากหลักดังกล่าวข้างต้นนี้ชี้ให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับการควบคุมการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้³²

ประการแรก การแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึงความรวมถึงหลักการแบ่งแยกหน้าที่ที่องค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสามต้องปฏิบัติด้วย หน้าที่ในที่นี้จึงหมายถึงหน้าที่นี้จึงหมายถึงหน้าที่ตรากฎหมาย (Enactment) หน้าที่บริหาร และหน้าที่ในทางตุลาการ และตามที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น หน้าที่ในทางตุลาการมิได้จำกัดอยู่ในอำนาจหนึ่ง คือ อำนาจตุลาการ โดยเฉพาะ หากแต่เป็นอำนาจในการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับอำนาจบริหาร แต่ต่างกันที่องค์กรฝ่ายตุลาการปฏิบัติกรตามกฎหมายเอกชน แต่องค์กรฝ่ายบริหารปฏิบัติกรตามกฎหมายมหาชน

อำนาจฝ่ายบริหาร และอำนาจฝ่ายตุลาการในทางที่เป็นจริงหมายความว่าอำนาจปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายคนละประเภท ความเกี่ยวข้องที่ว่าอำนาจฝ่ายตุลาการจะต้องมาคานและดุลกับอำนาจฝ่ายบริหารจึงไม่มีความจำเป็น ด้วยเหตุนี้ ศาลที่มีหน้าที่ในทางตุลาการจึงไม่ควรเข้ามาพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองหรือการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวกับอำนาจบริหาร มิเช่นนั้นอาจถือว่าเป็นการกระทำผิดหน้าที่

ประการที่สอง โดยที่หลักการแบ่งแยกอำนาจมิได้จำกัดการใช้อำนาจหลักขององค์กรฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น แต่ละองค์กรอาจมีและใช้อำนาจมากกว่าหนึ่งอำนาจก็ได้ เช่น องค์กรฝ่ายบริหารอาจมีทั้งอำนาจออกกฎ (Rule) ใช้กฎและตัดสินใจตามกฎหมาย แต่จะต้องไม่ใช้อำนาจเกินเลยจนก้าวท้าวอำนาจหลักขององค์กรอื่น ดังนั้น การศึกษาการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในรูปแบบต่าง ๆ ภายในขอบเขตอำนาจ จึงอยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครอง

³¹บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 22.

³²คณาภาส กานต์จจรเดช. (2556). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชน กรณีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มสาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา. หน้า 39.

2.1.4.1 หลักการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่

แนวคิดการใช้สิทธิประชาชนเรื่องหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) เกิดขึ้นจากการจำกัดอำนาจของตนเองของรัฐ ซึ่งยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชน เพื่อประชาชนจะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้ตามที่ราษฎรแต่ละคนจะเห็นสมควร³³ นิติรัฐเป็นระบบที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนมีวัตถุประสงค์ (Object) ในการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ³⁴ เพื่อเป็นการประกันว่าฝ่ายปกครองได้ยึดหลักการเช่นนี้จริง จึงต้องมีระบบการตรวจสอบ ทบทวนเพื่อควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในขณะเดียวกันก็เป็นการประกันความเป็นธรรม³⁵ ในบางกรณีรัฐต้องรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมจำต้องบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เหมือนกัน แต่รัฐให้คำมั่นต่อประชาชนว่าองค์กรของรัฐจะล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นการทั่วไปว่าองค์กรของรัฐจะล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร ฉะนั้น ในการเข้าไปแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนองค์กรของรัฐจะต้องตรวจสอบดูเสียก่อนว่ามีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ และภายในขอบเขตอย่างไร องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจ ตรงกันข้าม อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอยู่อย่างจำกัด เพื่อที่จะให้การปกครองโดยกฎหมายดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประชาชนผู้ซึ่งเห็นตัวเองถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องมียุติวิธีโต้แย้ง (Refute) กัดค้าน (Objection) การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ตนเห็นว่าขัดต่อกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ นอกจากนี้ หลักการสำคัญของนิติรัฐจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยถ้าไร้ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจ จากที่กล่าวมา พอสรุปสาระสำคัญของนิติรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ³⁶ ดังนี้

1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 1.

³⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 279.

³⁵ คณาภาส กานต์ขจรเดช. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 15.

³⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2531). การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์*. กรุงเทพฯ: พี.เค.พรีนติ้งเฮ้าส์. 136.

2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องมีความชัดเจนและจะต้องไม่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเกินกว่าความจำเป็นเพื่อรักษาซึ่งประโยชน์สาธารณะ (Public Benefit)

3) การควบคุมให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระ

หลักการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในนิติรัฐ การดำเนินการทางปกครอง (Administrative Actions) ขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายหรือในทางปฏิบัติการมีพื้นฐานที่มาจากอำนาจแห่งระบบกฎหมายที่ได้ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งสาธารณะเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองใดหากกระทำนั้นก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดอำนาจไว้เท่านั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งโดยหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น เดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนว่าต้องชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่ารัฐและพระมหากษัตริย์ทรงสมบูรณ์อำนาจอธิปไตยตลอดจนข้าราชการที่ทำแทนพระองค์นั้นเป็นองค์อธิปัตย์ จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ประกาศใช้บังคับ ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการกระทบสิทธิของประชาชนนั้นต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมาย ระยะเวลาหลักความชอบด้วยกฎหมาย³⁷ นี้ยังไม่ครอบคลุมองค์กรนิติบัญญัติเนื่องจากเห็นว่าองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรผู้แทนปวงชนเจ้าของอำนาจอิสระสูงสุคนั้นเอง จนกระทั่งในปัจจุบันได้ยินยอมรับเป็นหลักสากลว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายครอบคลุมสถาบันในรัฐทั้งสถาบันบริหารนิติบัญญัติ และตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อดำรงไว้ซึ่งการปกป้องรักษาสิทธิ เสรีภาพให้ปลอดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ

2.1.4.2 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย³⁸ หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำอื่น ๆ ของรัฐ

³⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 110.

³⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 18.

ที่เป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายปกครอง (Government Organization) ไม่อาจขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักการนี้กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง การผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการนั้นเพื่อมิให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้กระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพ (Unity) ของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้ โดยมีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้ องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

2.1.4.3 หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักกฎหมายนี้ได้กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบกฎหมายเท่านั้น หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ³⁹ เรียกร้องต่อองค์กรฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลัง หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ อาจอธิบายได้ว่า โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐและหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ รัฐสภาซึ่งมีสมาชิกได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ประชาชน ด้วยเหตุนี้ หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดเกณฑ์ดังกล่าวก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภา ซึ่งจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองหาได้ไม่ ส่วนหลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนจะได้คาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใด ๆ ลงไปว่า กฎหมายต้องการให้

³⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

ประพุดคืออย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปดังกล่าวจะกำหนดโดยองค์กรฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับการมอบจากรัฐสภา ในที่สุดแล้วเรายังอาจให้เหตุผลสำหรับการยอมรับหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจได้จากหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะได้ก็แต่โดยรัฐสภาและภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น องค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดที่เป็นการล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายให้อำนาจดังกล่าว

2.1.4.4 หลักการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่

หลักประกันสิทธิและหน้าที่ของประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม (concrete) ชื่อเรียกร่องประการหนึ่งก็คือการควบคุมคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย วิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง⁴⁰ โดยการให้สิทธิแก่ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย การควบคุมคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายนั้นสามารถอธิบายได้ตามวิธีการ ขั้นตอน และองค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

1) การควบคุมตรวจสอบแบบป้องกัน⁴¹

การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง (Administrative order) มีขั้นตอนเริ่มตั้งแต่การคิดเตรียมการและออกคำสั่งทางปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เป็นการควบคุมเบื้องต้นเพื่อป้องกันมิให้คำสั่งทางปกครองที่จะออกมาในอนาคตไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อาจแบ่งได้ 3 กระบวนการ

(1) การสร้างองค์กรที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นเบื้องต้นก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำและถือตามความเห็นขององค์กรให้ความเห็นเบื้องต้น หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องปรึกษาแต่จะถือตามความเห็นหรือไม่ก็ได้ หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องปรึกษาซึ่งขึ้นอยู่กับใจสมัครของฝ่ายปกครองเอง

(2) การให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณา ก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนที่จะถูกกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองมี

⁴⁰วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 23.

⁴¹บรรเจ็ด สิงคะเนติ. (2556). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 68.

สิทธิในการป้องกันตนเอง เช่น การไต่สวนสาธารณะ การต้องให้ออกสาประชาชนเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง (Administrative Procedure)

(3) การเปิดโอกาสให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงเอกสารของทางราชการและการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทำให้ความลับของทางราชการคลายความศักดิ์สิทธิ์ลง และการบังคับให้ฝ่ายปกครองให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นหลักประกันให้ประชาชนได้ทราบถึงเหตุและผลในการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น นอกจากนี้ เหตุผลนั่นเองจะเป็นสิ่งที่ประชาชนสามารถที่จะนำไปโต้แย้งคัดค้าน (Disagreement) ในกรณีที่คุณเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

2) การควบคุมตรวจสอบแบบแก้ไข

การควบคุมตรวจสอบแบบแก้ไข⁴² คือกรณีเมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน เพื่อให้แน่ใจว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมาแล้วนั้นชอบด้วยกฎหมาย ก็ย่อมมีวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง วิธีการที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเช่นนี้ก็โดยอาศัยสภาพบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายมาเป็นเครื่องบ่งชี้ ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) การถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลย

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เช่น เป็นคำสั่งทางปกครองที่มาจากองค์กรที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมาย หรือเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจใด ๆ ของฝ่ายปกครองอยู่อย่างชัดเจน หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่อำนาจฝ่ายปกครอง แต่เป็นอำนาจของศาลปกครอง นอกจากนี้ ยังได้กำหนดเหตุแห่งความไม่มีผลทางกฎหมายเสมือนเป็นโมฆะในแต่ละเรื่องไว้ คือ คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่อาจทราบได้ว่าออกโดยฝ่ายปกครองใด หรือคำสั่งทางปกครองจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อทำการมอบเอกสารสำคัญ หากไม่มีการมอบเอกสารสำคัญเช่นนั้น หรือคำสั่งทางปกครองที่ออกนอกเหนือเขตอำนาจพื้นที่และเป็น การอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือคำสั่งทางปกครองที่ผู้รับไม่อาจกระทำได้โดยข้อเท็จจริงหรือ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งต้องกระทำการโดยผิดกฎหมาย ซึ่งการกระทำนั้นฝ่าฝืนกฎหมายอาญาหรือฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผลทางกฎหมายในกรณีถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมิอาจเกิดขึ้นเลย หรืออาจเรียกว่าคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะ (Void) นี้ไม่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้เนื่องจากไม่มีคำสั่งทางปกครองนั้นมาแต่ต้น และผู้รับคำสั่งทางปกครองที่

⁴²เรื่องเดียวกัน. หน้า 69.

