

บทที่ 2

แนวคิด ลักษณะทางกฎหมายและหลักการสำคัญ เกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในของฝ่ายปกครอง

ในการศึกษาเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในของฝ่ายปกครอง จำเป็นต้องศึกษาลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง หลักการสำคัญเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในของฝ่ายปกครอง และแนวคิดเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งหลักการดังกล่าว มีรายละเอียดดังนี้

2.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง¹³ จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือที่ต้องใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครอง การกระทำทางปกครอง (Administrative Action) คือ การกระทำหรือการละเว้นการกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งผลอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของเอกชน หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรปกครอง¹⁴ การกระทำทางปกครองที่องค์กรทางปกครองกระทำโดยใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของเอกชนในทางทฤษฎีเรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนิติกรรมทางปกครอง จะรวมทั้งคำสั่งและกฎ¹⁵ แต่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนิติกรรมทางปกครอง จะหมายถึงคำสั่งเท่านั้น¹⁶ ดังนั้น การกระทำทางปกครอง จึงเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการนั้นให้ปรากฏ

¹³ ฝ่ายปกครอง (l' administration) หมายความว่า หน่วยงานของรัฐและบุคลากรของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ ดูรายละเอียดใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2555). *กฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3).

กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 423.

¹⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: จีริชการพิมพ์. หน้า 99.

¹⁵ Pièrre Delvolvé, “*Acte administrative*,” Répertoire de contentieux administratif, parras. 238-259 (Daloz, 1989).

¹⁶ Mahendra P.Sigh, *German Administrative Law : In Common Law Perspective* 32 (1985).

การกระทำทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายจำแนกได้ดังนี้ (1) คำสั่งทางปกครอง¹⁷ (2) คำสั่งทางตุลาการ (3) กฎทางปกครอง (4) สัญญาทางปกครอง¹⁸ (5) การกระทำทางกายภาพ¹⁹

2.1.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

ในทางวิชาการมีการใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างน้อยใน 3 ความหมาย คือ ความหมายอย่างกว้างของนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเป็นการตกลงกับปัจเจกชน ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองตามความหมายนี้ จึงหมายถึงกฎ คำสั่งทางปกครอง²⁰ และสัญญาทางปกครอง

ความหมายอย่างกลางของนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย แต่การก่อตั้ง

¹⁷ คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง มีลักษณะเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีผลเฉพาะกรณีและมุ่งหมายใช้บังคับบุคคลเฉพาะรายออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง

¹⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๑๙

๑๑๙

“สัญญาทางปกครอง” หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

¹⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์. หน้า 100.

²⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ใช้คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” แทนคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เพราะคณะกรรมการร่างประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงมิให้เกิดความสับสนกับ “นิติกรรม” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และได้นิยามไว้ในมาตรา 5 ซึ่งมีความหมายทำนองเดียวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 35 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ดูรายละเอียดใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2554). *กฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 83-84.

นิติสัมพันธ์ดังกล่าว จะต้องกระทำในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองตามความหมายนี้ จึงหมายถึงกฎ²¹และคำสั่งทางปกครอง

ความหมายอย่างแคบของ นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนกฎหมายปกครองและเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะราย และการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวกระทำโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองตามความหมายนี้ จึงหมายถึงคำสั่งทางปกครอง

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นคำที่แปลมาจากคำว่า “acte administratif” ในภาษาฝรั่งเศส ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส acte administratif หมายถึง การแสดงเจตนาที่มุ่งให้มีผลในทางกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวนั้น จะมีผลผูกพันเป็นการเฉพาะราย หรือผูกพันบุคคลทั่วไป ดังนั้น คำว่า “acte administratif” ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จึงมีความหมายครอบคลุมถึงกฎและคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย แต่การที่จะให้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในกฎหมายไทย ให้เป็นไปในทำนองเดียวกันกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ต้องพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากความเข้าใจแต่เดิมของกฎในระบบกฎหมายไทย มีลักษณะเป็นกฎมากกว่าจะโน้มเอียงมาเป็นคำสั่งทางปกครอง อันจะจัดให้อยู่ในกรอบของ acte administratif ได้เหมือนเช่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนในการใช้ถ้อยคำที่ใช้กันอยู่หลายความหมาย และไม่เป็นการปิดกั้นการพัฒนาหลักเรื่องคำสั่งทางปกครอง และกฎในระบบกฎหมายไทย ว่าจะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับ acte administratif ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเท่านั้น จึงควรหลีกเลี่ยงใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง”²² เนื่องจากการใช้ศัพท์ทางกฎหมายในการเรียกการกระทำทางปกครองที่เป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงไปในแดนกฎหมายปกครอง เพื่อก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรมและใช้กับบุคคลเฉพาะรายยังมีความสับสนกันอยู่ ในการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงมีการบัญญัติให้เรียกการกระทำ

²¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

²² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์. หน้า 119-121.

ทางปกครองที่มีลักษณะดังกล่าวนี้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งเป็นการแปลมาจากคำว่า “Verwaltungsakt” ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี²³ หากจะแปลตามศัพท์แล้ว คำว่า “Verwaltungsakt” คือ การกระทำทางปกครอง²⁴ แต่เนื่องจากการแปลคำว่า “Verwaltungsakt” ว่า “คำสั่งทางปกครอง” จะทำให้ตรงความหมายที่แท้จริงของคำว่า “Verwaltungsakt” มากกว่า ดังนั้น จึงมีการแปลคำว่า “Verwaltungsakt” ว่า “คำสั่งทางปกครอง”

2.1.2 องค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาความหมายของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว สามารถจำแนกองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ ดังนี้²⁵

(1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่

คำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ คำว่า “เจ้าหน้าที่ (authority)” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมายความว่า บุคคลคณะบุคคลหรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ ก็ตาม

จากคำนิยามข้างต้น เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการพิจารณาทางปกครองด้วย เจ้าหน้าที่อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลเป็นสิ่งที่ไม่มีตัวตนและซื่อสัตย์ใจเหมือนบุคคลธรรมดา แม้ว่านิติบุคคลจะได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย นิติบุคคลก็ไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ด้วยตนเอง จะต้องให้บุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจกระทำการแทนตน

²³ การยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง ได้นำเอารัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) มาเป็นแนวทางในการยกร่าง ดังนั้น บทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้ จึงมีความคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน ดูรายละเอียดใน จิรายุ อาจฤทธิ. (2551). *การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

²⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2538). *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 22.

²⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์ หน้า 100.

ใช้อำนาจดังกล่าวแทนตนและในนามของคนอีกทอดหนึ่ง แสดงให้เห็นว่าในทางปฏิบัติ ผู้ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมายมี 2 ประเภทเท่านั้น คือ บุคคลธรรมดาและคณะบุคคลธรรมดา²⁶

แม้ว่านิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะมีองค์ประกอบที่สำคัญคือ คำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ แต่การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความหลากหลายมาก จึงไม่อาจสรุปได้ว่า เมื่อเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่แล้วจะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองเสมอ แต่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบประการอื่นอีก กรณีเอกชนซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่มีมาตรการต่าง ๆ ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่เอกชนนั้น จะได้รับมอบอำนาจทางปกครองให้กระทำการบางอย่าง การกระทำของเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจ ซึ่งอาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้²⁷ ในกรณีการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งกระทำโดยบุคคลผู้ซึ่งไม่ได้เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น แต่ได้แสดงตนว่าเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งอาจมีอำนาจพิจารณาในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองกรณีนี้ถือว่าเป็นโมฆะ²⁸ ไว้ว่า เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่

(2) เป็นการใช้อำนาจรัฐ

โดยที่มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” โดยวางเงื่อนไขว่า คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งโดยหลักการแล้วคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว บังคับแก่เอกชน โดยเอกชนมิได้ยินยอม การวางหลักว่าเป็นการใช้อำนาจปกครองของรัฐ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ที่ไม่รวมถึงการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรืออำนาจตุลาการ ดังนั้น อำนาจรัฐที่เจ้าหน้าที่แสดงออกมาอันเป็นเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครองนั้น ต้องเป็นอำนาจปกครอง แต่มาตรการใด ๆ อันเกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร ในลักษณะที่เป็นอำนาจรัฐบาล หรืออำนาจตุลาการ จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาว่า อำนาจรัฐซึ่งเป็นอำนาจมหาชนที่องค์กรของรัฐใช้หรือแสดงออกไปนั้น เป็นอำนาจทางปกครองหรือไม่ โดยพิจารณาจากเนื้อหาหรือธรรมชาติของอำนาจดังกล่าวเป็นสำคัญว่าเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในขอบเขตของกฎหมายปกครองหรือไม่ ไม่ใช่

²⁶ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. (2541). *เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง*. หนังสือรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 39-40.

²⁷ วรเจตน์ ภาศิริตัน. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์. หน้า 128.

²⁸ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. (2541). *เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง*. หนังสือรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 50.

พิจารณาจากองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจ การที่องค์กรที่สังกัดอยู่ในองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ อาจเป็นเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองหรือเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่อำนาจปกครองก็ได้ เช่น นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่สังกัดอยู่ในฝ่ายบริหาร อาจกระทำการในทางการเมืองหรือทางรัฐธรรมนูญหรือในทางปกครองก็ได้ การกระทำในทางรัฐธรรมนูญบางอย่างของนายกรัฐมนตรีอาจตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบในทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ แต่การกระทำบางประการของนายกรัฐมนตรีเป็นการกระทำในทางการเมืองโดยแท้ เช่น การดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการต่างประเทศหรือนโยบายทางเศรษฐกิจ ในกรณีเช่นนี้ การตรวจสอบการกระทำของนายกรัฐมนตรีย่อมต้องถูกตรวจสอบในทางการเมือง (โดยรัฐสภา สื่อมวลชนและประชาชน) ซึ่งไม่ใช่การตรวจสอบโดยอาศัยมาตรการในทางกฎหมาย แต่เมื่อนายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามกฎหมายปกครอง ได้แก่ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ ออกคำสั่งที่มีผลกระทบออกไปภายนอกฝ่ายปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นการก่อกวนสัมพันธภาพที่เป็นรูปธรรมและมีผลเฉพาะราย เช่น การออกคำสั่งลงโทษไล่ข้าราชการออกจากราชการ คำสั่งของนายกรัฐมนตรีย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองและตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง ในทำนองเดียวกันองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ย่อมถือว่าเป็นการใช้อำนาจตุลาการ คำสั่งใด ๆ ที่สั่งในกระบวนการพิจารณาพิพากษาหรือคำพิพากษาย่อ มไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่บุคคลใดจะนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบได้ คงทำได้แต่อุทธรณ์ ฎีกาขึ้นไปในระบบศาลนั้น ๆ แต่กรณีผู้พิพากษามาประกอบกันเป็นคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม²⁹ มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลในระบบศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ให้อำนาจมีมติไล่ผู้พิพากษาออกจากราชการ โดยประธานศาลฎีกาต้องปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม³⁰ จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ในระบบกฎหมายไทย พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติยกเว้นไม่ให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ

²⁹ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม หมายความว่า คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม

³⁰ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 70 วรรคสี่ บัญญัติว่า เมื่อ ก.ต. ได้พิจารณารายงานความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนและคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลแล้ว มีมติว่าข้าราชการตุลาการผู้นั้นกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง สมควรไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ หรือมีมติเป็นประการอื่นใด ก็ให้ประธานศาลฎีกามีคำสั่งให้เป็นไปตามมตินั้น

ศาลยุติธรรม³¹ ในส่วนของอำนาจนิติบัญญัติ ประธานรัฐสภาออกคำสั่งในการดำเนินการประชุมสภาเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ คำสั่งดังกล่าวเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติ ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่หากประธานรัฐสภาใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในลักษณะเป็นอำนาจปกครอง คำสั่งที่ออกโดยประธานรัฐสภา ก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบในทางกฎหมายของศาลปกครองได้³²

ดังนั้น การวางเงื่อนไขว่าคำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย โดยวางหลักกว่าเป็นการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ (legislative act) หรืออำนาจตุลาการ (judicial act)³³ ซึ่งการพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ มิได้พิจารณาจากองค์กร แต่ต้องพิจารณาจากเนื้อหาของการกระทำเป็นหลัก แม้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่จะอยู่ในองค์กรนิติบัญญัติ (Legislation) องค์กรตุลาการ (Judiciary) หรือองค์กรบริหาร (The Executive) ก็อาจเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้อำนาจทางปกครองได้เช่นกัน

(3) เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองจะต้องมุ่งประสงค์เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมาย อันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น องค์กรประกอบในการมุ่งต่อผลในทางกฎหมายนี้ ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากการกระทำทางกายภาพที่ก่อให้เกิดความรำคาญ และ องค์กรประกอบนี้ ทำให้เจตนาในการมุ่งต่อผล มีความสำคัญต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง³⁴ ในขณะที่คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครองโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของตนที่มุ่งกำหนดหลักเกณฑ์และนิติสัมพันธ์ กล่าวคือ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายนั้น ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น โดยหลักจะต้องมีผลเป็นการเกิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ดังนั้น มาตรการต่าง ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองหากเป็นเพียงการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายแล้ว แม้มาตรการดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อบุคคลที่อาจเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองในท้ายสุด ก็ยังไม่ถือว่าเป็นมาตรการนั้น เป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่มาตรการนั้นจะ

³¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง บัญญัติว่า เรื่องดังต่อไปนี้ ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

๑๓๑

๑๓๑

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์. หน้า 130-132.

³³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีริชการพิมพ์. หน้า 102.

³⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 103-104.

ส่งผลกระทบต่อที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในปีปลายและดำรงอยู่โดยตัวเอง³⁵

คำสั่งต่าง ๆ ที่ยังไม่ถือว่าเป็นการเปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง จึงถือว่าเป็นเพียงมาตรการเตรียมการเพื่อจะออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะกระทบสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ตาม³⁶

(4) เกิดผลเฉพาะกรณี

การที่นิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติ คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสถานะทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งองค์ประกอบในแง่ผลต่อผู้รับคำสั่งอันเป็นผลเฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์เฉพาะกรณี คือ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม ให้มีผลโดยตรงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้ อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่ชัดเจนและใช้บังคับเฉพาะกรณีอาจเป็นคำสั่งทางปกครองรวมหรือคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่ใช้บังคับกับกลุ่มคนก็ได้ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการบังคับแก่บุคคลคล้ายกัน แต่ขณะเดียวกันก็ไม่มีสภาพเป็นกฎ เพราะมุ่งหมายให้เกิดผลทันทีแก่กลุ่มบุคคลที่แน่นอนแล้ว ส่วนกระทำทางปกครองที่แยกองค์ประกอบออกเป็นอีกรูปแบบหนึ่ง คือ กฎ กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองกำหนดหลักเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในลักษณะที่มีผลบังคับกับบุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวน³⁷

(5) มีผลโดยตรงภายนอกฝ่ายปกครอง

จากนิยามของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ว่า เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แสดงว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องเกิดผลทางกฎหมายขึ้นแล้ว จึงเท่ากับมีผลต่อภายนอกโดยตรงกับผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งองค์ประกอบข้อนี้มีความสำคัญที่ชี้ให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อใดถ้าทราบใดที่ยังมีผลปรากฏอยู่ภายในก็ยังคงเป็นเพียงการเตรียมการหรือการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้³⁸ การกำหนดองค์ประกอบให้คำสั่ง

³⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 133-134.

³⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 360/2558 (ประชุมใหญ่) คำสั่งแต่งตั้งกรรมการสอบวินัยอย่างร้ายแรง ไม่ทำให้เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายที่จะมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง.

³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 136.

³⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 112.

ทางปกครองจะต้องเป็นกฎหมายที่มีผล โดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือ มีผลเป็นการ ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีสถานะอยู่ภายนอกฝ่ายปกครอง ทำให้อองค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามการมีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครองนี้ไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นกรณีที่ต้องคัดกรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจเป็นกรณีที่ต้องคัดกรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ได้บังคับบัญชาก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งนั้นเป็นสำคัญ³⁹

2.1.3 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองมีอยู่หลายประเภทด้วยกัน แต่ก็สามารถแบ่งประเภทได้ 3 กลุ่มใหญ่ๆ คือ

(1) คำสั่งทางปกครองที่พิจารณาในแง่การกำหนดสิทธิหน้าที่ โดยในที่นี้ สามารถแบ่งย่อยได้อีกเป็น 3 ประเภท คือ

(ก) คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม เป็นเรื่องที่ต้องกรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเอาสิทธิหน้าที่ที่ปรากฏในกฎหมายซึ่งมีลักษณะทั่วไป และเป็นนามธรรมมากำหนดให้มีความชัดเจนขึ้น สามารถบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้หากเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว นั้น เช่น คำสั่งประเมินภาษีย้อนหลัง คำสั่งเรียกเก็บ ค่าธรรมเนียมจอดยานยนต์ คำสั่งคืนภาษีบำรุงท้องที่ เป็นต้น

(ข) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิ เป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อตั้งสิทธิในทางกฎหมายมหาชนให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ กล่าวคือ สิทธิที่ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ในเบื้องต้นยังไม่มีสิทธิดังกล่าว ต่อเมื่อได้รับคำสั่งทางปกครองจากฝ่ายปกครองแล้วจึงก่อเกิดมีสิทธิขึ้น โดยคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะมีผลในทางกฎหมายโดยตรง จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นอีก เช่น การออกใบอนุญาตขับขี่ยานยนต์ การออกใบอนุญาตก่อสร้าง คัดแปลง หรือต่อเติมอาคาร การออกใบอนุญาตให้จัดตั้งตลาด เป็นต้น

(ค) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการยืนยันสิทธิ เป็นคำสั่งทางปกครองประเภท ที่ยืนยันนิติสัมพันธ์ในทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่มีการโต้แย้งกันอยู่ว่าสิทธินั้นมีอยู่หรือไม่ หรือหาก มีอยู่แล้วสิทธินั้นอยู่ในลักษณะใด ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิหรือสถานะของบุคคล จึงต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เพื่อยืนยันสิทธิของผู้ขอ เช่น หนังสือรับรองว่า

³⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 136-137.

