

## บทที่ 2

### แนวความคิดเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย กรณีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติชี้มูลความผิด

การอุทธรณ์ (Appeal) คำสั่งลงโทษทางวินัยเป็นการร้องขอให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ยกเรื่องที่ถูกกลงโทษทางวินัยขึ้นพิจารณาใหม่ในทางที่เป็นคุณ<sup>1</sup> เป็นขั้นตอนการแก้ไขความเดือนร้อนหรือความเสียหายในเรื่องที่ถูกกลงโทษทางวินัย ซึ่งจะต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นก่อนที่นำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ประกอบกับการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย เป็นการพิจารณาทางปกครอง การศึกษาเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องศึกษาหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง การดำเนินการทางวินัย การควบคุมฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย หลักการพื้นฐาน วัตถุประสงค์และประเภทของการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามระบบกฎหมายของประเทศไทย ตลอดจนต้องศึกษาถึงการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและคำสั่งลงโทษทางวินัยตามระบบกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อประกอบการศึกษาวิเคราะห์โดยปรากฏแนวคิด ดังนี้

#### 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย

โดยที่ รัฐ (State)<sup>2</sup> ไม่สามารถกระทำการใด ๆ โดยตนเองได้ การกระทำทั้งหลายต้องกระทำโดยผ่านบุคคล (Person) หรือคณะบุคคล (Body of Person) ที่ดำรงตำแหน่งในรัฐทั้งสิ้น ซึ่งกฎหมาย

---

<sup>1</sup> สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม สำนักงาน ก.พ.. (2551). *คู่มือการพิจารณาอุทธรณ์ และร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พลเรือน พ.ศ. 2535*. นนทบุรี: สำนักบริหารกลาง สำนักงาน ก.พ.. หน้า 1-2.

<sup>2</sup> ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “État” เป็นถ้อยคำที่แสดงถึงบทบาทในทางการเมืองหรือในลักษณะเป็นสัญลักษณ์แห่งความถูกต้อง ปรากฏอยู่ในช่วงรอยต่อระหว่างศตวรรษที่ 15 กับศตวรรษที่ 16 ในทางนิรุกติศาสตร์มาจากภาษาละติน คำว่า “Status” แปลว่าสิ่งที่ยืนขึ้น (Qui est debout) หมายถึง รัฐเป็นสิ่งที่ตั้งขึ้นได้ด้วยอำนาจหรือพลังของตนเอง อย่างเป็นทางการ ซึ่งเป็นที่มาของอำนาจรัฐที่เรียกว่า อำนาจอธิปไตย. โปรตดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (2556). *หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 63-64.

ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ สิทธิดังกล่าวย่อมต้องตกเป็นของรัฐ แต่หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ใด ๆ หน้าที่ที่เกิดขึ้นย่อมต้องเป็นหน้าที่ของรัฐ การกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจมหาชน (Public Authority) โดยผ่านบุคคลธรรมดา<sup>3</sup> โดยบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย จึงมีความจำต้องมีการแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Checks And Balances) โดยมีการแบ่งแยกออกเป็นสามองค์กรใหญ่ ๆ ได้แก่ รัฐสภา เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ การกระทำของรัฐสภาเฉพาะส่วนที่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เรียกว่า “การกระทำทางนิติบัญญัติ” คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร การกระทำของคณะรัฐมนตรีเฉพาะส่วนที่เป็นการใช้อำนาจบริหาร เรียกว่า “การกระทำทางบริหาร” ซึ่งการกระทำทางบริหารยังแยกออกได้เป็นการกระทำทางรัฐบาล<sup>4</sup> และการกระทำทางปกครอง และศาลเป็นองค์กรใช้อำนาจตุลาการ การกระทำของศาลที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการ เรียกว่า “การกระทำทางตุลาการ” ดังนั้น การกระทำทางปกครองจึงเป็นการกระทำประเภทหนึ่งของรัฐที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย<sup>5</sup> และ โดยที่การดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการเป็นกรณีกับผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุได้ใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินการสอบสวนทางวินัย พิจารณาความผิดและกำหนดโทษทางวินัย ตลอดจนมีคำสั่งลงโทษทางวินัย ดังนั้น การที่ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุได้ดำเนินการทางวินัยกับผู้ใต้การบังคับบัญชาจึงเป็นการกระทำทางปกครองด้วยเช่นกัน