มีผลเสมือนเป็น โฆษะสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลขอให้พิสูจน์ความเสียปล่านั้นได้ทุกเมื่อ โดยไม่มีกำหนดอายุความ⁴³

(2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้

คำสั่งทางปกครองนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับต่ำหรือลงมาจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็น โฆษะ (Void) เช่น การกระทำเกินขอบอำนาจ ทำผิดแบบหรือวิธีการ (Measure) อันเป็นสาระสำคัญ (Gravamen) ใช้ดุลพินิจโดยละเมิดกฎหมาย ผลของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ คือ คำสั่งทางปกครองดังกล่าว ยังคงมีผลบังคับจนกว่าจะถูกยกเลิกเพิกถอน ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อฝ่ายปกครองหรือต่อศาล โดยจะต้องทำการโต้แย้งภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้

3) องค์กรที่ควบคุมตรวจสอบ

หากพิจารณาในแง่องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อาจแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน คือ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

(1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง สามารถจำแนกลักษณะของการควบคุมได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1.1) การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง⁴⁴ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ จะได้รับการพิจารณาเป็นการภายในฝ่ายปกครอง โดยปกติจะไม่มีวิธีพิจารณาที่แน่นอนอนชัดเจนและขาดการเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาเพื่อเสนอข้อโต้แย้ง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นข้อพิพาท ซึ่งสามารถอุทธรณ์หรือร้องเรียนต่อผู้ดำเนินการหรือต่อผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่าผู้ดำเนินการ ซึ่งเป็นไปตามหลักของอำนาจการบังคับบัญชา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ ผู้รับอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้ทั้งในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง

(1.2) การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท การอุทธรณ์ในลักษณะนี้เป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่จัดว่าอยู่ในระดับที่ให้หลักประกันแก่เอกชน

⁴³มานิตย์ จุมปา. (2540). *การยกเลิกและการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายปกครอง, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 46.

⁴⁴จวิัญชัย สันตสว่าง. (2539). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ LA 439*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 24-27.

เหนือกว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ที่ได้รับมอบหมายโดยเฉพาะตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียว หรือเป็นคณะกรรมการก็ได้ โดยปกติมีหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เกิดขึ้น โดยทั่วไป หรือที่เกี่ยวกับหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง แต่บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวไม่ใช่องค์กรตุลาการ แต่ในการพิจารณาคำอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องเคารพรูปแบบและกระบวนการพิจารณาตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ การพิจารณาอุทธรณ์ในลักษณะนี้จะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้มีการปฏิบัติตาม เงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับรูปแบบและดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการพิจารณา การอุทธรณ์ ในลักษณะนี้ย่อมเป็นหลักประกันดีกว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เพราะเป็นการอุทธรณ์ต่อ องค์กรกลางและมีวิธีพิจารณาที่เป็นหลักประกันที่ใกล้เคียงกับวิธีพิจารณาของศาล ซึ่งการอุทธรณ์ ลักษณะนี้นิยมใช้กันมากในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

(2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

โดยเหตุที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรฝ่ายปกครอง⁴⁵ มีอยู่ หลายรูปแบบด้วยกัน เช่น การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระ และการควบคุมโดย องค์กรตุลาการ เป็นต้น ซึ่งองค์กรตุลาการมีหลักประกันความเป็นอิสระ พิจารณาคดีโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสนับสนุนข้อต่อสู้ของตนและหักล้าง ข้อต่อสู้ของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ และต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การควบคุม โดยองค์กรตุลาการ (Judicial Control) จึงเป็น ระบบการควบคุมที่ให้หลักประกัน แก่ประชาชนได้ดีที่สุดแต่องค์กรตุลาการควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ระบบ การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการอาจจำแนกตามระบบศาลได้เป็น 2 ระบบ คือ ระบบ ศาลเดี่ยว⁴⁶ (Single Court System) และระบบศาลคู่⁴⁷ (Court system)

⁴⁵บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 41, หน้า 72.

⁴⁶ระบบศาลเดี่ยว เป็นระบบศาลในกลุ่มประเทศระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งนักกฎหมายใน ระบบกฎหมายนี้มีแนวความคิดตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) จึงมีทัศนะไปในแนวทาง ที่ว่า บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันและควรจะ ขึ้นศาลเดียวกัน ในระบบกฎหมาย Common Law จึงไม่เน้นความแตกต่างระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง

⁴⁷ระบบศาลคู่ เป็นระบบศาลที่เกิดขึ้นจากอิทธิพลแนวความคิดของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ซึ่งเป็นไปในรูปแบบของการปกครองแบบผ่อนคลาปัญหาข้อพิพาทขัดแย้งระหว่างการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครองกับประชาชน ซึ่งระบบตรงกันข้ามกับระบบศาลเดี่ยว กล่าวคือ นอกจากมีศาลยุติธรรม (Ordinary court) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในระบบกฎหมายเอกชนแล้ว ยังมีศาลปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ พิจารณาพิพากษาคดีปกครองที่แยกเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม

2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศ

ในระบบกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน มีกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะและการทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมในต่างประเทศ

2.2.1.1 การชุมนุมสาธารณะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สิทธิในการชุมนุม⁴⁸ ถือเป็นสิทธิดั้งเดิมทางการเมืองที่มีได้แสดงให้เห็นเฉพาะสิทธิในการแสดงออกซึ่งสิทธิส่วนบุคคลเท่านั้น แต่ยังหมายรวมไปถึงการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของประชาชนและสิทธิพลเมืองในทางประชาธิปไตยในการเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมืองด้วย สิทธิในการชุมนุมเป็นสิทธิหนึ่งในทางกฎหมายมหาชน และโดยที่การชุมนุมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz-GG) จึงได้บัญญัติรับรองสิทธิในการชุมนุมในมาตรา 8⁴⁹ โดยกำหนดให้ประชาชนชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิในการชุมนุมอย่างสงบและปราศจากอาวุธ โดยไม่ต้องแจ้งหรือขออนุญาต สำหรับการชุมนุมในพื้นที่เปิดโล่งเท่านั้นที่สิทธิในการชุมนุมดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า สิทธิในการรวมตัวโดยปราศจากการขัดขวาง และปราศจากการที่จะต้องได้รับการอนุญาตเป็นพิเศษ ถือเป็นเหมือนเครื่องหมายของเสรีภาพ อิสระภาพ และความสามารถของพลเมืองที่มีความมั่นใจในตัวเอง ซึ่งหมายความว่ารวมถึงการรวมตัวในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งโดยเฉพาะ เช่น เทศกาลภาพยนตร์ หรือเทศกาลคาร์นิวัล ด้วย แต่ปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้จำกัด

⁴⁸พจนานุกรมกฎหมาย (2554). *มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อจัดระเบียบเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 72.

⁴⁹Basic Law for the Federal Republic of Germany

Article 8 (Freedom of assembly)

(1) All Germans shall have the right to assemble peacefully and unarmed without prior notification or permission.

(2) In the case of outdoor assemblies, this right may be restricted by or pursuant to a law.

Article 8

(1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

(2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes beschränkt werden.

ความหมายของการชุมนุมโดยพิจารณาในแง่ประวัติศาสตร์ว่า เสรีภาพในการชุมนุม มีความหมายในฐานะเสรีภาพในการมีส่วนร่วมและแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย และได้มีการตราบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนแห่งสหพันธ์รัฐ (Gesetz über Versammlungen und Aufzüge) (Versammlungsgesetz-VersG) ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1978 เป็นกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการตรวจและการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (besonderes Polizei und Ordnungsrecht) มุ่งหมายในการป้องกันอันตรายที่เกิดจากการชุมนุมต่อความมั่นคงและความสงบของบ้านเมือง

รัฐบัญญัติว่าด้วย การชุมนุมและการเดินขบวนแห่งสหพันธ์รัฐ (Versammlungsgesetz-VersG) ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชุมนุมและการเดินขบวนเพื่อใช้บังคับกับการชุมนุมทั้งในสถานที่โล่งหรือในสถานที่มิดชิด มีสาระสำคัญ ดังนี้⁵⁰

ส่วนที่ 1 เป็นบทบัญญัติถึงสิทธิในการชุมนุมและการเดินขบวน สิทธิการเข้าร่วมข้อกำหนดยกเว้น ในการที่ไม่อาจอ้างสิทธิในการชุมนุมได้ ผู้จัดการชุมนุม หน้าที่ทั่วไปในการป้องกันความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยของการชุมนุม ข้อห้ามการพกพาอาวุธ (Arms) หรือวัตถุที่อาจเป็นอาวุธ กำหนดข้อห้ามในการใช้เครื่องแบบ