เป็นข้าราชการ คำสั่งยืนยันว่าบุคคลนี้เป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทย หนังสือรับรองว่าเป็นผู้สำเร็จการศึกษา เป็นต้น

(2) คำสั่งทางปกครองที่พิจารณาในแง่การให้ประโยชน์และการสร้างภาระ ซึ่งเมื่อพิจารณาคำสั่งทางปกครองในแง่แล้วจะพบว่าคำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ

(ก) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง ได้แก่ การก่อตั้งสิทธิให้แก่ผู้รับคำสั่ง หรือยืนยันสิทธิในทางที่เป็นคุณให้แก่ผู้รับคำสั่ง โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งเสมอ และเมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ไปแล้ว การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจะกระทำได้ที่ภายใต้ขอบเขตที่จำกัดภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ ได้แก่ คำสั่งให้ทุนการศึกษา คำสั่งให้เบิกค่าเช่าบ้าน คำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือน เป็นต้น

(ข) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการเพิ่มภาระ เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้าย โดยปกติแล้วมักจะเป็นคำสั่งที่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และเมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระแก่ผู้รับคำสั่งไปแล้ว การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจะกระทำได้ที่ภายใต้ขอบเขตที่จำกัด ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดที่ง่ายกว่าการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ ได้แก่ คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากรเพิ่มเติม คำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

(ค) คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลทั้งสองฝ่ายในลักษณะที่เป็นคุณแก่ฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการสร้างภาระ ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีด้วยกัน คือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง แต่เป็นผลร้ายหรือสร้างภาระแก่บุคคลที่สาม หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นผลร้ายหรือสร้างภาระ แก่ผู้รับคำสั่ง แต่กลับมีผลเป็นคุณหรือให้ประโยชน์แก่บุคคลที่สาม เช่น คำสั่งอนุญาตให้ จัดตั้งสถานบริการขอมมีประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนั้น แต่ในขณะที่เดียวกันก็มีผลร้ายหรือสร้างภาระ แก่เจ้าของอาคารหรือเจ้าของที่ดินข้างเคียง เป็นต้น

(3) คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่กระบวนการ ขั้นตอน และรูปแบบ

หากพิจารณาจากกระบวนการ รูปแบบ และขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว อาจแยกคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

(ก) คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการร้องขอ

ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการในทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถริเริ่มดำเนินการต่าง ๆ ได้โดยไม่ต้องมีการร้องขอจากบุคคลอื่น ซึ่งเป็นลักษณะเด่นที่ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองแตกต่างไปจากองค์กรตุลาการที่จะทำการพิจารณาได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องหรือคำฟ้องเท่านั้น ไม่อาจเริ่มกระทำการได้เอง เช่น ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพบว่าสถานบริการแห่งใดแห่งหนึ่งประกอบกิจการโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจอาจออกคำสั่งปิดสถานบริการนั้นได้

อย่างไรก็ตาม มีคำสั่งทางปกครองหลายกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง คำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้มักจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น ใบอนุญาตต่าง ๆ การที่กฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะดังกล่าวต้องมีการร้องขอจากคู่กรณี ก็เนื่องจากรัฐไม่มีความจำเป็นต้องไปสอดส่องดูแลว่า เอกชนคนใดสมควรได้รับประโยชน์จากรัฐหรือไม่ แต่ต้องเป็นเรื่องที่เอกชนผู้ประสงค์จะได้ประโยชน์ต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยการยื่นคำร้องและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดว่าจะออกได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอ แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าไม่มีการร้องขอจากคู่กรณีที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจอาจเยียวยาให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยการจัดให้มีการยื่นคำขอภายหลัง

(ข) คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอม

โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์โดยการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายเดียวที่องค์กรฝ่ายปกครองมีอยู่เหนือกว่าเอกชนผู้ได้รับคำสั่ง ดังนั้น ความยินยอมของบุคคลผู้รับคำสั่งย่อมไม่เป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม มีคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่แม้จะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง แต่หากบุคคลผู้รับคำสั่งไม่ยินยอมแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ โดยที่บุคคลซึ่งได้รับการบรรจุไม่ยินยอม

คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอมนี้ ถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักการทั่วไปเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง

(3) คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำตามแบบ

โดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองไม่มีแบบ ซึ่งหมายความว่าหากไม่มีกฎหมายกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจย่อมสามารถออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นลายลักษณ์อักษร โดยวาจา หรือโดยวิธีการสื่อความหมายอื่นใดก็ได้ แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

โดยเหตุที่ตามปกติองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษร โดยวาจา หรือโดยการสื่อความหมายอย่างอื่นก็ได้ หากมีกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง ย่อมหมายความว่าแบบของคำสั่งทางปกครองในเรื่องดังกล่าวเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว โดยหลักคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็น โฆษะ⁴⁰

2.1.4 การเกิดผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะนั้น ไม่มีผลในทางกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองอื่นทั้งหมดจะมีผลในทางกฎหมายทันทีที่ได้แจ้ง⁴¹ ซึ่งมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁴² ก็ยึดหลักการได้รับแจ้งเป็นต้นไป ไม่ว่าผู้นั้นจะรู้เนื้อหาของคำสั่งหรือไม่ เพราะเท่ากับกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองจบสิ้นลงแล้ว หากแต่ก่อนแจ้งคำสั่ง ยังเป็นกระบวนการภายในฝ่ายปกครอง จะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อแจ้งไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงครบกระบวนการเป็นคำสั่งทางปกครอง และมีผลในทางกฎหมายออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง⁴³ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองจะได้ทราบเนื้อหาในคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่ในกรณีที่มีผู้รับคำสั่งทางปกครองหลายคน

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 138-144

⁴¹ Allan R. Brewer-Carissas, *Les principes de la Procédure administrative non contentieuse* 85-86 (1992) p.93.

Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective* 78-79 (1985) p.41. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์. หน้า 285.

⁴² มาตรา 42 คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

⁴³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 285.

ผลของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อผู้รับคำสั่งแต่ละคนอาจเกิดขึ้น ไม่พร้อมกันขึ้นอยู่กับว่าการแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้น ไปถึงผู้รับคำสั่งทางปกครองในเวลาใดเวลาหนึ่ง คำสั่งทางปกครอง ก็ย่อมมีผลต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นในเวลานั้น การกำหนดผลของคำสั่งทางปกครองจึงมีความสำคัญ เนื่องจากบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้น คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับผูกพัน

อนึ่ง ผลของคำสั่งทางปกครองเป็นผลภายนอก ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นเครื่องชี้ว่าการนับระยะเวลาอุทธรณ์จะเริ่มเมื่อใดเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่า การได้ไปซึ่งสิทธิตามคำสั่งทางปกครองจะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน เนื่องจากองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจทำคำสั่งทางปกครองอาจกำหนดข้อประกอบในคำสั่งทางปกครอง⁴⁴ หน่วยงานภายใน ของคำสั่งทางปกครองนั้น ไว้ก่อนก็ได้ เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่อาจจัดให้มีเงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนไขเริ่มต้นในคำสั่งทางปกครอง กำหนดให้สิทธิในคำสั่งทางปกครองเริ่มมีผลขึ้น โดยขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน หรือให้สิทธิในคำสั่งทางปกครองเริ่มมีผล ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ผลภายในของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จะไม่กระทบกับระยะเวลาในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง⁴⁵

⁴⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 39 การออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น

การกำหนดเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในกรณีดังต่อไปนี้ ตามความเหมาะสมแก่กรณีด้วย

- (1) การกำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือสิ้นผล ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง
- (2) การกำหนดให้การเริ่มมีผลหรือสิ้นผลของสิทธิหรือภาระหน้าที่ต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน
- (3) ข้อสงวนสิทธิที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครอง
- (4) การกำหนดให้ผู้ได้รับประโยชน์ต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำหรือต้องมีภาระหน้าที่หรือยอมรับภาระหน้าที่หรือความรับผิดชอบบางประการ หรือการกำหนดข้อความในการจัดให้มี เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มข้อกำหนดดังกล่าว

⁴⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 192-194.

2.2 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง

ในการศึกษาถึงแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมภายในฝ่ายปกครองในหัวข้อนี้ แบ่งเป็น 3 ส่วน คือ 2.1.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง 2.1.2 ขอบเขตการควบคุมฝ่ายปกครอง และ 2.1.3 ระบบการควบคุมฝ่ายปกครอง ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

2.2.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง

ศ. ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้อธิบายเกี่ยวกับฝ่ายปกครองว่า ในการปกครองจำเป็นต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ เรียกว่า “รัฐบาล” รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแนวทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ”⁴⁶

Jean Rivero ได้อธิบายไว้ว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้น มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการ คือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายระดับสูง เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง”

Hartmut Maurer กล่าวว่า การให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” อาจให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาและฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ

(1) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา หมายถึง องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทำภาระหน้าที่ในฐานะเป็นภาระหน้าที่ของรัฐ โดยถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง

(2) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ หมายถึง ฝ่ายปกครองที่ทำภาระหน้าที่ในทางปกครองโดยรวม ภาระหน้าที่ที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าภาระหน้าที่นั้นเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้หรือไม่

2.2.2 ขอบเขตการควบคุมฝ่ายปกครอง

⁴⁶ ประยูร กาญจนกุล. (2523). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 13-16.