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีเครื่องมือที่ต้องใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวปรากฏเป็นรูปแบบและประเภทต่าง ๆ ของการกระทำทางปกครอง<sup>6</sup> ซึ่งปรากฏหลักการพื้นฐาน ดังนี้

<sup>3</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2545). *การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ใน รวบรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-Matter of Law.net](http://www.pub-Matter of Law.net)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 341-342.

<sup>4</sup> การกระทำทางรัฐบาล (act of state) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองดำเนินการเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งการดำรงคงอยู่ของรัฐ การวางนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา เช่น การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา ตลอดจนการติดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎร การยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น. โปรดคู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 242-243.

<sup>5</sup> มานิตย์ จุมปา. (2549). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครอง และการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 1-2.

<sup>6</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 95.

### 2.1.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง (Acte administratif) เป็นการกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งที่ใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติในการจัดให้บริการสาธารณะ เพื่อสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอันมีลักษณะเป็นงานประจำ และต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งแตกต่างจากการกระทำทางรัฐบาล (Act of government) ที่เป็นการกระทำทางบริหารอีกประเภทหนึ่ง เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำทางบริหารที่ใช้อำนาจทางการเมืองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ หรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการกระทำทางรัฐบาลจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ แต่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบทางการเมือง ซึ่งอาจมีการดำเนินการตรวจสอบโดยรัฐสภา สื่อมวลชน หรือประชาชนในฐานะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย<sup>7</sup>

การกระทำใดของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำทางรัฐบาล และเป็นการกระทำของรัฐที่มีลักษณะเป็นการกำหนด ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชน การกระทำของรัฐดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำในความหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการแทนหรือในนามของรัฐจึงเป็นการกระทำของรัฐในทางปกครองได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำในฐานะส่วนตัวแล้ว การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวย่อมไม่ใช่การกระทำทางปกครอง กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำในฐานะเป็นรัฐมนตรี (Minister) ในคณะรัฐมนตรี (Council of Ministers) การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาลไม่ใช่การกระทำทางปกครอง แต่หากเป็นการกระทำในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดในฐานะเจ้ากระทรวง การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง<sup>8</sup>

การกระทำทางปกครอง หมายถึง การที่คณะรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดบรรลุผลได้กล่าวโดยสรุป หมายถึง การที่องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจตามกฎหมาย

<sup>7</sup> สุริยา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2558). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 24-26.

<sup>8</sup> มานิตย์ จุ่มปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 2-4.

มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ด้วยกัน ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวควรอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบได้<sup>9</sup> โดยหลักการแล้ว การกระทำทางปกครอง คือ ผลผลิต (Product) ของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Administration)<sup>10</sup> หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง กล่าวคือ<sup>11</sup>

1) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร (Administrative) ที่กระทำในฐานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ผลผลิตของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

2) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ ผลผลิตของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

3) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) ที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เช่น การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ผลผลิตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

<sup>9</sup> ดิเรก ควรสมาคม. (2558). *กฎหมายปกครองแนวประยุกต์*. กรุงเทพฯ. วิญญูชน. หน้า 125-126.

<sup>10</sup> คำว่า “ฝ่ายปกครอง (Administration) หมายถึง

1) หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครอง โดยปกติแล้วได้แก่ บรรดาหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในการกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง เช่น หน่วยงานของรัฐในราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน และ

2) องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง คือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร หมายถึง บรรดาองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในการกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง และยังหมายความรวมถึงพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่น ๆ เมื่อใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

ปัจจุบันคำว่า “ฝ่ายปกครอง” น่าจะหมายความรวมถึง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระและหน่วยงานอิสระของรัฐด้วย. โปรดคุณ วรพงษ์ วิสฤตพิชญ์. (2543). *การกระทำทางปกครอง*. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองตามมาตรฐานที่ ก.ศป. รับรอง รุ่นที่ 1 มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองและวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง (อัสสัมชัญ). หน้า 4-11.