ส่วนที่ 2 เป็นบทบัญญัติการชุมนุมในสถานที่มิดชิด โดยกำหนดถึงการห้ามการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิด การสั่งให้ออกจากการชุมนุม การกำหนดให้การชุมนุมสาธารณะทุกประเภทจะต้องมีผู้นำการชุมนุมและอำนาจหน้าที่ของผู้นำการชุมนุม การแต่งตั้งผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุม หน้าที่ของผู้ร่วมชุมนุมที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของการชุมนุมหรือของผู้ดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุม การส่งเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าไปในการชุมนุม การบันทึกภาพและเสียงการชุมนุมและการสลายการชุมนุม

ส่วนที่ 3 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการชุมนุมในสถานที่โล่งและการเดินขบวน กำหนดหน้าที่ในการแจ้ง การห้ามการชุมนุม เงื่อนไขในการชุมนุม การสลายการชุมนุม ข้อยกเว้นบางกรณีในกรณีของการดำเนินพิธีการทางศาสนา ข้อห้ามในการพกพาอาวุธ การสั่งให้ออกจากการชุมนุม การกำหนดให้มีผู้นำการชุมนุมและอำนาจหน้าที่ของผู้นำ การแต่งตั้งผู้ดูแลความเรียบร้อย หน้าที่ของผู้ร่วมชุมนุมที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้นำหรือผู้ดูแลในการชุมนุม การส่งเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าไปในการชุมนุม การบันทึกภาพและเสียงการชุมนุม การสลายการชุมนุม

ส่วนที่ 4 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับโทษและค่าปรับกำหนดโทษทางอาญาและค่าปรับกรณีกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐบัญญัตินี้

⁵⁰พจนาน โสภางจริยวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 48. หน้า 74-75

ส่วนที่ 5 บทส่งท้าย

รูปแบบและประเภทของการชุมนุมนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 8 วรรคสอง GG ประกอบกับบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนแห่งสหพันธรัฐ (VersG) แล้วสามารถแบ่งรูปแบบและประเภทของการชุมนุมโดยแยกพิจารณาเป็นดังนี้⁵¹

1) การแบ่งรูปแบบการชุมนุมโดยพิจารณาจากสถานที่ชุมนุม

1.1) การชุมนุมในสถานที่โล่ง หมายถึง การชุมนุมในสถานที่ที่เปิดโล่ง ไม่อยู่ในที่มิดชิด การเข้าถึงที่ชุมนุมไม่ถูกปิดกั้นสามารถเข้าถึงได้ และเป็นกรชุมนุมที่ไม่มีกรอบปิดล้อมการชุมนุม เช่น บนถนน ทางเดินเท้า

2.2) การชุมนุมในสถานที่มิดชิด หมายถึง การชุมนุมในสถานที่ที่มีลักษณะของห้องที่มิดชิดรอบด้าน และสามารถเข้าไปได้โดยอาศัยทางเข้าเท่านั้น เป็นการชุมนุมที่มีกรอบปิดล้อมรอบด้าน เช่น หอประชุม สนามกีฬา

2) การแบ่งรูปแบบการชุมนุมโดยพิจารณาจากลักษณะของการชุมนุม⁵²

2.1) การชุมนุมสาธารณะ หมายถึง การชุมนุมที่เปิดให้บุคคลทั่วไปเข้าร่วมการชุมนุมได้

2.2) การชุมนุมที่ไม่ใช่การชุมนุมสาธารณะ หมายถึง การชุมนุมที่กำหนดให้เฉพาะผู้ที่กำหนดไว้ไม่ว่าจะด้วยวิธีการกำหนดรายชื่อ หรือการกำหนดด้วยวิธีอื่นใด เพื่อให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่กำหนดไว้เท่านั้นที่จะสามารถเข้าร่วมการชุมนุมได้

การห้ามการชุมนุม⁵³ หมายถึง การสั่งห้ามที่มีผลให้การชุมนุมนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เป็นการห้ามการชุมนุมทั้งหมด แยกพิจารณาดังนี้

1) การห้ามการชุมนุมสาธารณะในที่สถานที่มิดชิด มาตรา 5 VersG กำหนดว่า จะสามารถกระทำได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1.1) ผู้จัดการชุมนุมเป็นบุคคลตามมาตรา 1 วรรคสอง ข้อหนึ่ง ถึงข้อสี่ VersG ได้แก่ ผู้ที่ใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยไม่ชอบ (Wrongfully) (คือต่อต้านหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย) หรือผู้ที่ดำเนินการชุมนุมหรือเข้าร่วมการชุมนุมที่สนับสนุนเป้าหมายของพรรคการเมือง

⁵¹มานะชัย แก้วพงษ์ษา. (2553). *มาตรการในการควบคุมการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 74.

⁵²พจนนา โสภางจริยวงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 48. หน้า 76.

⁵³มานะชัย แก้วพงษ์ษา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 77.

1.2) ผู้จัดการชุมนุมหรือผู้นำการชุมนุมยินยอมหรือปล่อยให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมมีการพกพาอาวุธหรือวัตถุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 2 วรรคสาม VersG อันได้แก่ วัตถุที่โดยสภาพแล้วสามารถทำให้คนบาดเจ็บหรือทำให้ทรัพย์สิน (Property) เสียหายได้

1.3) มีข้อเท็จจริงที่ยืนยันได้ว่า ผู้จัดการชุมนุม มีความประสงค์ที่จะให้การชุมนุมเป็นไปโดยใช้กำลังหรือต่อต้านการกระทำตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่

1.4) มีข้อเท็จจริงที่ยืนยันได้ว่า ผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ที่ป็นสมาชิกมีการยินยอมให้มีการกระทำผิดกฎหมาย

2) การห้ามการชุมนุมสาธารณะในที่โล่ง⁵⁴ตามมาตรา 15 วรรคแรก VersG การห้ามการชุมนุมนั้นถือเป็นมาตรการสุดท้ายที่จะนำมาใช้กับการชุมนุมในลักษณะนี้ ซึ่งต้องนำมาใช้ในกรณีที่มีอันตรายที่เกิดขึ้น โดยตรงต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ ร้ายแรง และการห้ามการชุมนุมก็อาจเป็นมาตรการ (Measure) ที่จะคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายที่มีความเท่าเทียมกับเสรีภาพในการชุมนุม หากมาตรการอื่นๆไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้ซึ่งกรณีดังกล่าวใช้กับการพิจารณาเพื่อที่จะให้มีการสลายการชุมนุมตามมาตรา 15 วรรคสอง VersG ด้วยการดำเนินการใช้มาตรการดังกล่าวของเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องคำนึงว่า การที่ผู้เข้าร่วมชุมนุมบางรายก่อความไม่สงบเรียบร้อยไม่เป็นเหตุให้มีการห้ามการชุมนุมหรือสลายการชุมนุมได้ แต่หากมีการห้ามหรือสลายการชุมนุมในกรณีดังกล่าวโดยหลักแล้วถือว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่ได้สัดส่วน สำหรับอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ (Public security) ก็เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความคิดในประมวลกฎหมายอาญา การใช้เครื่องหมายขององค์กรที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การกล่าวข้อความทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐและสัญลักษณ์ของรัฐ การปลุกกระดมฝูงชน เป็นต้น และในการใช้ดุลพินิจห้ามการชุมนุมของเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางเงื่อนไขในการห้ามโดยจะมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองที่มีค่าเท่าเทียมกันและตกอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน และจะมีได้เฉพาะเมื่อมีอันตรายที่จะเกิดขึ้น โดยตรงต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

กรณีหากการชุมนุมหรือการเดินขบวนขนาดใหญ่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย VersG จะต้องมีการแจ้งการห้ามและกำหนดระยะเวลาที่จะให้มีการให้ความเห็นต่อการห้ามการชุมนุมดังกล่าวได้ กรณีของการชุมนุมในสถานที่มิดชิดนั้นการห้ามการชุมนุมจะกระทำได้โดยจำกัดเท่าที่การชุมนุมนั้นส่งผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะหรือมีผลกระทบต่อสิ่งที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง แต่กรณีของการชุมนุมในสถานที่โล่งนั้น ความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะโดยรวมทั้งหมดเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและอาจเป็นเหตุนำไปสู่การห้ามการชุมนุมได้ ทั้งนี้

⁵⁴พจนาน โสภางจริยวงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 48. หน้า 87

การที่พิจารณาออกคำสั่งห้ามการชุมนุมนั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน การมีคำสั่งห้ามการชุมนุมมักจะทำออกมาในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่มีไปถึงผู้จัดการชุมนุม เช่นเดียวกับการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุม แต่กรณีจะแตกต่างจากการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมที่เจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย VersG จะต้องเป็นผู้แจ้งผู้ที่จะเข้าร่วมการชุมนุมและยับยั้งการเข้ามาชุมนุมด้วยตัวเอง ผู้จัดการชุมนุมไม่มีหน้าที่ดังกล่าว ในกรณีที่มีการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุม หรือการห้ามการชุมนุมซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถดำเนินการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ต่อศาลปกครองได้ แต่ก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก่อน ซึ่งโดยหลักแล้วการอุทธรณ์จะมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะกำหนดให้คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับในทันที (การอุทธรณ์หรือการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็สามารถดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลปกครองที่มีอำนาจให้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 80 ของกฎหมายศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง VwGO และหากคำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลไปในระหว่างการดำเนินคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีสามารถร้องขอต่อศาลปกครองให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นต่อไปได้ในฐานะคดีที่ขอให้ศาลปกครองยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองที่สิ้นผลไปแล้วนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Fortsetzungsfeststellungsklage) ได้⁵⁵

การสั่งสลายการชุมนุม⁵⁶

1) การสลายการชุมนุมสาธารณะในสถานที่มิดชิดจะเกิดขึ้นได้เฉพาะในกรณีที่ผู้เข้าร่วมการชุมนุมฝ่าฝืนข้อกำหนดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและการห้ามพกพาอาวุธ โดยมาตรา 13 VersG กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการสลายการชุมนุมได้ในกรณีดังนี้⁵⁷

1.1) ผู้นำการชุมนุมเป็นผู้ไม่มีสิทธิในการชุมนุมตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 11 วรรคสอง ข้อหนึ่ง ถึง ข้อสี่ VersG แม้ว่าในบทบัญญัติของกฎหมายจะกำหนดไว้เฉพาะผู้นำการชุมนุมเท่านั้นก็ตาม แต่หากผู้เข้าร่วมการชุมนุมเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ถูกคำสั่งห้ามตามมาตรา 21 วรรคสอง GG การชุมนุมนั้นก็ยังสามารถสั่งสลายการชุมนุมได้

⁵⁵ นรินทร์ อธิสาร, (2550). คดีที่ขอให้ศาลปกครองยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองที่สิ้นผลไปแล้วนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Die Fortsetzungsfeststellungsklage) ในระบบกฎหมายเยอรมัน: เปรียบเทียบกรณีศาลปกครองไทย. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 7(3). หน้า 19-44.