ขอบเขตของการควบคุมฝ่ายปกครอง อาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ วัตถุประสงค์ของการควบคุม และวัตถุประสงค์ (object) ของการควบคุม

2.2.2.1 วัตถุประสงค์แห่งการควบคุม⁴⁷

ในการควบคุมฝ่ายปกครองอาจแยกวัตถุประสงค์แห่งการควบคุมออกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้

(1) การควบคุมเหนือการกระทำ

“การกระทำ” ถือเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง เนื่องจากการควบคุมฝ่ายปกครองนั้นมุ่งหมายไปที่การควบคุมการกระทำ ในเบื้องต้นอาจแยกจากพื้นฐานของกฎหมาย โดยแยกออกเป็นการกระทำในขอบเขตของกฎหมายเอกชนกับการกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชน การกระทำที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการควบคุมที่จะพิจารณาในที่นี้เป็นการกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งแบ่งการกระทำออกเป็น 2 ประเภท คือ “ปฏิบัติการทางปกครอง” และ “การกระทำทางกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วถือว่าปฏิบัติการทางปกครองยังไม่ใช้วัตถุประสงค์แห่งการควบคุม เพราะเมื่อมีปฏิบัติการทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว ประเด็นข้อพิจารณาจึงมีประการเดียวว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” ดังกล่าว จะเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ หากเป็นละเมิดก็เป็นประเด็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย หรือทำให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิม เหตุผลที่ปฏิบัติการทางปกครองไม่ใช้วัตถุประสงค์แห่งการควบคุม เพราะกรณีของปฏิบัติการทางปกครองไม่ใช่การกระทำทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ วัตถุประสงค์แห่งการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองจึงมุ่งหมายไปที่การกระทำทางกฎหมาย ซึ่งการพิจารณาแบ่งแยกการกระทำทางกฎหมายอาจแบ่งแยกจากพื้นฐานของความสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครอง กับความสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง การกระทำทางกฎหมายที่เป็นความสัมพันธ์ภายใน หมายถึง การกระทำซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งแยกลักษณะของการกระทำได้ 2 ลักษณะ คือ คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง และระเบียบภายในฝ่ายปกครอง

(2) การควบคุมเหนือบุคคล⁴⁸

การควบคุมเหนือบุคคล เป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมฝ่ายปกครอง การควบคุมเหนือบุคคล เป็นส่วนสำคัญที่จะนำไปสู่การควบคุมเหนือการกระทำ การควบคุมเหนือบุคคลจึงเป็นเครื่องมือที่จะทำให้การควบคุมเหนือการกระทำสามารถบรรลุความมุ่งหมายของผู้มีอำนาจในการ

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2561). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 73.

⁴⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 71.

ควบคุมได้ การควบคุมเหนือตัวบุคคลแบ่งออกได้เป็นการควบคุมเหนือบุคคลของผู้บังคับบัญชา และการควบคุมเหนือบุคคลของผู้กำกับดูแล

ก. การควบคุมเหนือบุคคลของผู้บังคับบัญชา ตามหลักการรวมอำนาจปกครอง ซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่แบบ “บังคับบัญชา” ซึ่งหมายความว่า ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา อำนาจเหนือของผู้บังคับบัญชาที่มีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาย่อมเป็นตามหลักกฎหมายทั่วไป จาการที่มีอำนาจเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาดังกล่าวก่อให้เกิดหน้าที่ต้องเชื่อฟังของผู้ใต้บังคับบัญชา และเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาได้ จึงกำหนดให้มี “ระบบวินัย” ของผู้ใต้บังคับบัญชา เพื่อเป็นเครื่องมือของผู้บังคับบัญชาในการควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชา ด้วยเหตุนี้ ภายใต้หลักการรวมอำนาจผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาในขอบเขตของความสัมพันธ์ทางแรงงานอย่างกว้างขวาง นับตั้งแต่การบรรจุ การแต่งตั้ง โยกย้าย การสั่งในทางหน้าที่การงาน

อำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคล ถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการควบคุมเหนือการกระทำ โดยผู้บังคับบัญชาอาศัยความสัมพันธ์ภายในองค์กรดำเนินการได้ใน 2 ลักษณะ คือ การออกคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะรายต่อผู้ใต้บังคับบัญชาคนใดคนหนึ่ง หรือ การวางระเบียบภายในฝ่ายปกครอง จึงอาจกล่าวได้ว่าการมีอำนาจควบคุมเหนือบุคคลของผู้บังคับบัญชาเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำให้การบริหารราชการตามหลักการรวมอำนาจเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพได้

ข. การควบคุมเหนือบุคคลของผู้กำกับดูแล อำนาจเหนือบุคคลของผู้กำกับดูแลเป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจ ซึ่งผู้กำกับดูแลย่อมมีอำนาจเหนือบุคคลผู้ที่อยู่ในกำกับดูแล แต่อำนาจเหนือบุคคลของผู้กำกับดูแล แตกต่างจากอำนาจเหนือบุคคลของผู้บังคับบัญชาโดยเฉพาะที่มาของอำนาจ กล่าวคือ อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่มีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในขณะที่อำนาจเหนือบุคคลของผู้กำกับดูแลเป็นอำนาจที่ก่อตั้งขึ้น โดยบทบัญญัติของกฎหมายและมีขอบเขตเท่าที่กฎหมายบัญญัติ และจะบัญญัติให้กระทบต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรกระจายอำนาจนั้น ๆ มิได้ นอกจากนี้ ขอบเขตอำนาจเหนือบุคคลของผู้กำกับดูแลที่มีอยู่เหนือผู้อยู่ในกำกับดูแลมีจำกัดเฉพาะแต่อำนาจในการถอดถอนออกจากตำแหน่งเท่านั้น ไม่มีอำนาจบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย เช่น อำนาจในการควบคุมเหนือตัวบุคคลของผู้ว่าราชการจังหวัดที่มีต่อนายกเทศมนตรี ย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496⁴⁹

⁴⁹ มาตรา 73 เมื่อความปรากฏโดยมีหลักฐานตามสมควรต่อผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอซึ่งได้รับมอบหมายตามมาตรา 71 วรรคสอง ว่า นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาลผู้ใด จงใจทอดทิ้งหรือละเลยไม่ปฏิบัติราชการตามอำนาจหน้าที่อันจะเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการ

กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่า นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาล ปฏิบัติการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่หรือมีความประพฤติในทางจะนำมา ซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ตำแหน่ง หรือแก่เทศบาล หรือแก่ราชการ ให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทยพร้อมด้วยหลักฐาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจใช้ดุลพินิจสั่งให้ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาลพ้นจาก ตำแหน่งก็ได้ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้เป็นที่สุด นอกเหนือจากอำนาจใน การถอดถอนแล้ว ผู้กำกับดูแลย่อมมีอำนาจทั่วไปในการชี้แจง แนะนำ ตักเตือน หรือตรวจสอบได้

อย่างร้ายแรง หรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ หรือประพฤติดนฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อย หรือฝ่าฝืน คำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอที่สั่งการตามมาตรา 72 ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอ ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน โดยพลันและให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน หกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่คณะกรรมการสอบสวนไม่สามารถดำเนินการสอบสวนให้แล้วเสร็จได้ภายในกำหนดเวลา ตามวรรคหนึ่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภออาจขยายเวลาการสอบสวนออกไปได้อีก ไม่เกินสามสิบวัน

เมื่อนายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาลผู้ใด ถูกตั้งกรรมการสอบสวนแล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอจะสั่งให้ผู้นั้นหยุดปฏิบัติหน้าที่เพื่อรอฟังผลการ สอบสวนก็ได้ หากเห็นว่าการคงอยู่ในหน้าที่ของผู้นั้นต่อไปอาจเกิดการเสียหายแก่เทศบาลหรือเสียหายแก่ ราชการอย่างร้ายแรง หรือมีพฤติการณ์ที่แสดงว่าจะเป็นการอุปสรรคต่อการสอบสวนหรือจะก่อให้เกิดความไม่สงบ เรียบร้อย หรือเป็นกรณีความผิดที่ปรากฏขึ้น โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ หากผลการสอบสวนปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวไม่มี ความผิด และผู้นั้นยังมีได้พ้นจากตำแหน่งไปก่อนให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอสั่งให้ผู้นั้นกลับเข้าปฏิบัติ หน้าที่ และให้ผู้นั้นได้รับเงินเดือน ค่าตอบแทน รวมถึงสิทธิประโยชน์อื่นใด ในช่วงที่หยุดปฏิบัติหน้าที่ โดยถือ เสมือนว่าผู้นั้น ได้ปฏิบัติหน้าที่ตลอดระยะเวลาที่หยุดปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ในกรณีที่ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งไปก่อน ปรากฏผลการสอบสวนดังกล่าว การจ่ายเงินเดือน ค่าตอบแทน รวมถึงสิทธิประโยชน์อื่นใด ให้จ่ายจนถึงวันก่อน วันที่พ้นจากตำแหน่ง

การอุทธรณ์คำสั่งให้หยุดปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคสาม ให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งมีสิทธิอุทธรณ์ได้ภายใน สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งดังกล่าว โดยในกรณีนายอำเภอมีคำสั่ง ให้อุทธรณ์ต่อผู้ว่าราชการจังหวัดและกรณี ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่ง ให้อุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทยหรือผู้ว่าราชการจังหวัดต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ และเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี วินิจฉัยเป็นประการใดให้ผู้ว่า ราชการจังหวัดหรือนายอำเภอและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามคำวินิจฉัยนั้น คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทยหรือผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด

(3) การควบคุมดุลพินิจการควบคุมดุลพินิจ เป็นส่วนหนึ่งของการควบคุม “การกระทำ” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่มีลักษณะเฉพาะ จึงต้องทำความเข้าใจข้อความคิดว่าด้วยดุลพินิจ แบ่งเป็น 2 ส่วน ดังนี้⁵⁰

ก. การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายถือว่ากฎหมายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยเหตุที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันกับกฎหมาย หากพิจารณาจากโครงสร้างของกฎหมายอาจแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ⁵¹ ส่วนแรก ส่วนที่เป็น “องค์ประกอบของกฎหมาย” และส่วนที่สอง คือ ส่วน “ผลของกฎหมาย” ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องพิจารณาสาระสำคัญทั้งสองส่วน กล่าวคือ จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น เข้าเงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่ เมื่อเข้าเงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายแล้ว จึงเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเรื่องนั้น ๆ ⁵² กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกกฎ คำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใด ไม่ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกกฎ คำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใดเพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือเกิดผลอะไรก็ได้ กฎหมายเหล่านั้นทุกฉบับต่างก็มีเจตนารมณ์ที่จะให้ฝ่ายปกครองออกกฎ คำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใดเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ (public interest) ทั้งสิ้น ดังนั้น หลักทั่วไปของการใช้ดุลพินิจจึงมีสาระสำคัญสองประการ คือ ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจกระทำการเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ และต้องเป็น ใช้ดุลพินิจกระทำการเพื่อการรักษาประโยชน์สาธารณะที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้กระทำการ จะใช้ดุลพินิจเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะอื่นไม่ได้⁵³

ข. ความหมายและขอบเขตการใช้ดุลพินิจ

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของอำนาจดุลพินิจว่าหมายถึง ความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ

⁵⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2561). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 82.

⁵¹ Hartmut Maurer. *Allgemeine Verwaltungsrecht*, Muenchen 1992, 8 Auf., S.106

⁵² บรรเจิด สิงคะเนติ. (2561). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 82.

⁵³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2561). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 135-136.

อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุนิติภาวะหรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตามสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁵⁴

2.2.2.2 วัตถุประสงค์ของการควบคุม

วัตถุประสงค์ของการควบคุมอาจแยกออกได้ 2 ประการ คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และการควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์⁵⁵ หรือการควบคุมความเหมาะสม

(1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

การควบคุมฝ่ายปกครองนั้น ถือว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ การควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะ จึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา การควบคุมโดยผู้มีอำนาจกำกับดูแล หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ รวมถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น จึงถือได้ว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นแกนกลางในการควบคุมฝ่ายปกครอง

(2) การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ หรือการควบคุมความเหมาะสม

การควบคุมความเหมาะสมส่วนใหญ่เป็นการควบคุมในส่วนหนึ่งของผลของกฎหมาย และการตรวจสอบความเหมาะสมจะเกิดได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่า 1 ทางเลือก เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด สำหรับ

⁵⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2531). การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. *รวมบทความ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์*. กรุงเทพฯ: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์. หน้า 199.

⁵⁵ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmaessigkeitskontrolle) เป็นการควบคุมของศาลในการกระทำของฝ่ายปกครองและเป็นการดูแลให้เป็นไปตามกรอบของกฎหมาย ถ้าหากอยู่ในกรอบไม่ว่าจะอยู่ตรงไหน ก็ถือว่าชอบแล้ว ศาลจะไม่เข้าไปควบคุม ซึ่งเรียกว่า “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย” ตรงข้ามกับ “การตรวจสอบความชอบในเนื้อหาของวัตถุประสงค์ (Zweckmaessigkeitskontrolle)” ซึ่งถ้าไม่ใช่องค์กรศาลตรวจสอบ แต่เป็นผู้บังคับบัญชาก็ตรวจสอบได้ทั้งหมดและสามารถก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจได้ด้วย ดูรายละเอียดใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2554). *กฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 53.

ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง อาจแยกลักษณะผลของกฎหมายได้ 2 ลักษณะ คือ ผลของกฎหมายที่มีลักษณะผูกพันเจ้าหน้าที่ และผลของกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่เลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมได้ การเลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งนี้เรียกว่า “ดุลพินิจ” เมื่อกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการใช้กฎหมายแล้ว ย่อมมิได้หมายความว่า ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจของตนอย่างไรก็ได้ ด้วยนี้ หลักนิติรัฐจึงมีข้อเรียกร้องว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไปกระทบกับสิทธิของบุคคลย่อมถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้

2.2.3 ระบบการควบคุมฝ่ายปกครอง⁵⁶

ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองแบ่งออกเป็น 2 ระบบ คือ การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน และการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข

2.2.3.1 การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน หมายถึง การควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำทางปกครอง อันเป็นการควบคุมในระยะเตรียมการก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง⁵⁷ ซึ่งอาจแยกการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ

การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ แบ่งออกเป็น (ก) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐทั่วไป (ข). การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่องฝ่ายปกครองแบบป้องกัน

ก. การควบคุมโดยองค์กรของรัฐทั่วไป

ในระบบกฎหมายไทย องค์กรของรัฐที่มีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน คือ คณะกรรมการกฤษฎีกา โดยที่พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 7 บัญญัติให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. จัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี

2. รับผิดชอบให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี

⁵⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ 3 หน้า 23 -47

⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 66.

3. เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย

จากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้คณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าไปมีส่วนทำหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันได้ใน 2 ลักษณะ คือ

(1) การตรวจสอบร่างกฎหมายต่าง ๆ

การตรวจสอบร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา ถือได้ว่าเป็นการทำหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันที่สำคัญประการหนึ่ง เนื่องจากการตรวจสอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และความชอบด้วยกฎหมายแม่บท เพราะหากกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนั้น ท้ายสุดกฎหมายนั้น ๆ ย่อมถูกโต้แย้งไปยังศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี ว่ากฎหมายนั้นมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย ยังจะมีปัญหาถึงการกระทำทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้น ๆ ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้ การตรวจสอบร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงมีส่วนสำคัญที่จะทำให้กฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองทั้งหลายไม่มีปัญหาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่า นอกจากนี้ การตรวจสอบของคณะกรรมการกฤษฎีกายังตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างกฎหมายในประเด็นอื่น ๆ เช่น กฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายใด การออกกฎหมายนั้น ๆ เป็นไปตามขอบเขตและวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้หรือไม่ เนื้อหาของกฎหมายนั้นขัดกับกฎหมายอื่นหรือไม่ จึงเห็นได้ว่า ภาระหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นภาระหน้าที่ที่สำคัญที่จะมีส่วนช่วยทำให้เกิดข้อพิพาทน้อยลง ดังนั้น การทำหน้าที่ในการตรวจสอบร่างกฎหมายย่อมมีส่วนช่วยลดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนอันเกิดจากความบกพร่องของกฎหมายได้

(2) การให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาในการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ ถือว่าเป็นหน้าที่ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการมีส่วนร่วมในการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชน เพราะหากหน่วยงานของรัฐไม่แน่ใจในการตีความกฎหมายของตนว่าถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่ เพื่อให้เกิดความรอบคอบหน่วยงานของรัฐก็จะส่งเรื่องให้คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นทางกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ หากคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายได้พิจารณาอย่าง

รอบคอบ ให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐแล้วอย่างน้อยย่อมทำให้เกิดความแน่ใจในความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการกระทำตามกฎหมายนั้น ๆ

โดยที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์การที่ถือว่าเป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาล ในกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว มีปัญหาว่าหน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องผูกพันต่อการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือไม่ เพียงใดสามารถแยกพิจารณา ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง การให้ความเห็นทางกฎหมายที่เป็นการตีความกฎหมาย กรณีนี้หน่วยงานของรัฐที่ขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นทางกฎหมายโดยหลักแล้วจะต้องผูกพันต่อการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ว่าองค์การนั้นจะเป็นกระทรวง กรม นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี เพราะเหตุผลประการสำคัญคือ เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างน้อยที่สุดของฝ่ายบริหาร ดังนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาในฐานะที่เป็นองค์การที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลเมื่อให้ความเห็นทางกฎหมายแล้วควรจะต้องผูกพันองค์การฝ่ายบริหาร อย่างน้อยที่สุด

กรณีที่สอง การให้ความเห็นทางกฎหมายที่เป็นการตีความเรื่องอื่น นอกจากการตีความกฎหมาย เช่น การตีความสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ในกรณีนี้หน่วยงานของรัฐหรือรัฐบาลจะต้องผูกพันตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือไม่ ในเรื่องนี้อาจมีความแตกต่างจากการตีความกฎหมาย การตีความสัญญาซึ่งมีผลบังคับเฉพาะราย หน่วยงานของรัฐอาจเห็นแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ เนื่องจากไม่กระทบต่อหลักความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