<sup>11</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2552). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 147-150.

4) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติแทนรัฐในบางเรื่อง เช่น สถานพยาบาลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐเกี่ยวกับการจดทะเบียน และการออกใบอนุญาตให้เป็นนายความ ผลผลิตของการใช้อำนาจขององค์กรเอกชนดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

การนิยามเชิงปฏิเสธ (Negative Definition) ของการกระทำทางปกครอง คือ การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติหรือกระทำทางตุลาการ แต่เป็นการใช้อำนาจในฝ่ายบริหารที่มีทั้งฝ่ายการเมือง คือ คณะรัฐมนตรี และฝ่ายปฏิบัติการ คือ ข้าราชการประจำที่เป็นฝ่ายปกครอง โดยแท้ ส่วนการนิยามในเนื้อหา (Positive Definition) ของการกระทำทางปกครอง ต้องศึกษาจากลักษณะของการกระทำของรัฐที่เข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชน หรือให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน และการกระทำทางปกครองในลักษณะวางแผน

การกระทำทางปกครองโดยแท้คือ การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจเหนือประชาชนและใช้อำนาจนั้นสั่งการหรือทำการแล้วมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชนภายใต้ขอบเขตกฎหมายมหาชน แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจเหนือประชาชนได้กระทำการใด ๆ แม้ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชน การกระทำดังกล่าวก็ไม่ใช่อำนาจปกครอง แต่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง (Verwaltungsprivatrecht)<sup>12</sup>

เมื่อพิจารณาแล้ว อาจสรุปความได้ว่า “การกระทำทางปกครอง” หมายถึง การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง (Administration) ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ในลักษณะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า ซึ่งการกระทำทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำทางปกครองที่เป็นการจำกัดหรือรुकล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง<sup>13</sup>

### 2.1.2 ที่มาของการใช้อำนาจกระทำการทางปกครอง

กฎหมายเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการทางปกครอง<sup>14</sup> ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการทางปกครองที่ผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนได้นั้น ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ที่มาของอำนาจดังกล่าวอาจมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร<sup>15</sup> ดังนี้

<sup>12</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2551). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 25-28.

<sup>13</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2554). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 235.

<sup>14</sup> สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 29.

<sup>15</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 29.

### 2.1.2.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร

เมื่อได้มีการรวมศูนย์อำนาจทางการเมืองการปกครอง (Centralisation) ก็จะมีการรวมศูนย์อำนาจออกกฎหมายที่เป็นกฎหมาย ซึ่งจะแสดงออกโดยการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อใช้แทนกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายตามคำพิพากษาที่มีมาแต่เดิม พร้อมทั้งมีการจัดระบบองค์กรผู้ใช้อำนาจกฎหมายอย่างเป็นระบบ ยังมีการรวมศูนย์อำนาจทางการเมืองการปกครองและเป็นรัฐมากขึ้นเท่าใด ฐานะและระดับศักดิ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายยิ่งสูงขึ้นตามเป็นลำดับ การแสดงออกซึ่งอำนาจรวมศูนย์ในทางการเมืองการปกครองของรัฐจึงแสดงออกได้สองทาง คือ จำนวนกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มากขึ้น และกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายอื่น การออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาใช้อำนาจฝ่ายเดียววางกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับอย่างเด่นชัดเป็นการทั่วไปอย่างเสมอภาค<sup>16</sup>

กฎหมายลายลักษณ์อักษรอันเป็นที่มาของอำนาจในกระทำการทางปกครองนั้นสามารถแบ่งได้หลายระดับ ได้แก่ กฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ประกาศของคณะปฏิวัติ และกฎหมายระดับรอง เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง รวมถึงข้อบัญญัติองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>17</sup>

### 2.1.2.2 กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

ที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองในกระทำการทางปกครอง นอกจากจะมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ที่มาของอำนาจกระทำการทางปกครองอาจมาจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น จารีตประเพณี (Coutume)<sup>18</sup> หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Matter of Law)<sup>19</sup> เป็นต้นว่า หลักในการรับฟังคู่ความ โดยก่อนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งที่กระทบสิทธิหรือประโยชน์

<sup>16</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 11-14.