⁵⁶ พจนา โสภณเจริญวงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 48. หน้า 89.

⁵⁷ นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 40.

1.2) การชุมนุมดำเนินไปโดยมีการใช้กำลังหรือมีการต่อต้านการบังคับการของเจ้าหน้าที่ หรือก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงต่อชีวิต

1.3) การชุมนุมนั้นขัดต่อกฎหมายอาญา ที่ร้ายแรงหรือความผิดอาญาแผ่นดิน และกรณี ที่การชุมนุมมีการเรียกร้อง จูงใจให้ให้มีการกระทำความผิดและผู้นำการชุมนุมไม่ดำเนินการโดยไม่ชักช้าเพื่อห้ามปราม

1.4) ผู้นำการชุมนุมไม่ดำเนินการสั่งห้ามมิให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมที่พกพาอาวุธ เข้ามาในการชุมนุมนอกจากการชุมนุม โดยทันทีและแจ้งให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทราบเพื่อขอ การสนับสนุนหากผู้นั้นขัดขึ้น

เมื่อปรากฏเหตุดังกล่าว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องพิจารณาดำเนินการสั่งสลาย การชุมนุม โดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน หากการชุมนุมเป็นไปโดยไม่งบการสั่งสลาย การชุมนุมก็จะไม่มีปัญหาใดๆ เลย เพราะเท่ากับว่าผู้เข้าร่วมการชุมนุมทั้งหมดนั้น ไม่อาจอ้าง ความคุ้มกันจากเสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 8 GG แต่หากความไม่สงบเกิดจากบุคคลคนเดียว หรือส่วนน้อยของการชุมนุม ดังนี้ ผู้เข้าร่วมการชุมนุมนั้น ได้รับความคุ้มกันจากเสรีภาพใน การชุมนุมอยู่ หากมีการประกาศสลายการชุมนุมแล้วผู้เข้าร่วมการชุมนุมมีหน้าที่ที่จะต้องออกจาก บริเวณสถานที่ในการชุมนุมในทันที คำสั่งสลายการชุมนุมนั้น โดยหลักแล้วจะดำเนินการ โดยคำสั่งทางปกครองโดยวาจา

2) การสลายการชุมนุมสาธารณะในที่โล่ง ต้องเป็นกรณีที่มีอันตรายต่อความมั่นคง ปลอดภัยสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ซึ่งจะต้องตีความอย่างแคบ การไม่ได้แจ้ง การชุมนุม หรือการไม่ใช้ข้อมูล หรือการกระทำที่ขัดต่อเงื่อนไขในการชุมนุมเพียงอย่างเดียว ยังไม่ถือว่าเป็นอันตรายโดยตรงที่จะสั่งสลายการชุมนุมได้ เนื่องจากขัดต่อหลักความได้สัดส่วน และรัฐธรรมนูญ การสั่งสลายการชุมนุมมีผลทำให้การชุมนุมที่เกิดขึ้นแล้วสิ้นสุดลง และไม่ถือว่าการสั่งสลายการชุมนุมเป็นการบังคับตามคำสั่งห้ามการชุมนุมแต่อย่างใด แต่ถือว่าเป็นคำสั่ง ทางปกครองที่แยกออกมาเฉพาะ เมื่อมีคำสั่งสลายการชุมนุมแล้วทำให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมไม่ได้รับ ความคุ้มครองของเสรีภาพและการชุมนุมนั้นกลายเป็นการรวมตัวของบุคคลซึ่งอาจถูก เจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการโดยอาศัยกฎหมายตำรวจได้ โดยมาตรา 15 VersG ได้กำหนดไว้ โดยการสลายการชุมนุมจะกระทำได้ในกรณีเพื่อคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองซึ่งมีค่าเท่ากับ เสรีภาพในการชุมนุมเช่น ชีวิต สุขภาพ ทรัพย์สิน ความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ (Public security) ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน

คำสั่งศาลการชุมนุมนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง⁵⁸ ซึ่งจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยวาจา และจะเป็นคำสั่งที่บังคับได้ทันที การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะไม่เป็นผลให้เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพราะว่าเป็นคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทั้งนี้ตามมาตรา 80 วรรคสอง ข้อสอง ของกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง VwGO และหากคำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลบังคับไปในระหว่างการดำเนินคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ผู้ฟ้องคดีสามารถร้องขอต่อศาลปกครองให้ดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีนั้นต่อไปได้ในฐานะคดีที่ขอให้ศาลปกครองยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองที่สิ้นผลไปแล้วนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Fortsetzungsfeststellungsklage) ได้

2.2.1.2 การชุมนุมสาธารณะของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ประชาชนมีเสรีภาพในการชุมนุมมากที่สุดประเทศหนึ่ง และเป็นประเทศที่บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ในอดีตรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสทุกฉบับจะเน้นถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนความเสมอภาคเท่าเทียมกัน รับรองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนมีอาจบด้างได้ ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันในสังคมว่า สังคมหรือรัฐเกิดขึ้นมาเพื่อบุคคลและความสงบสุขของบุคคลนั่นเอง

1) ความหมายและลักษณะของการชุมนุมของประเทศฝรั่งเศส⁵⁹

การชุมนุม หมายถึง การรวมตัวกันของผู้คนในช่วงระยะเวลาหนึ่งเวลาใด เพื่อรับฟังความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะเพื่อปกป้องประโยชน์ของตนเอง

เสรีภาพในการชุมนุมต่างจากการประท้วง กล่าวคือ การประท้วง กระทำได้ภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครอง ส่วนเสรีภาพในการชุมนุมได้รับการรับรองโดยกฎหมาย และต่างจากการสมาคมเนื่องจากการสมาคมเกิดจากความสัมพันธ์แบบถาวรของสมาคม แต่การชุมนุมเป็นการรวมตัวกันในช่วงเวลาหนึ่งเวลาใดเท่านั้นมิได้เป็นแบบถาวร จะเห็นว่าลักษณะของการชุมนุมมี 3 ลักษณะ⁶⁰ ได้แก่

- 1) เป็นการรวมตัวกันของผู้คนในช่วงเวลาขณะหนึ่ง
- 2) ความสัมพันธ์ของผู้เข้าชุมนุมไม่ได้มีลักษณะเป็นการถาวร

⁵⁸ พงณา โสภางเจริญวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 48. หน้า 88.

⁵⁹ วินิจ เจริญชัยขง. (2539). *กฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 37.

⁶⁰ วีระวุธ ชัยชนะมงคล. (2556). *กฎหมายการชุมนุมสาธารณะกรณีประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษ*. การศึกษาอิสระ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัย. หน้า 100.

3) การชุมนุมก่อตัวขึ้นอย่างมีวัตถุประสงค์และได้รับอนุญาต

ฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมขึ้นเฉพาะใน ค.ศ. 1935⁶¹ วางหลักเกณฑ์ในการชุมนุมสาธารณะในลักษณะเคลื่อนที่หรือเดินขบวนบนถนนสาธารณะ (demonstration) เพิ่มขึ้นด้วย และกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ถูกจัดรวมไว้ในประมวลกฎหมายความมั่นคงภายใน (The Internal Security Code หรือ CSI) ที่บังคับใช้ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2012 โดยสรุปกฎหมายการชุมนุมสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสมีรายละเอียดดังนี้

1) การใช้เสรีภาพในการชุมนุมในภาวะปกติ โดยได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในภาวะปกติไว้คือ สามารถที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น⁶² ถ้าสิ่งใดที่ไม่มีกฎหมายห้ามก็สามารถทำได้ การชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนจะต้องมีคณะกรรมการอันประกอบด้วยตัวแทนผู้ชุมนุมสาธารณะอย่างน้อยสามคนทำหน้าที่ดูแลสอดส่องให้การชุมนุมเป็นไปอย่างเรียบร้อยและต้องดูแลไม่ใช้การชุมนุมสาธารณะกระทำการใดที่ผิดกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยต้องมีหนังสือแจ้งการชุมนุมสาธารณะต่อฝ่ายปกครอง และหากมีความเสียหายหรือวุ่นวายในบ้านเมือง คณะกรรมการจะต้องรับผิดชอบทั้งหมด และการเดินขบวนฝรั่งเศสต้องมีผู้จัดการเดินขบวนเป็นผู้รับผิดชอบในการดูแลการเดินขบวน ซึ่งจะต้องระบุชื่อ นามสกุล และที่อยู่ของผู้จัดการเดินขบวนไว้ในหนังสือแจ้ง และผู้จัดการเดินขบวนจะต้องมีหน้าที่เหมือนกับคณะกรรมการชุมนุมสาธารณะ

ส่วนผู้ชุมนุมสาธารณะหรือผู้เดินขบวนนั้นมีเสรีภาพอย่างมาก จึงไม่ได้กำหนดถึงขอบเขตหน้าที่ของประชาชนที่จะชุมนุมสาธารณะหรือเข้าร่วมเดินขบวน สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่รับผิดชอบในการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนระบบกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจพิเศษ (Prerogative) แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้มีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง หากเห็นว่าการชุมนุมหรือการเดินขบวนดังกล่าวอาจเกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง ก็ให้อำนาจในการสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนได้

⁶¹ รัฐกฤษฎีกาในวันที่ 23 ตุลาคม 1935 กำหนดมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อยที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ (Decret portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public, 23 Octobre 1935) กฎหมายฉบับนี้ปัจจุบันได้มี ordonnance แทนแล้ว (A de'cret-loi is adopted by the executive and has a value of legislative law. It does not exist anymore since the Constitution dated 1958 has replaced-loi by ordonnance.) นอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติมแก้ไขด้วยกฎหมาย หมายเลข 95 – 73

⁶² วีระวร ชัยชนะมงคล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 37.

ลักษณะและวิธีการในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบของฝรั่งเศสในภาวะปกตินั้น⁶³ คณะกรรมการการชุมนุมต้องมีหนังสือแจ้งเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของรัฐ ผู้รับผิดชอบในการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน โดยจะต้องระบุชื่อ ที่อยู่ อาชีพ และเรื่องที่จะแสดงความคิดเห็นหรือเรียกร้อง วัตถุประสงค์เพื่ออะไร กำหนดวัน เวลา สถานที่ หรือวัน เวลา เส้นทาง การเดินขบวน รวมถึงลักษณะวิธีการในการเดินขบวน จำนวนของผู้ชุมนุม พร้อมทั้งลงลายมือชื่อของคณะกรรมการ โดยต้องแจ้งล่วงหน้าอย่างน้อยสามวันหรืออย่างมากสิบห้าวัน ต่อหน่วยงานของรัฐในท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับหนังสือแจ้งบอกกล่าวแล้วจะต้องออกใบรับแจ้งให้ผู้แจ้งทันที หากเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่าการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยอาจมีคำสั่งห้ามการชุมนุมหรือการเดินขบวนได้ โดยแจ้งไปยังผู้ลงนามในหนังสือบอกกล่าวโดยทันที ซึ่งคำสั่งห้ามการชุมนุมหรือการเดินขบวนนั้น คณะกรรมการสามารถนำไปฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งห้ามดังกล่าวได้ โดยศาลจะพิจารณาว่าการชุมนุมหรือการเดินขบวนนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือขัดต่อกฎหมายหรือไม่⁶⁴

ข้อปฏิบัติในการชุมนุมในภาวะปกติของฝรั่งเศสยังมีข้อจำกัดของการชุมนุมหลายประการ เช่น การชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนจะกระทำเกินเวลา 23.00 นาฬิกา ไม่ได้ และจะกระทำทางสาธารณะ เช่น ถนนหลวงไม่ได้ และต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดการชุมนุมอย่างเคร่งครัด และหากการชุมนุมในแต่ละครั้งคณะกรรมการได้ใส่รายละเอียดไม่ครบถ้วนหรือไม่ถูกต้องในหนังสือแจ้งบอกกล่าวให้ทราบล่วงหน้าทำให้เข้าใจผิดถึงเงื่อนไขการชุมนุมหรือการเดินขบวนหรือไม่ได้มีการแจ้งล่วงหน้าต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 15 วัน ถึง 6 เดือน และปรับสูงสุดถึง 7,500 ฟรังก์

2) การใช้เสรีภาพในการชุมนุมในภาวะไม่ปกติ เป็นกรณีเกิดการปฏิวัติรัฐประหาร เปลี่ยนแปลงการบริหารประเทศ หรือเกิดภัยคุกคามอย่างร้ายแรง เช่น การก่อการจลาจล การมั่วสุม คิคร้าย การถูกรบครองดินแดนโดยต่างชาติ ฝรั่งเศสจะมีการจำกัดเสรีภาพในขณะที่ไม่ปกติ คือ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ประกาศใช้กฎอัยการศึก เกิดสงคราม เกิดการก่อกบฏ จึงได้มีบทบัญญัติพิเศษที่ให้อำนาจแก่รัฐในการปฏิบัติต่อสถานการณ์นั้น เพื่อรักษาความสงบในประเทศ แต่จะประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินได้ต่อเมื่อมีภัยอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือที่มีลักษณะเป็นภัยพิบัติสาธารณะและคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้มีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยต้องระบุท้องที่ที่จะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วยซึ่งจะมีผลบังคับเพียง 12 วันเท่านั้น

⁶³มานะชัย แก้วพงษ์ษา. อังแล้วชิงอรรดที่ 51. หน้า 50.

⁶⁴Colliard Albert Claude. (1982) *Libertes Publiques* Sixieme edition Paris:Dollaz. P.718-719

และจะสิ้นสุดผลเมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาให้ขยายระยะเวลาในการบังคับใช้ เมื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและผู้ว่าราชการจังหวัดจะเป็นผู้ดูแลควบคุมสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนจะมีอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน คือ ห้ามประชาชนสัญจร ห้ามยานพาหนะสัญจรภายในเขตและเวลาที่ประกาศกำหนดเวลา ห้ามการชุมนุมและการเดินขบวนทุกรูปแบบที่อาจจะก่อให้เกิดความไม่สงบในบ้านเมือง⁶⁵ และในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส Section II – Participation in an Unlawful Assembly, Article 431-3 ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการสลายฝูงชนที่ละเมิดต่อความสงบ โดยแจ้งให้ฝูงชนยกเลิกการชุมนุมในที่ที่ตนใดและอาจใช้กำลังได้หากเห็นว่ามีความรุนแรงเกิดขึ้น แต่มิได้มีการกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการของการใช้กำลังไว้แต่อย่างใด

การควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะนั้นแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ การควบคุม (Restrain) โดยผู้จัดการชุมนุม⁶⁶ กับการควบคุมโดยเจ้าหน้าที่ ในการควบคุมโดยผู้จัดการชุมนุมนั้น ผู้จัดการชุมนุมมีหน้าที่ตามมาตรา 8 ของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 30 มิถุนายน 1881 ในการดูแลความเรียบร้อยของผู้ชุมนุมโดยภาพรวมไม่ให้มีการกระทำที่ผิดกฎหมายหรืออาชญากรรม (Crime) ควบคุมใกล้การชุมนุมเดินไปตามวัตถุประสงค์ของการชุมนุมที่แจ้งไว้กับทางการ และต้องไม่พุดปราศรัยในลักษณะที่ก่อให้เกิดการจลาจลหรือผิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public morals) และหากการชุมนุมไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ผู้จัดการชุมนุมต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ส่วนการควบคุมโดยเจ้าหน้าที่นั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความสงบทั่วไปมิให้มีกระทำความผิดตามกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้น นับแต่วันที่ได้มีการแจ้งการชุมนุมเจ้าหน้าที่ที่ได้รับแจ้งนั้นก็มิหน้าที่ดูแลการชุมนุมนั้น และอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนอื่นในอันที่จะใช้ที่สาธารณะนั้นตามปกติ และในระหว่าง 24 ชั่วโมงก่อนการชุมนุมจนกระทั่งการชุมนุมยุติลง มีอำนาจกำหนดมาตรการต่างๆ ที่เหมาะสมและจำเป็นเพื่อให้ผู้จัดการชุมนุมและผู้ชุมนุมปฏิบัติตามเพื่อให้การชุมนุมเป็นไปอย่างเป็นระเบียบเรียบร้อย และเพื่อให้ประชาชนอื่น ๆ ที่มีได้ร่วมชุมนุมได้รับผลกระทบ ซึ่งการพิจารณาว่ามาตรการใดสมเหตุสมผลหรือจำเป็นหรือไม่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามมาตรา 132 – 75 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ในการห้ามผู้ใดพกพาอาวุธหรือสิ่งที่สามารถใช้เป็นอาวุธเข้าไปในที่ชุมนุม ในกรณีที่มิใช่การชุมนุมใดจัดขึ้นโดยไม่มีแจ้ง หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือนายกเทศมนตรีเห็นว่าการชุมนุมนั้นจะก่อให้เกิดความวุ่นวายต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เจ้าหน้าที่หรือนายกเทศมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งห้ามหรือให้เลิกการชุมนุมนั้นได้ แต่เมื่อมีคำสั่ง

⁶⁵วิระวุธ ชัยชนะมงคล. อังแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 36.

⁶⁶วิระวุธ ชัยชนะมงคล. อังแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 38.