ข. การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง

พระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ จะมีการกำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้น โดยให้คณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นทางกฎหมายหรือเป็นองค์การที่ให้คำปรึกษาแก่องค์กรฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ การกำหนดให้มีคณะกรรมการในลักษณะดังกล่าว จึงเป็นการกำหนดโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองที่ให้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบเฉพาะเรื่อง เช่น คณะกรรมการควบคุมอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดให้คณะกรรมการควบคุมอาคารเป็นผู้ให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลำดับรองหรือให้ความเห็นชอบใส่การออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งจะทำให้คณะกรรมการควบคุมอาคารมีบทบาทในการตรวจสอบความถูกต้องก่อนที่จะมีการกระทำในเรื่องนั้น ๆ

(2) การควบคุมโดยประชาชน

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน โดยให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการเตรียมการหรือในชั้นการพิจารณาของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ (1) เพื่อให้บุคคลที่อาจเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้เข้ามาปกป้องผลประโยชน์จากการกระทำของฝ่ายปกครอง (2) เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถประเมินความต้องการหรือความรู้สึกของผู้มีส่วนได้เสียได้ถูกต้องยิ่งขึ้น (3) เพื่อประสิทธิภาพในการบริหาร การควบคุมโดยประชาชนอาจแยกเป็น 2 รูปแบบ คือ (ก) การควบคุมโดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วม (ข) การควบคุมโดยการให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ

2.2.3.2 การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขเป็นการควบคุมภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อบุคคลแล้ว เช่น มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ดังนั้นการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขจึงเป็นการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายต่อบุคคลแล้ว การควบคุมแบบแก้ไขย่อมหมายความว่า หากการกระทำทางปกครองนั้น เป็นการกระทำที่มีข้อบกพร่องหรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล ก็ต้องใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองนั้น การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข จำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครอง

การควบคุมแบบแก้ไข โดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง หมายถึง การควบคุมตรวจสอบโดยองค์การฝ่ายปกครองภายหลังจากมีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว มักมีการกำหนดให้องค์การภายในฝ่ายปกครองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้

2.3 หลักการสำคัญเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

ในการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนี้ จะแบ่งหัวข้อที่จะศึกษาออกเป็น 3 ส่วน คือ 2.3.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง 2.3.2 วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และ 2.3.3 ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง รายละเอียดดังนี้

2.3.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจที่สำคัญที่สุดในการปกครองและใช้บังคับโดยทั่วไปทุกองค์การทางปกครอง เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้กับประชาชนผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง จึงต้องจัดให้มีระบบการควบคุมฝ่ายปกครองและจัดให้มีกลไกการอุทธรณ์

ภายในฝ่ายในฝ่ายปกครอง เพื่อให้คู่กรณีและบุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองใช้ยื่นข้อโต้แย้งหรือข้อเรียกร้องต่อฝ่ายปกครองเพื่อขอให้ฝ่ายปกครองได้ทบทวนและดำเนินการยกเลิกเพิกถอน ระวัง ยับยั้ง หรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นขั้นตอนหลังจากการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้มีผลเป็นการเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครอง โดยคู่กรณีอาจขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งนั้นเองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นหรือองค์การอื่นเป็นผู้พิจารณาดำเนินการ⁵⁸

จากแนวความคิดว่าด้วยหลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครอง ซึ่งมีที่มาจากหลักนิติรัฐ ประกอบด้วย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความแน่นอนของนิติกรรมทางปกครองและหลักความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชนและหลักการเคารพความรับผิดชอบตามระบบสายงานบังคับบัญชาและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครอง โดยหลักการดังกล่าว มีรายละเอียดดังนี้

2.3.1.1 หลักนิติรัฐ ที่เกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง

หลักนิติรัฐเรียกร้องให้ศาลสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้การตีความถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดขอบเขตของเจตนาใจของกฎหมายอย่างชัดเจน เพื่อให้บุคคลสามารถตรวจสอบขอบเขตการกระทำของตนได้⁵⁹ หลักนิติรัฐจึงมีความผูกพันกับแนวความคิดในเรื่องความยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันจะใช้คำว่า “วิธีพิจารณาที่เป็นธรรม (Fair)” แทนคำว่า “ยุติธรรม (Gerecht)” คำว่าวิธีพิจารณาที่เป็นธรรมนี้ จะใช้อย่างแพร่หลายในประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวลซึ่งแตกแขนงมาจากหลักนิติรัฐ ประกอบด้วย หลักความไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณาและหลักการรับฟังผู้มีส่วนได้เสียในคำพิพากษาของศาลที่นำเอาหลักวิธีพิจารณาดังกล่าวมาใช้มักจะไม่อ่างไกลไปถึงหลักความยุติธรรม แต่จะอ้างหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญ

⁵⁸ ฤทัย หงส์ศิริ. (2541). *การทบทวนคำสั่งทางปกครอง หนังสือรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 109.

⁵⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2561). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 95.

ได้บัญญัติหลักนิติรัฐไว้อย่างชัดเจน⁶⁰ ทฤษฎีว่าด้วยรัฐต้องการกฎหมายที่ตนเองเป็นผู้ออกมี 2 ทฤษฎีหลัก ๆ ดังนี้⁶¹

(1) ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจตนเองด้วยความสมัครใจ⁶² หลักของทฤษฎีนี้ คือ รัฐไม่อาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้นและกฎหมายที่สร้างขึ้นก็คือรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร แต่ทฤษฎีนี้ไม่ได้รับความนิยมในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

(2) ทฤษฎีนิติรัฐ (Legal State) ผู้ที่เสนอแนวคิดนี้แรก ๆ ได้แก่ รุสโซ นักปรัชญาสัญญาประชาคม แต่ผู้ที่ให้ความสนใจเป็นพิเศษ คือ มองเตสกีเออ แต่ผู้ที่สรุปแนวคิดไว้อย่างชัดเจนที่สุดคือ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ชื่อ R.Carre de Malberg ที่ชี้ให้เห็นของข้อแตกต่างระหว่าง รัฐตำรวจ (État de Police หรือ Police State) ที่ว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ ที่จะสามารถดำเนินมาตรการใด ๆ ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็น ในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าวัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้นจะทำอย่างไรก็ได้ ซึ่งตรงข้ามกับหลักนิติรัฐที่อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่รัฐต้องยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนด การกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรกกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐสามารถใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่กำหนดรวมเป็นกฎเกณฑ์สองประเภทที่มีผลร่วมกัน คือ การจำกัดอำนาจรัฐ โดยการให้อำนาจนั้น อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด นิติรัฐมี ลักษณะเด่นสุด คือการที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้น หลักนี้ส่งผลสองประการ คือ

ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชนฝ่ายปกครองมิอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้

ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยที่ไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้นให้อำนาจ

⁶⁰ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2537). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน พื้นฐานความรู้ทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 92.

⁶¹ บวรศักดิ์ อูวรรณโน. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 48-50.

⁶² ผู้เสนอหลักของทฤษฎีนี้คือ เยอริง (Ihering) และเจเนลีนค (Jellinek) ซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน

ไว้เท่านั้น กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้มาตรการใด ๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่าเมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถนำคดีไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำหรือเปลี่ยนแปลงหรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายนั้นได้

หลักความชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐ การกระทำทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หรืออธิบายด้วยกฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย นิติรัฐมีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชนเป็นสังคมที่มีการปกครองโดยกฎหมาย หน้าที่ของนิติรัฐ คือ รัฐที่รับใช้ประชาชน⁶³ การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมายและมีการควบคุมความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐด้วย⁶⁴

2.3.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง⁶⁵

หลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง ทำให้องค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น⁶⁶ ทำให้เกิดผลตามมาคือ ในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ให้อำนาจและเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง ก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการใด ๆ ได้ ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้งที่มา (source) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และเป็นข้อจำกัด (limitation) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งก่อนที่จะมีการสร้างแนวความคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ

⁶³ มานิตย์ จุมปา. (2556). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 78.

⁶⁴ มานิตย์ จุมปา. (2556). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 79.

⁶⁵ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ (Legal State Principle) หรือหลักการปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่การปกครองโดยมนุษย์ (The Rule of Law, not of men) ดูรายละเอียดใน วรพจน์ วิศริตพิชญ์. (2557). *การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 70.

⁶⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 17.

ทางปกครองนั้น เป็นที่เข้าใจกันอย่างชัดเจนว่าไม่มีอะไรจะเข้ามาขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจรัฐ อันเป็นอำนาจพิเศษที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจึงมีความสูงสุด และไม่มีข้อจำกัด แต่ต่อมาเมื่อมีการสร้างระบบรัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายสูงสุดและมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ พร้อมทั้งมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่กฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือลำดับใดจะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ระบบดังกล่าวส่งผลเป็นลูกโซ่ลงมาซึ่งกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ที่จะต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครอง จึงต้องเป็นไปภายใต้หลักเดียวกัน คือ จะต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายหรือกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ หลักการดังกล่าว จึงทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลง ฝ่ายปกครองจึงไม่มีอิสระในการดำเนินการใด ๆ ก็ได้ตามใจตัวเองอีกต่อไป เพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ภายใต้ปกครองด้วย เมื่อหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายถูกสร้างขึ้นและนำมาใช้กับฝ่ายปกครอง จึงทำให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ซึ่งหลักดังกล่าว ก็ได้ถูกนำมาใช้ในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว โดยที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ว่าไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย⁶⁷

การให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย มีผลทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมา เพราะหากไม่มีหลักดังกล่าว ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจรัฐอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจในลักษณะเกินเลยต่อความจำเป็น ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาแก่ประชาชนได้ ดังนั้น ในรัฐสมัยใหม่ซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงได้นำหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายมาใช้ เพื่อให้มีผลเป็นการเพิ่มการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเพื่อให้การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย แม้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายจะให้การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย แต่ฝ่ายปกครองเอง ก็เป็นองค์กรสำคัญขององค์กรหนึ่งที่มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ คำสั่ง ฯลฯ มาใช้กับประชาชนได้ การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครองก็ต้องสอดคล้องกับหลักว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือ

⁶⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2559). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (ออนไลน์) เข้าถึงจาก :<http://pub-law.net> สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2559.