<sup>17</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 30.

<sup>18</sup> จารีตประเพณีในทางกฎหมาย หมายถึง ทางปฏิบัติที่ประเพณีสืบทอดต่อกันมาในทางสังคมจนกลุ่มคนในสังคมมีความรู้สึกร่วมกันว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตาม เพราะมีผลผูกพันในฐานะเป็นกฎหมาย ดังนั้น จารีตประเพณีเป็นทั้งที่มาของกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน และกฎหมายระหว่างประเทศ จารีตประเพณีในกฎหมายมหาชน คือจารีตประเพณีที่องค์กรทั้งหลายของรัฐก่อให้เกิดขึ้นจากทางปฏิบัติจนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าจำเป็นต้องทำตามและความรู้สึกนั้นขยายตัวลงมายังประชาชนผู้อยู่ภายใต้อำนาจการปกครองจนเกิดความรู้สึกร่วมกันของสังคมโดยส่วนรวม. โปรดคู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 207-220.

<sup>19</sup> หลักกฎหมายทั่วไป คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นรากฐานของกฎหมายระบบใดระบบหนึ่ง ซึ่งสามารถค้นหาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยอาศัยหลักตรรกะพีนิจพีเคาระห์ เช่น หลักความเสมอภาค หรือต้องศึกษาจากอ่านบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายมาตราหรือหลายฉบับประกอบกัน เช่น หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น. โปรดคู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 141.

ของคู่กรณีจะต้องรับฟังคู่กรณีเสียก่อน นอกจากนั้นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำทางปกครอง อาจมาจากแนวทาง การใช้ดุลพินิจในรูปของหนังสือเวียนหรือแนวทางปฏิบัติ (Recommendation) ที่กำหนดกรอบแนวทางการใช้ดุลพินิจ (Discretion) ของฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยหลักแล้วจะทำได้ต่อเมื่อ มีกฎหมายกำหนด ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ทั้งนี้ การกระทำทางปกครองที่รุกกล้าเข้าไปในสิทธิ และเสรีภาพของปัจเจกชนจะต้องอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และการรุกกล้าเข้าไปในสิทธิและ เสรีภาพของปัจเจกชนต้องทำเท่าที่จำเป็น ไม่สามารถที่จะเข้าไปทำลายเสรีภาพ (Liberty) และสิทธิ ขั้นพื้นฐาน (Natural Right) ทั้งหมด<sup>20</sup>

### 2.1.3 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครอง นอกจากเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมาย มหาชน (Public Matter of Law) ซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองอาจจะ กระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกันกับเอกชนคนอื่น ๆ ได้ ในงานนิพนธ์ เล่มนี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะรูปแบบของกระทำของฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายมหาชน ซึ่งใน ทางวิชาการอาจมีการจำแนกรูปแบบของการกระทำทางปกครองเพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้หลายรูปแบบ เช่น จำแนกออกเป็นการกระทำ ที่ประสงค์หรือมุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง และการกระทำที่ประสงค์หรือมุ่งต่อผลทาง กฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง หรือ จำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเป็นการทั่วไป และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเป็นการเฉพาะราย<sup>21</sup> แต่ในงานนิพนธ์นี้จะแยกออกเป็นนิติกรรม ทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง<sup>22</sup> ดังนี้

#### 2.1.3.1 นิติกรรมทางปกครอง

รัฐมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอยู่สามประเภท ได้แก่ อำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่ทางบริหาร และอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ นิติกรรมที่รัฐกระทำไปในการดำเนินการ ตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าว หากคำนึงถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจแล้ว ต้องถือว่านิติกรรมทุกอย่างที่รัฐได้ กระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้นที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง<sup>23</sup> ทั้งนี้ คำว่า นิติกรรมทางปกครอง จึงหมายถึง การอันใดที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่มีค่าบังคับ

<sup>20</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 31-32.