เช่นว่านั้นแล้วต้องรายงานให้ผู้ว่าราชการจังหวัดทราบภายใน 24 ชั่วโมง ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดอาจเห็นด้วยตามที่นายกเทศมนตรีเสนอหรืออาจจะยกเลิกคำสั่งห้ามการชุมนุมนั้นเสียก็ได้

ความคิดเกี่ยวกับการชุมนุมในที่สาธารณะ⁶⁷ เนื่องจากเสรีภาพในการชุมนุมเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 431 – 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจึงบัญญัติความผิดในลักษณะที่เป็น การขัดขวางการแสดงออกของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในการทำงาน การรวมตัวกันเป็นสมาคม การชุมนุมหรือการเดินขบวนโดยสงบ ต้องระหว่างโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร หากมีการใช้ความรุนแรงหรือทำลายทรัพย์สิน ต้องระหว่างโทษเพิ่มขึ้นเป็นจำคุก 3 ปี และโทษปรับ 45,000 ยูโร และกรณีที่มีการชุมนุมไม่เป็นไปโดยสงบแล้วเจ้าหน้าที่สั่งให้ยุติการชุมนุม 2 ครั้ง แล้วผู้ชุมนุมไม่ยุติ ผู้ชุมนุมต้องระหว่างโทษจำคุก 1 ปี และโทษปรับ 15,000 ยูโร ในกรณีไม่มีอาวุธหรือต้องระวางโทษจำคุก 3 ปี และโทษปรับ 45,000 ยูโร ในกรณีที่มีอาวุธ (มาตรา 431 – 3 ถึงมาตรา 431 – 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญา) สำหรับความผิดของผู้ปลุกระดมให้ผู้ชุมนุมก่อความไม่สงบโดยการพูด การเขียน หรือการพิมพ์ โฆษณา ต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี และโทษปรับ 15,000 ยูโร และหากการปลุกระดมนั้นเป็นผล โทษจะเพิ่มเป็นจำคุก 7 ปี และโทษปรับ 100,000 ยูโร (มาตรา 431 – 6 แห่งประมวลกฎหมายอาญา) บุคคลธรรมดาที่ต้องระวางโทษตาม มาตรา 431 – 5 และมาตรา 431 – 6 อาจถูกเพิกถอนสิทธิทางการเมือง และทางแพ่ง ถูกห้ามมิให้พกพาอาวุธไม่น้อยกว่า 5 ปี และหากเป็นชาวต่างชาติได้กระทำความผิดอาจถูกเนรเทศจากประเทศฝรั่งเศสเป็นการถาวรหรือไม่น้อยกว่า 10 ปี (มาตรา 431 – 7 และมาตรา 431 – 8 แห่งประมวลกฎหมายอาญา) ส่วนการไม่แจ้งการชุมนุม หรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่นั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน และโทษปรับ 7,500 ยูโร (มาตรา 431 – 9 และมาตรา 431 – 12)

ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ หรือการประท้วงรวมทั้งพิจารณาความรับผิดของรัฐในกรณีที่เกิดความเสียหายจากการชุมนุมสาธารณะหรือการประท้วงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะและการประท้วงของเจ้าหน้าที่ของรัฐ กฎหมายให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยออกคำสั่งห้ามการชุมนุมหรือคำสั่งสลายการชุมนุมที่ก่อความวุ่นวาย

⁶⁷ปกรณีย์ นิลประพันธ์. (2556). การร่างกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ. *รวมบทความด้านกฎหมายดีเด่น เนื่องในวันสัญญาธรรมศักดิ์* สถาบันสัญญาธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพฯ, หน้า 61-62.

อย่างไรก็ตามศาลปกครองของฝรั่งเศสควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในภายหลังของคำสั่งดังกล่าวโดยวิธีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งพิจารณาดังต่อไปนี้⁶⁸

1) การฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir) ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งห้ามการชุมนุมหรือการประท้วงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (référé liberté) การฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการคำสั่งห้ามการชุมนุมหรือการประท้วงเปิดโอกาสให้ศาลปกครองเข้ามาตรวจสอบความชอบของการกระทำของฝ่ายปกครองแต่ถึงแม้ศาลจะเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวในภายหลังประชาชนก็ถูกห้ามไม่ให้จัดการชุมนุมหรือการประท้วงไปแล้ว

รัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1983 ให้อำนาจศาลปกครองในการสั่งทุเลาการบังคับคำสั่งห้ามการชุมนุมประท้วงไว้จนกว่าจะมีคำพิพากษา

รัฐบัญญัติลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 จัดตั้งระบบมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานขึ้นในกรณีที่มีการกระทำที่ร้ายแรงและผิดกฎหมายของฝ่ายปกครองอย่างใด ๆ ซึ่งละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเช่นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธไม่ให้สมาคมหรือพรรคการเมืองใช้สถานที่ของทางการจัดการชุมนุมสาธารณะ (CE, ord. éféré, 19/08/2002, Front national et Institut de formation des élus locaux) ตุลาการศาลปกครองเพียงนายเดียวสามารถพิจารณาคำขอและสามารถออกมาตรการอย่างใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ถูกละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไม่กระทบกระเทือนต่อการพิจารณาคดีหลัก โดยองค์คณะตุลาการที่พิจารณาคำขอต้องมีคำตัดสินภายใน 48 ชั่วโมงและคำสั่งดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ได้ต่อสภาแห่งรัฐ (ศาลปกครองสูงสุด) ภายใน 15 วัน

3) การควบคุมความชอบของคำสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะจากแนวคำพิพากษาศาลปกครองของฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ⁶⁹ ดังนี้

(1) การชุมนุมจะก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือไม่ (risque de troubles graves à l'ordre public) กล่าวคือคำสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะต้องมีเป้าหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองในอันดับแรกศาลจึงตรวจสอบว่าถ้าเจ้าหน้าที่

⁶⁸ สมชาย ปราศิลาปะกุล และคณะ. (2558). *เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย*. รายงานการวิจัย กรุงเทพฯ: ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 127-128.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 132.

ไม่สั่งห้ามการชุมนุมดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือไม่ โดยพิจารณาสถานการณ์ของท้องถิ่นนั้น ๆ เจ้าหน้าที่ไม่สามารถสันนิษฐานเพียงว่าการชุมนุมจะก่อให้เกิดความไม่สงบ แต่ต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจน สภาแห่งรัฐตัดสินว่าคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ไม่อนุญาตให้กลุ่มพยานของ Jehovah ใช้สถานที่ของเทศบาลทำพิธีเฉลิมฉลองทางศาสนาไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าการชุมนุมจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองอย่างไร การอ้างความเกี่ยวข้องกับลัทธิความเชื่อของการชุมนุมดังกล่าวไม่เพียงพอ

(2) ความเพียงพอของกำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อควบคุมป้องกันผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองของการชุมนุมดังกล่าวเนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อควบคุมให้การชุมนุมสาธารณะเป็นไปโดยสงบเรียบร้อยเช่นในกรณีที่มีความจำเป็นที่ต้องแบ่งกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจไปควบคุมดูแลการชุมนุมหลายจุดสภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะเห็นว่าคำสั่งห้ามการชุมนุมชอบด้วยกฎหมาย

(3) การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมหรือประท้วงเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (principe de proportionnalité) หรือไม่นอกเหนือจากการตรวจสอบว่าการชุมนุมเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองแล้วศาลปกครองจะตรวจสอบว่ามาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะมีความได้สัดส่วนกับความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยหรือไม่ หลักความได้สัดส่วนสามารถแยกได้เป็น 3 หลักย่อย⁷⁰ คือ

หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักนี้เรียกร้องให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรมได้ในทางปฏิบัติ

หลักแห่งความจำเป็น ในบรรดามาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเลือกมาตรการ (Measure) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้นคำสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะจะถือได้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเฉพาะในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้ด้วยวิธีอื่นแล้ว

หลักแห่งความสมดุล หลักการนี้เรียกร้องให้ประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสิทธิหรือเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชน

⁷⁰ สมชาย ปราศิลปะกุล และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 68. หน้า 130.

2.2.2 การทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศ

การทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในต่างประเทศ เป็นกระบวนการในการคุ้มครองสิทธิหรือการเยียวยาสิทธิของฝ่ายปกครองต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองอีกวิธีหนึ่ง ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีกระบวนการ เงื่อนไข เนื้อหา ในการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะมีเนื้อหา กระบวนการ ที่แตกต่างกัน แต่สิ่งที่เหมือนกันก็คือมุ่งหมายรักษาไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและประสิทธิภาพของการดำเนินการของฝ่ายปกครองไว้อย่างสมดุลกัน โดยจะทำการศึกษาถึงการทบทวนคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นแม่แบบในการตราพระราชบัญญัติ ระเบียบปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁷¹ ดังนี้

2.2.2.1 การทบทวนและการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน

ขั้นตอนการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutz) ต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State) ของระบบกฎหมายเยอรมันนั้นถือเป็นแนวคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ที่สำคัญยิ่ง ถือกำเนิดขึ้นมาในประเทศเยอรมัน โดยในหมู่นักวิชาการทางด้านกฎหมายซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมมิให้ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจไปตามอำเภอใจอันเป็นการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้โดยไม่มีเหตุมีผลอันควร ทั้งนี้ แนวความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐได้รับอิทธิพลมาจากความคิดด้านเสรีนิยมภายหลังจากที่ให้เกิดการปฏิวัติครั้งใหญ่ขึ้น ณ ประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งสรุปได้ว่าในช่วงศตวรรษที่ 19 หลักนิติรัฐถูกเข้าใจและพัฒนาไปในทางด้านการปกครองโดยตัวกฎหมาย (Rule by Law) เท่านั้น มิได้เข้าไปดูเนื้อหาในตัวกฎหมายนั้นเลยว่ามุ่งเน้นไปในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนหรือไม่ มีความยุติธรรมหรือไม่ หลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิประชาชน ระบบการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในนิติรัฐ อาจแบ่งการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเป็นสองขั้นตอน⁷²ด้วยกัน

1) การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกัน (Praventiver Rechtsschutz) เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายในอำนาจบริหารในส่วน of ฝ่ายปกครอง โดยให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตั้งแต่เริ่มดำเนินการ

⁷¹คณาภาส กานต์จจรเดช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32, หน้า 77.

⁷²กมลชัย รัตนสากวางศ์, (2537), *พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, หน้า 231-234.