ฝ่ายปกครองไม่สามารถออกกฎหมายลำดับรองได้ถ้าไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจและการออกกฎหมายลำดับรอง ก็จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ลำดับสูงกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีผลทำให้การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นปฏิบัติการทางปกครอง นิติกรรมทางปกครอง การออกกฎ คำสั่งต่าง ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้คำว่า “ความชอบด้วยกฎหมาย” เป็นคำกว้างมาก ไม่จำกัดเฉพาะกฎหมาย (loi) ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่จะรวมถึงกฎหมายทุกประเภททั้งที่อยู่สูงกว่ากฎหมาย (loi) ธรรมดา คือ รัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายระหว่างประเทศ และ “กฎหมาย” ทุกประเภทที่อยู่ต่ำกว่ากฎหมาย (loi) ธรรมดา คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง ฯลฯ⁶⁸

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ประกอบด้วย หลักการสำคัญ 2 หลัก ดังนี้

ก. หลักความมาก่อนของกฎหมาย

หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐในรูปของบทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลาย ย่อมอยู่ในลำดับที่เหนือกว่าการกระทำของฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครองทั้งหลาย ดังนั้น การกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร่องในทางปฎิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้ หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการใดมาตรการหนึ่งขัดแย้งต่อกฎหมาย การกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมเป็นการกระทำหรือมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจนำไปสู่การยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำหรือมาตรการนั้นได้

ข. หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เป็นหลักที่เรียกร่องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นการกระทบสิทธิของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวได้ หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการใดมาตรการหนึ่งกระทบต่อสิทธิของประชาชนโดยปราศจากกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้น กรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะปราศจากอำนาจในทางกฎหมาย ในความหมายนี้ กฎหมายจึงเป็นทั้งที่มาของอำนาจและเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในขณะเดียวกัน⁶⁹ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผล

⁶⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2559). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (ออนไลน์) เข้าถึงจาก :<http://pub-law.net> สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2559.

⁶⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2561). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 20.

เบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน⁷⁰

2.3.1.3 หลักความแน่นอนของนิติกรรมทางปกครองและหลักความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชน หรือ หลักความมั่นคงแห่งสิทธิและความแน่นอนในกฎหมาย (certainty of law)

การดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์ส่วนหนึ่ง คือ ต้องการให้คำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งได้รับการทบทวนตรวจสอบตามลำดับความรับผิดชอบตามสายงานบังคับบัญชาหรือต่อคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านก่อนมีการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล ซึ่งจะมีผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีความแน่นอนและถึงที่สุดไม่ถูกยกเลิกหรือแก้ไขจากผู้บังคับบัญชาต่อไป อันเป็นการแสดงจุดยืนในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์จากองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นสูงสุดหรือคณะกรรมการก็ตาม คำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นย่อมมีผลถึงที่สุดในฝ่ายปกครองโดยลบล้างหรือยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิมและก่อให้เกิดความแน่นอนของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะมีผลผูกพันใช้บังคับต่อผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองต่อไปและทำให้ประชาชนทุกคนทราบได้ว่าสิทธิของตนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายมหาชนแต่ละฉบับถูกกระทบหรือไม่ ตลอดจนสามารถฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แน่นอนดังกล่าวโดยไม่เกิดภาวะความไม่มั่นคงแห่งสิทธิของตนเกี่ยวกับการดำเนินการใช้สิทธิฟ้องคดีแต่อย่างใด ดังนั้น หลักการนี้ จึงมีที่มาจากความต้องการของหลักความแน่นอนของนิติกรรมทางปกครองและหลักความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ⁷¹

2.3.1.4 หลักการเคารพความรับผิดชอบตามระบบของสายบังคับบัญชาและหลักความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครอง การดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดี มีจุดมุ่งหมายที่สำคัญที่สุด คือ เพื่อป้องกันมิให้สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองซึ่งเป็นองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในคดีปกครองเข้าแทรกแซง ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทุกขั้นตอนของสายงานบังคับบัญชาในฝ่ายบริหารจนเป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจบริหารแทน โดยที่ตนเองมิได้เป็นผู้รับผิดชอบในการบริหาร ทำให้องค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองเป็นเครื่องมือที่สร้างปัญหาและเป็นอุปสรรคในการบริหารประเทศ อันจะมีผลให้ระบบความรับผิดชอบต่อสายงานบังคับบัญชาและระบบความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านไม่เกิดขึ้นในความเป็นจริงของทางปฏิบัติ

⁷⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2555). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 293.

⁷¹ อมร จันทรสมนบูรณ์. (2531). *บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หลัก Exhaustion of administrative remedies (มาตรา 20 (4) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ. ศ. 2522)*. วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ 7 ตอน 3, ธันวาคม 2531. หน้า 924.

ซึ่งจะมีผลต่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครอง จึงไม่ยอมรับการรักษาผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่จะได้รับการเยียวยาจากองค์การศาลอย่างรวดเร็ว โดยไม่มีเงื่อนไข ซึ่งจะทำให้ประโยชน์ส่วนรวมที่เหนือกว่าต้องเสียไป ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกำหนดขั้นตอนให้มีการอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองตามสายงานบังคับบัญชาหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้เสร็จสิ้นครบถ้วนก่อนฟ้องคดีต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล เพื่อรักษาระบบสายงานบังคับบัญชาและระบบความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในฝ่ายปกครองไว้ ดังนั้น หลักการนี้จึงมีที่มาจากหลักความเคารพความรับผิดชอบตามระบบสายงานบังคับบัญชาและระบบความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครอง⁷²

2.3.1.5 หลักการพื้นฐานที่นำมาใช้ในวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาล

หลักการพื้นฐานที่นำมาใช้ในวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาลนั้น มีความเกี่ยวข้องกับหลักความยุติธรรม หลักนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมันใช้คำว่า “วิธีพิจารณาที่เป็นธรรม (Fair)” แทนคำว่า “ยุติธรรม (Gerecht)” คำว่า “วิธีพิจารณาที่เป็นธรรม” นี้จะใช้กันมากในประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย กล่าวคือ กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายประเพณี (Common Law) โดยแตกแขนงมาจากหลักนิติรัฐ และประกอบด้วยหลักความไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณาและหลักการรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งมีใช้ว่าจะนำไปใช้ได้แต่เพียงในวิธีพิจารณาในศาลเท่านั้น แต่ยังสามารถนำไปใช้กับวิธีพิจารณาต่าง ๆ ที่ได้กระทำโดยรัฐรวมถึงวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย⁷³

2.3.1.6 ระบบอุทธรณ์บังคับภายในฝ่ายปกครอง เป็นระบบการตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองจะกำหนดให้คู่กรณีหรือผู้เสียหายจากคำสั่งทางปกครองจะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามขั้นตอนและระยะเวลาตามกฎหมายนั้นกำหนด หรือในกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ คู่กรณีหรือผู้เสียหายจะต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายกลาง ก่อนที่จะนำคดีไปสู่การวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลปกครอง ภายใต้ระบบอุทธรณ์บังคับภายในฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีการจัดองค์กรในการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งอาจอยู่ใน

⁷² ธีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์. (2544). *หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 62.

⁷³ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2537). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน พื้นฐานความรู้ทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 92.

รูปแบบขององค์กรเดี่ยว (ทั้งที่ใช้อำนาจบังคับบัญชาตามสายงาน⁷⁴ หรือที่ใช้อำนาจกำกับดูแล) องค์กรกลุ่ม (ทั้งที่ใช้อำนาจทางปกครอง เช่น คณะกรรมการทางปกครองทั่วไป หรือที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการ โดยมีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท) มีการจัดกระบวนการวิธีพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วยหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หลักการรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย หลักการใช้เหตุผลซึ่งจะมีผลต่อการถ่วงทรงคดีและช่วยกำหนดประเด็นข้อพิพาทได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ให้แก่การวินิจฉัยในชั้นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลปกครอง รวมทั้งมีการกำหนดขอบเขตการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทั้งในด้านระยะเวลา ได้แก่ ระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์และระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ และในด้านเนื้อหา ได้แก่ ความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้ได้คำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน และเป็นมาตรฐานในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองในการควบคุมการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷⁵

2.3.1.7 หลักการห้ามศาลปกครองรับพิจารณาเรื่องที่ยังไม่ได้อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ครบถ้วน ซึ่งถือว่าเป็นเงื่อนไขในการรับคำฟ้องคดีปกครองไว้พิจารณา เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการเคารพความรับผิดชอบตามสายงานบังคับบัญชาและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในฝ่ายปกครอง ทั้งนี้แต่ละประเทศอาจมีความเคร่งครัดและยืดหยุ่นต่างกัน ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมในการพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้ เช่น อาจยกเว้นได้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองละเลยการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า

⁷⁴ อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บริหารหน่วยงานระดับสูง (le supérieur hiérarchique) มีอยู่เหนือบุคลากรและการดำเนินงานต่าง ๆ ในหน่วยงานของตน เช่น รัฐมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการในกระทรวง ผู้ว่าการ (préfet) มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ นายกเทศมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือพนักงานเทศบาล เป็นต้น อำนาจบังคับบัญชานี้ได้รับการยอมรับจากศาลปกครองสูงสุด ในคดี Queralt เมื่อปี ค.ศ. 1950 ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (le principe general du droit) ดูรายละเอียดใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). *หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 28.