<sup>21</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 99.

<sup>22</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 150.

<sup>23</sup> โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2557). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 81.

ดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือให้ปรากฏต่อคณะบุคคล (Body of Person) คณะบุคคลใด คณะบุคคลหนึ่งว่า ประสงค์ให้เกิดผลทางกฎหมายที่เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลหรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลนั้น ๆ ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม<sup>24</sup> จากความหมายดังกล่าว นิติกรรมทางปกครองจึงเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเสมอ<sup>25</sup>

ตามนัยความหมายดังกล่าวข้างต้น จึงสามารถสรุปความได้ว่า นิติกรรมทางปกครองหมายถึง การที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทำอันมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม นิติกรรมทางปกครองย่อมต้องประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญสี่ประการได้แก่ ประการแรก การใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองที่แสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหรือคณะบุคคล ประการที่สอง การแสดงเจตนาโดยมุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลตามกฎหมาย ประการที่สาม การก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลหรือคณะบุคคล และประการที่สี่ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองต่อบุคคลหรือคณะบุคคล นอกจากนั้นยังสามารถแบ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง และนิติกรรมทางปกครองหลายฝ่ายหรือสัญญาทางปกครอง ปรากฏรายละเอียด ดังนี้

#### 1) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว

นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (Les Actes Administratifs Unilatéraux) หรือนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (Les Actes Unilatéraux de l'Administration) ได้แก่ การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย<sup>26</sup> เป็นการกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ (Legal Relation) ระหว่างบุคคล และนิติสัมพันธ์ดังกล่าวที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่ฝ่ายปกครองแสดงออกมาฝ่ายเดียวโดยบุคคลหรือคณะบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ ระบบกฎหมายของประเทศไทยไม่มีกฎหมายฉบับใดที่ให้คำนิยามคำว่า นิติกรรมทางปกครองเอาไว้ คงมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติคำนิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” และ “กฎ”

<sup>24</sup> วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 15.

<sup>25</sup> Epaminondas Spiltopoulos.(1991). Droit administratif hellénique. Paris: L.G.D.J. page.74. อ้างถึงใน เรื่องเดิม. หน้า 18.

<sup>26</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 426.



เอาไว้ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้คำนิยามคำว่า “กฎ” เอาไว้<sup>27</sup>

นิติกรรมทางปกครองสามารถจำแนกออกได้เป็นคำสั่งทางปกครอง และ กฎ ดังนี้

1.1) คำสั่งทางปกครอง (Order Administrative) พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5<sup>28</sup> ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ว่า เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร แต่ไม่หมายความรวมถึงกฎ และการอื่นที่ฝ่ายบริหารกำหนดไว้ในกฎกระทรวง (Ministerial Regulation)<sup>29</sup> เช่น คำสั่งที่เกี่ยวกับการดำเนินการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ (Benefit) และให้การอนุมัติหรือไม่อนุมัติทุนการศึกษาซึ่งเมื่อพิจารณาตามนัยความหมายดังกล่าวแล้ว สามารถอาจแยกลักษณะหรือองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองออกได้เป็นห้าประการ<sup>30</sup> ดังนี้

ประการแรก คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเป็นลักษณะหรือองค์ประกอบที่สามารถชี้ให้เห็นว่ามาตรการหรือการกระทำใด ๆ ของ

<sup>27</sup> ชาลชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11, หน้า 150-153.

<sup>28</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑ล๑

๑ล๑

คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า

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

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

๑ล๑

๑ล๑

<sup>29</sup> กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
- (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
- (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

2. ให้การอนุมัติหรือไม่อนุมัติทุนการศึกษา

<sup>30</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 29-34.