รับเรื่อง สืบหาข้อเท็จจริงปรับข้อเท็จจริงที่ยุติเข้ากับข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ จนถึงขั้นตอนของการวินิจฉัยและออกนิติกรรมทางปกครอง เช่น คำสั่ง หรือใบอนุญาตต่างๆ เป็นต้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการทุกขั้นตอน โดยชอบด้วยหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติ และชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติทางปกครอง ทำนองการพิจารณาพิพากษาของศาล (Justizmassig)

2) การคุ้มครองสิทธิประชาชนในเชิงแก้ไข (Repressiver Rechtsschutz) ซึ่งแบ่งออกเป็น ดังนี้

ประการแรก การคุ้มครองสิทธิประชาชนในเชิงแก้ไขภายในอำนาจบริหาร (ฝ่ายปกครอง) เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว คือสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ชั้นต้น ก่อนที่ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิจะเสนอคำฟ้องของตนต่อศาลปกครอง จะต้องอุทธรณ์โต้แย้งนิติกรรมทางปกครองนั้นต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นสูง เพื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นสูงจะได้ทบทวนควบคุมและตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นเงื่อนไขบังคับของการเสนอคำฟ้องต่อศาลตามมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล

ประการที่สอง การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไขในส่วนของอำนาจตุลาการ ซึ่งก็คืออำนาจในการฟ้องคดีโดยตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ มาตรา 19วรรคสี่ ประกอบมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล ซึ่งเป็นการยอมรับหลักการฟ้องคดีอย่างกว้าง โดยเสนอคำฟ้องโต้แย้งสิทธิเพื่อบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือละเว้นกระทำการ หรือเพื่อพิสูจน์ถึงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

โดยปกติฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตรวจสอบการกระทำของตน ในกรณีมีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอน เว้นแต่คำสั่งทางปกครองนั้นจะกระทบกระเทือนประโยชน์ของผู้สุจริต ซึ่งการเพิกถอนนี้จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั่นเอง และผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นก็ย่อมดูแลตรวจสอบให้มีการเพิกถอนได้ตามระบบปกติของสายการบังคับบัญชา ดังนั้น หากมีการอุทธรณ์โดยทางปฏิบัติไม่ว่าเมื่อใด เจ้าหน้าที่ที่ย่อนนำมาพิจารณาได้เพียงแต่ไม่ถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำ แต่เป็นดุลยพินิจว่าจะกระทำหรือไม่ก็ได้ตามหลักกฎหมายในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งไม่มีระยะเวลาชัดเจนแต่อย่างใด หากเข้าใจเช่นนี้แล้วก็ไม่ต้องสงสัยว่าพินกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์บังคับแล้วก็ย่อมจะขอให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนใหม่ได้อีก⁷³

⁷³ชัชวรัตน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์. หน้า 375.

ระบบการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองในกฎหมายปกครองเยอรมัน เป็นระบบอุทธรณ์บังคับ บัญญัติเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายวิธีพิจารณาความศาลปกครอง (VwGO) มาตรา 68 (1) และ (2) ซึ่งได้กำหนดว่า “กรณีที่ผู้ถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองจะนำข้อโต้แย้งมาสู่การพิจารณาต่อศาลปกครอง สำหรับคดีประเภทโต้แย้งสิทธิ (Anfechtungsklage) และคำฟ้องประเภทขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) จะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อน ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอีกครั้งหนึ่งก่อน “ส่วนในคดีปกครองประเภทอื่นไม่นำเอาการอุทธรณ์บังคับมาใช้ คดีดังกล่าวได้แก่ คดีขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ (Leistungsklage) คดีขอให้พิสูจน์สิทธิ (Feststellungsklage) และคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf normenkontrolle) การที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือบุคคลที่สามผู้ถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองได้อุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมทำให้ผลบังคับทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นระงับหยุดลงหรือเป็นการทุเลาการบังคับหรือคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 80 VwGO ถ้าไม่ใช้กรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องบังคับการในทันทีทันใดนั้นเอง การทุเลาการบังคับ หมายความว่า การมีผลบังคับทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองจะต้องเลื่อนออกไป ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นในเบื้องต้นยังไม่มีผลบังคับและยังไม่อาจดำเนินการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หรือจะนำผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองนั้นไปใช้ ยังไม่ได้เช่นกัน

การอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครอง (Widerspruch oder vorverfahren) ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นเองภายในหนึ่งเดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง⁷⁴ ซึ่งวิธีดังกล่าวนี้ก็เป็นวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง เป็นการควบคุมภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง (verwaltungsinterne Kontrolle)⁷⁵ แต่จะยื่นอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในเวลาเดียวกันก็ได้ ในการนี้ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเห็นเหมาะสมจะแก้ไขคำสั่งทางปกครองเพื่อให้มีการเยียวยาาก็ได้ (g70Abs.1VwGO) ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะพิจารณาทบทวนคำสั่งดังกล่าวได้ทั้งในด้านความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์⁷⁶ ในการนี้ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

⁷⁴กมลชัย รัตนสกาวัสส์. (2540). *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 86.

⁷⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

⁷⁶ชัชวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73. หน้า 376-377.

เห็นเหมาะสมจะแก้ไขคำสั่งทางปกครองเพื่อให้การเยียวยาได้ (g72VwGO) แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ก็ต้องส่งคำอุทธรณ์ต่อไปให้เจ้าหน้าที่ระดับผู้บังคับบัญชาพิจารณา (g73Abs.1(1)VwGO) แต่จะมีบางกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้พิจารณา แต่ในกรณีเป็นคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ระดับสูงสุดในมลรัฐหรือสหพันธ์หรือเป็นองค์กรปกครองตนเอง เช่น มหาวิทยาลัย คำอุทธรณ์ต้องมีการวินิจฉัยโดยเจ้าหน้าที่หรือองค์กรปกครองตนเองนั่นเอง (g73Abs.2,3VwGO)

คำวินิจฉัยอุทธรณ์จะต้องระบุเหตุผลและต้องแจ้งสิทธิที่จะได้รับการเยียวยา เช่น การอุทธรณ์หรือการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้ด้วย (g74Abs.3VwGO) และคำวินิจฉัยอุทธรณ์นี้จะพิจารณาทบทวนทั้งในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจ (g68Abs.3VwGO) ส่วนจะวินิจฉัยไปในทางเพิ่มภาระได้หรือไม่ยังเห็นแย้งกันอยู่บ้าง แต่ศาลปกครองเยอรมันถือหลักว่าสามารถวินิจฉัยอุทธรณ์ไปในทางเพิ่มภาระได้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน ไม่เช่นนั้นศาลปกครองจะไม่รับฟ้องการบังคับให้อุทธรณ์จะมีเฉพาะคดีฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองและคดีบังคับให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) เท่านั้น แต่จะไม่ใช่กับคดีที่กฎหมายปกครองประเภทอื่น (g68VwGO) การยื่นอุทธรณ์สามารถขยายระยะเวลาได้ภายในหนึ่งปีนับแต่วันได้รับทราบคำสั่งในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง การพิจารณาอุทธรณ์ก็เป็นเช่นเดียวกับการพิจารณาการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการอุทธรณ์อาจนำไปสู่การยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองได้

ข้อยกเว้นไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อน⁷⁷ มีดังนี้

- 1) กรณีที่มีกฎหมาย (ของสหพันธ์หรือมลรัฐ) ใ้บัญญัติ ยกเว้น ไว้ว่าไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ
- 2) กรณีเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงของสหพันธ์รัฐหรือมลรัฐ เช่น ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีของสหพันธ์รัฐหรือของมลรัฐ
- 3) บุคคลที่สาม ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ได้มีบุคคลอื่นยื่นไว้สามารถที่จะไปยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้โดยตรงไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อน⁷⁸

⁷⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 233.

⁷⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2539). การเตรียมการรองรับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง: ประสพการณ์ของเยอรมัน *ในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 114.

การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีผลต่ออายุความในการฟ้องคดี โดยระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ การพิจารณาอุทธรณ์จนกระทั่งมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์จะไม่นำไปนับรวมกับกำหนดเวลาการยื่นฟ้องคดี

สำหรับขั้นตอนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองกฎหมายปกครองพิเศษในแต่ละฉบับอาจจะกำหนดขั้นตอนของการใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กฎหมายว่าด้วยภาษีอากร กฎหมายว่าด้วยประกันสังคม เป็นต้น กรณีดังกล่าวจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายเหล่านั้นกำหนดไว้⁷⁹

กฎหมายได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจโต้แย้งได้ซึ่งเป็นสิทธิที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความมีผลบังคับใช้ทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในการยื่นคำร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหยิบยกเรื่องขึ้นมาพิจารณาใหม่อีกครั้ง เพื่อให้มีผลเป็นการยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองเดิม และเนื่องจากเป็นสิทธิที่ขัดต่อความมีผลบังคับทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น กฎหมายจึงต้องจำกัด กรณีและกำหนดเงื่อนไขในการขอให้มีการพิจารณาใหม่ไว้

การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล มาตรา 40 บัญญัติถึงเขตอำนาจปกครองว่าคดีมหาชนที่ไม่ขึ้นต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลพิเศษอื่นใด ให้เสนอคำฟ้องต่อศาลปกครอง และวรรคสอง บัญญัติว่า สำหรับการเรียกค่าสินไหมทดแทนในคดีดังกล่าวนี้ถ้าไม่ใช่เรื่องสัญญาทางปกครองแล้วให้เสนอคำฟ้องต่อศาลแพ่ง ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันยอมรับหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้าง (Generalklausel) ทั้งนี้จะต้องฟ้องขอให้เพิกถอนหรือแก้ไขการกระทำของรัฐที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยเสนอคำฟ้องโต้แย้งสิทธิเพื่อบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Anfechtungsklage) หรือละเว้นกระทำการ (Verpflichtungsklage) หรือคำฟ้องเพื่อให้ศาลปกครองพิสูจน์ถึงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองหรือความมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ทางมหาชน (Feststellungsklage) หรืออาจฟ้องขอให้ศาลปกครองมลรัฐวินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรองขัดต่อกฎหมายของสหพันธ์รัฐหรือไม่ ตามมาตรา 14 , 43 , 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล⁸⁰

⁷⁹กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2540) ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน. *รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 85 – 86.

⁸⁰กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 234.