⁷⁵ อมร จันทรสมบูรณ์. (2531). *บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หลัก Exhaustion of administrative remedies (มาตรา 20 (4) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ. ศ. 2522)*. วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ 7 ตอน 3, ธันวาคม 2531. หน้า 924.

เกินสมควรหรือมีการบิดเบือนการใช้อำนาจขึ้นในสายงานบังคับบัญชาหรือการใช้อำนาจตามสายงานบังคับบัญชามีความวกวนหรือใช้เวลานานเกินไป⁷⁶

2.3.2 วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นมาตรการทบทวนภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นขั้นตอนหลังจากมีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว มีวัตถุประสงค์สำคัญ 3 ประการ ดังนี้⁷⁷

2.3.2.1 ส่งเสริมการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง

โดยที่การออกคำสั่งทางปกครองแต่ละเรื่องมีความยุ่งยากซับซ้อน เกี่ยวพันกับข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่หลากหลาย อีกทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีภาระหน้าที่งานจำนวนมากและต้องปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จ โดยเร็ว ซึ่งในบางกรณีอาจมีคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดได้ ไม่ว่าจะในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และเรื่องความเหมาะสม การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง⁷⁸ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบการใช้อำนาจของตนและสามารถดำเนินการแก้ไขหรือสั่งการข้อผิดพลาดอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการทบทวนคำสั่งทางปกครองอาจกระทำได้โดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง หรือโดยเจ้าหน้าที่เหนือขึ้นไปที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นก็ได้ ดังนั้น การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จึงเป็นมาตรการในการตรวจสอบและแก้ไขข้อบกพร่องของฝ่ายปกครองเพื่อให้การบริหารงานของรัฐมีประสิทธิภาพ

2.3.2.2 ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชนสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ การที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองอันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำภายใต้ขอบอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงเป็นมาตรการทางปกครองอย่างหนึ่งที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยมีเจ้าหน้าที่เชี่ยวชาญความเสียหายหรือผลกระทบที่เกิดแก่คู่กรณีหรือประชาชนผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง โดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีหรือประชาชนผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง

⁷⁶ ประเวศ อรรถศุภผล. (2547). *ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 32-33.

⁷⁷ Eugénie Prévourou, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemande et français*, Paris, L.G.D.J., 1996 pp.153-163.

⁷⁸ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คือ กระบวนการควบคุม ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งองค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์มีอำนาจในการตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งนั้น ดูรายละเอียดใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2554). *กฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 317.

สามารถโต้แย้งและขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง จึงเป็นกระบวนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเป็นวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายของกลุ่มหรือประชาชนผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้ดีกว่ากระบวนการทางศาล เพราะการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีขั้นตอนที่เรียบง่ายกว่าวิธีพิจารณาคดีของศาล นอกจากนี้ การพิจารณาอุทธรณ์นั้น ฝ่ายปกครองสามารถทบทวนคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสมแตกต่างจากการพิจารณาทางศาลที่ต้องวินิจฉัยข้อพิพาทไปตามบทบัญญัติของกฎหมายและแนวคำพิพากษาเป็นสำคัญ

2.3.2.3 การแบ่งบทบาทในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองช่วยกลั่นกรองข้อพิพาทและลดปริมาณคดีพิพาทที่จะขึ้นสู่ศาล เนื่องจากข้อพิพาทอาจระงับลงได้ในชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หากฝ่ายปกครองได้มีโอกาสทบทวนตรวจสอบข้อผิดพลาดและดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองของตน อาจทำให้คู่กรณีหรือผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองพึงพอใจและไม่จำเป็นต้องนำเรื่องไปฟ้องร้องต่อศาล จึงเป็นผลให้จำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาลน้อยลงอีกทั้งยังเป็นขั้นตอนการช่วยกลั่นกรองข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย รวมทั้งประเด็นโต้แย้งระหว่างฝ่ายปกครองและคู่กรณีหรือผู้ที่เสียหายได้ชัดเจนยิ่งขึ้นหากคู่กรณีหรือผู้เสียหายไม่พอใจผลการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและนำเรื่องมาฟ้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจะช่วยอำนวยความสะดวกในการพิจารณาคดีของศาลให้รวดเร็วขึ้น

2.3.3 ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองเป็นระบบการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองหรืออาจเป็นการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่ง เพื่อตรวจสอบควบคุมการดำเนินการของฝ่ายปกครองและเป็นการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายแก่ประชาชนซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง⁷⁹ โดยกำหนดหน้าที่ให้ผู้เสียหายหรือคู่กรณียื่นคำร้องคัดค้านหรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นระบบการควบคุมตามลำดับชั้น (contrôle hiérarchique)⁸⁰ จึงเป็นการสร้างระบบอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองโต้แย้งการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ

⁷⁹ อาญา สิงห์ไกร. (2542). *ปัญหาการนำระบบอุทธรณ์บังคับมาใช้ในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 24.

⁸⁰ บุญผา อัครพิมาน. (2549). *การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยระบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง*. วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 3 (กันยายน - ธันวาคม 2549) หน้า 26-27.

เพื่อพยายามระงับข้อพิพาทในเมืองต้น หากข้อพิพาทไม่อาจระงับได้ ระบบการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครอง จึงเป็นเครื่องมือที่ใช้รวบรวมข้อเท็จจริงและยังช่วยถ่วงดุลข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เมืองต้นให้แก่ศาล⁸¹ อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ระบบ ดังนี้

2.3.3.1 ระบบอุทธรณ์เพื่อเลือก

ระบบอุทธรณ์เพื่อเลือกหรือระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ เป็นกรณีที่อาจมีกฎหมาย กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ แต่เป็นการกำหนดแบบไม่บังคับ⁸² คู่กรณีหรือ บุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองจะดำเนินการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองก่อนหรือจะนำเรื่องดังกล่าวไปยื่นต่อองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองหรือ ศาลปกครอง โดยตรงก็ได้ การที่ไม่ได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อนไม่มีผล เป็นการตัดสิทธิคู่กรณีหรือบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายในอันที่จะนำเรื่องดังกล่าวไปสู่การ วินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองหรือศาล ดังนั้น การอุทธรณ์ในระบบนี้ จะมี ลักษณะเหมือนกับเป็นสิทธิของคู่กรณีหรือบุคคลผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่จะเลือก ปฏิบัติหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ ระบบอุทธรณ์เพื่อเลือกยังแบ่งออกเป็นการอุทธรณ์ตามปกติอันมี ลักษณะเป็นการภายในตามสายการบังคับบัญชา และการอุทธรณ์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่าง ๆ⁸³

2.3.3.2 ระบบอุทธรณ์บังคับ

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองในระบบอุทธรณ์บังคับ จะเป็น กรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองไว้ ซึ่งคู่กรณีหรือบุคคล ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครอง จะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อน จึงจะสามารถใช้สิทธิทางศาลหรือนำเรื่องไปยื่นต่อ องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองได้ หากคู่กรณีหรือบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย จากคำสั่งทางปกครองไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด จึงทำให้เสียสิทธิที่จะดำเนินการ ต่อไปในชั้นการพิจารณาทางศาล⁸⁴ นอกจากนี้ ระบบอุทธรณ์บังคับยังแบ่งออกเป็นระบบอุทธรณ์ บังคับทั่วไป ซึ่งนำมาใช้บังคับในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ และระบบอุทธรณ์บังคับเฉพาะ

⁸¹ ประเวศ อรรถสุภผล. (2547). *ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 36.

⁸² ประเวศ อรรถสุภผล. อ้างแล้ว. หน้า 37.

⁸³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์. หน้า 368-372.

⁸⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์. หน้า 386.

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายปกครองเรื่องการดำเนินการเยียวยาให้ครบขั้นตอนก่อนฟ้องคดี⁸⁵ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีความเกี่ยวเนื่องกับหลักความรับผิดชอบลำดับชั้นของระบบบริหาร และเป็นหลักกฎหมายปกครองที่องค์กรภายในฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองนำมาใช้เพื่อให้หลักหลักความรับผิดชอบลำดับชั้นของระบบบริหาร ของฝ่ายบริหารเกิดผลและมีสภาพบังคับในทางปฏิบัติ⁸⁶

⁸⁵ อาญา สิงห์ไกร. (2542). *ปัญหาการนำระบบอุทธรณ์บังคับมาใช้ในประเทศไทย* วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 2.

⁸⁶ อาญา สิงห์ไกร. อ่างแล้ว. หน้า 26.