2.2.2.2 การทบทวนและการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส การทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศสก็คือ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบอุทธรณ์แบบเพื่อเลือก เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยหลักแล้วถือว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่แยกออกต่างหากจากการฟ้องศาล ผู้เดือดร้อนจากการกระทำทางปกครองสามารถเลือกได้ว่าตนจะใช้วิธีการใด และถ้าใช้วิธีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ไม่ใช่เป็นการตัดสิทธิที่จะฟ้องศาลไปพร้อมๆกัน ถ้าฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยเสร็จก่อนศาล คำวินิจฉัยนั้นไม่มีผลใดๆ ต่อคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล แต่ถ้าคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ถูกอุทธรณ์ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นก็สมประโยชน์ผู้อุทธรณ์ ศาลจะพิพากษายกฟ้องคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณานั้น แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาก่อนคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองก็ยังมีสิทธิพิจารณาต่อไป ทั้งนี้คำวินิจฉัยที่ออกมาภายหลังจะต้องไม่ขัดแย้งหรือแย้งกับคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนี้สามารถดำเนินการได้แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์และโดยทั่วไปไม่มีรูปแบบ ทั้งไม่มีอายุความหรือเงื่อนไขว่าต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาคำอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจึงไม่ผูกพันตนกับหลักทั่วไปในวิธีพิจารณาทางศาล เช่น การต้องให้มีการโต้แย้ง

ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้มีแนวโน้มที่จะใช้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อลดจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาล โดยได้มีการออกรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 ธันวาคม 1987 เกี่ยวกับการปรับปรุงการดำเนินคดีในศาลปกครอง โดยให้อำนาจออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อกำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดี หรือการเสนอเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการ ว่าจะต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ย

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส จะเป็นการพิจารณาอุทธรณ์แบบชั้นเดียว⁸¹ โดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในระดับเหนือขึ้นไป การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะมีอยู่ 2 ลักษณะ ได้แก่ การอุทธรณ์ตามปกติซึ่งจะเป็นไปตามหลักทั่วไปของการจัดระเบียบการปกครองภายในหน่วยงานและการอุทธรณ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ ดังนี้

⁸¹ อาญา สิงห์ไกร. (2542). *ปัญหาการนำระบบอุทธรณ์บังคับมาใช้ในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 27.

การอุทธรณ์ในประเทศฝรั่งเศส โดยปกติแล้วเป็นระบบอุทธรณ์แบบเพื่อเลือก ซึ่งผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนสามารถเลือกใช้วิธีการนี้หรือไม่ก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ เป็นประการอื่นซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) การอุทธรณ์ตามปกติ

การอุทธรณ์ตามปกติหรือการอุทธรณ์ในระบบปกติ (recours administrative ordinaire) หรือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้จะเป็นไปตามหลักทั่วไปในการจัดระเบียบภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งจะไปสอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบตามลำดับชั้น (hierachy) โดยผู้ยื่นอุทธรณ์นอกจากผู้กรณแล้ว บุคคลภายนอกซึ่งแม้จะไม่มีส่วนได้เสียในคำสั่งทางปกครองก็สามารถที่จะยื่นอุทธรณ์ได้ แต่ทั้งนี้ผู้ที่ยื่นอุทธรณ์จะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะกระทำนิติกรรมได้ตามกฎหมาย การอุทธรณ์สามารถยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือยื่นต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองในระดับเหนือขึ้นไป และมีได้มีระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์กำหนดไว้ ผู้ยื่นอุทธรณ์จะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเมื่อใดก็ได้

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามปกตินี้จัดว่าเป็นระบบอุทธรณ์เพื่อเรียก ซึ่งผู้กรณจะเลือกใช้วิธีการอุทธรณ์ตามปกตินี้หรือไม่ก็ได้ การที่มีได้ดำเนินการยื่นอุทธรณ์ตามปกติก่อน ไม่ตัดสิทธิผู้กรณในการที่จะนำเรื่องไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

การทบทวนคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถพิจารณาได้ ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจเมื่อได้ดำเนินการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้วมีผลทำให้อายุความในการฟ้องคดีสะดุดลง ซึ่งระยะเวลาการฟ้องคดีมีกำหนด 2 เดือนนับแต่คำปฏิเสธไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้ ไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับเรื่องไว้พิจารณา เจ้าหน้าที่อาจเพิกเฉยไม่พิจารณา ก็ได้ ซึ่งการจะรับไว้พิจารณาหรือไม่จะอยู่ในดุลพินิจ⁸²

2) การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้จะมีบัญญัติไว้ในกฎหมายต่าง ๆ แต่ละฉบับ ซึ่งโดยปกติจะเป็นระบบเพื่อเลือก เว้นแต่กฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น⁸³

(2.1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอุทธรณ์

ผู้ที่จะยื่นอุทธรณ์จะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมาย การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้ อาจยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือยื่นต่อ

⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

⁸³ ฤทัย หงส์ศิริ. (2541). *การทบทวนคำสั่งทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 111.

ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองในระดับเหนือขึ้นไป (recours hierarchique) หรือยื่นต่อคณะกรรมการ⁸⁴ ซึ่งจะมีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคำอุทธรณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการทั่วไปหรือของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง โดยเฉพาะสำหรับระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ รูปแบบคำอุทธรณ์ กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ จะเป็นไปตามรายละเอียดที่กฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับกำหนดไว้⁸⁵

(2.2) ผลของการอุทธรณ์

เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์จะไม่นับรวมเข้าในกำหนดเวลาที่ผู้อุทธรณ์จะใช้สิทธิในการยื่นฟ้องคดี ซึ่งมีกำหนดระยะเวลา 2 เดือน นับแต่มีคำปฏิเสธไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์หรือวินิจฉัยยื่นคำสั่งเดิม⁸⁶ และการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสโดยหลักจะไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่กฎหมายจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ดังได้กล่าวแล้วว่าระบบการทบทวน (Revision) คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสเป็นระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือก ซึ่งผู้เดือดร้อนจากการกระทำทางปกครองสามารถเลือกได้ว่าตนจะใช้วิธีการใด และถ้าใช้วิธีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิที่จะฟ้องศาลไปพร้อม ๆ กัน ถ้าฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยเสร็จก่อนศาล คำวินิจฉัยนั้นไม่มีผลใด ๆ ต่อคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล แต่ถ้าคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ถูกอุทธรณ์ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ก็สมประโยชน์ผู้อุทธรณ์ ศาลจะพิพากษายกฟ้องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณานั้น แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาก่อนคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองก็ยังมีสิทธิพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ คำวินิจฉัยที่ออกมาภายหลังจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว⁸⁷ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนี้สามารถดำเนินการได้แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์และโดยทั่วไปไม่มีรูปแบบ ทั้งไม่มีอายุความหรือเงื่อนไขว่าต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาคำอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจึงไม่ผูกพันตนกับหลักทั่วไปในวิธีพิจารณาทางศาล เช่น การต้องให้มีการโต้แย้ง ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าการพิจารณาใหม่ของประเทศฝรั่งเศสก็เป็นเรื่องเดียวกันกับการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง เนื่องจากหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องการพิจารณาใหม่ แต่จากระบบการทบทวนภายในฝ่ายปกครองเช่นนี้เองทำให้การพิจารณาใหม่ในประเทศฝรั่งเศสย่อมมีได้เช่นกัน

⁸⁴ คณาภาส กานต์จรเดช. อังแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 91.

⁸⁵ คณาภาส กานต์จรเดช. อังแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 91.

⁸⁶ ฤทัย หงส์ศิริ. อังแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 111.

⁸⁷ โภคิน พลกุล. (2525). *เอกสารคำบรรยายวิชาปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครอง 2*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 24.

แต่ทั้งนี้ไม่ใช่สิทธิของผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนแต่หากเป็นคุณพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการพิจารณาใหม่หรือไม่ทำนองเดียวกับการพิจารณาใหม่นอกเหนือมาตรา 51 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองของเยอรมัน 1976 มาตรา 48 และมาตรา 49

สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย โดยมีรูปแบบการปกครอง เป็นแบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภา และเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ส่วนระบบศาล เป็นระบบศาลคู่ กล่าวคือ มีศาลยุติธรรมและศาลปกครอง เช่นเดียวกับประเทศไทย หลักนิติรัฐ หรือ Etat de droit ในฝรั่งเศสนั้น หมายถึง รัฐที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ทั้งในกรณีฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐต่อผู้อยู่ใต้ปกครอง และทั้งเพื่อเป็นหลักประกันในการใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในรัฐ ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบกรณีรัฐใช้อำนาจโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายและไม่เคารพหลักลำดับชั้นของกฎหมาย รวมถึงศาลปกครองจะทำหน้าที่รับประกันและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การยื่นฟ้องคดีปกครอง (L'introduction de L'instance) เริ่มจากการที่ผู้ฟ้องคดีทำหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษรยื่นต่อศาลปกครองแสดงความประสงค์ของผู้ยื่นคำฟ้อง ซึ่งอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ คือ เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบการฟ้องคดีและอายุความ

1) รูปแบบ การฟ้องคดีปกครองมีรูปแบบน้อยเพราะกระบวนการพิจารณาในศาลปกครองมีรูปแบบน้อย (peu formaliste) ซึ่งคำฟ้องไม่จำเป็นต้องทำลงในแบบพิมพ์ แต่ยังคงต้องติดอากรแสตมป์ และระบุคำขอของผู้ฟ้องคดีพร้อมทั้งเหตุผลข้อกล่าวอ้างที่ผู้ฟ้องคดีแสดงถึงสิทธิของตนและแนบคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

2) การยื่นฟ้องคดีต้องกระทำภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่มิคำสั่งทางปกครองซึ่งเหตุที่อายุความฟ้องคดีปกครองสั้นเช่นนี้ก็เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้คำสั่งทางปกครองตกอยู่ภายใต้ความไม่แน่นอนในเรื่องความสมบูรณ์ตามกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนานเกินไป⁸⁸

⁸⁸สำนักงานศาลปกครอง. (2547). *รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 183-186.