ฝ่ายปกครองที่กระทำลง โดยไม่ได้อาศัยอำนาจรัฐ การกระทำนั้น ๆ ย่อมไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การตกลงทำสัญญาหรือเลิกสัญญาทางแพ่งกับเอกชน หรือการที่ฝ่ายปกครองมีหนังสือแจ้งให้เอกชนผู้รับจ้างชำระค่าปรับกรณีก่อสร้างล่าช้าซึ่งเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง ดังนั้น มาตรการหรือการกระทำของเอกชนที่ไม่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองแทนรัฐ แม้จะมีผลกระทบต่อบุคคลอื่นก็ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือมาตรการหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเองแม้กระทำลงโดยใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) อำนาจบริหาร (Administrative Power) หรืออำนาจตุลาการ (Judicial Power) ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง และคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำฝ่ายเดียว ดังนั้น การกระทำทางปกครองที่ต้องการความยินยอมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

ประการที่สาม คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เป็นลักษณะหรือองค์ประกอบที่ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากปฏิบัติการทางปกครอง

ประการที่สี่ คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่เกิดผลเฉพาะกรณี การมีผลของคำสั่งทางปกครองเฉพาะกรณีไม่ได้หมายความจำกัดถึงขนาดที่จะต้องระบุตัวผู้รับคำสั่ง โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น แต่หมายถึงคำสั่งที่ระบุกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอที่จะระบุตัวผู้รับคำสั่งได้ด้วย เช่น กลุ่มบุคคลที่ชุมนุมประท้วงอยู่บริเวณทำเนียบรัฐบาล เป็นลักษณะหรือองค์ประกอบที่ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างจากกฎ และ

ประการที่ห้า คำสั่งทางปกครองนั้นต้องมีผลบังคับ โดยตรงออกไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง อาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะหรือองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งคำสั่งภายในฝ่ายปกครองนั้น เป็นการสั่งของผู้บังคับบัญชาในวงงานหรือในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งไม่มีผลออกไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ใช่การสั่งในวงงาน เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย เป็นต้น แต่คำสั่งให้ผู้ได้บังคับบัญชาทำความเข้าใจทางกฎหมายเสนอเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะหรือองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองนั้น เป็นการกระทำทางปกครองที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนา (Juristic Act) ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่เหนือกว่าเอกชน<sup>31</sup> และเป็นการกระทำในทางกฎหมายที่ซึ่งเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นรูปธรรม และเป็น

<sup>31</sup> มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 5.

รูปแบบของการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้นมากที่สุด และมีความสำคัญที่สุด<sup>32</sup> ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า คำสั่งทางปกครองแท้ที่จริงแล้วคือ ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีผลใช้บังคับแก่กรณีใด และหรือมีผลใช้บังคับแก่บุคคลเป็นการเฉพาะเจาะจง ซึ่งขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งหรือทั้งสองข้อของกฎ<sup>33</sup> ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป

1.2) กฎ (Rule) พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5<sup>34</sup> ได้นิยามความหมายของคำว่า “กฎ” ไว้ว่า เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3<sup>35</sup> ได้นิยามความหมายของคำว่า “กฎ”<sup>36</sup> ไว้โดยมีความนัยเดียวกันกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 โดยคำว่า “บทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” นั้น เป็นคำนิยามความหมายที่แท้จริงของคำว่า “กฎ” ส่วนข้อความอื่น ๆ เป็นแต่เพียงตัวอย่างของกฎเท่านั้น

จากความหมายดังกล่าว กฎ ย่อมหมายถึงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติหรือกำหนดขึ้นในลักษณะที่เป็นนามธรรม (Abstract) และให้บังคับเป็นการทั่วไป (General Enforcement) โดยองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจในการบริหารเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ

<sup>32</sup> วรเจตน์ กาสิรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 102-103.

<sup>33</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 24.

<sup>34</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๑๑

๑๑๑

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

๑๑๑

๑๑๑

<sup>35</sup> มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๑๑

๑๑๑

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

๑๑๑

๑๑๑

<sup>36</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 23.

การจัดการปกครองของรัฐ แต่ไม่หมายความรวมไปถึงการตราพระราชกำหนดที่กระทำโดยฝ่ายบริหาร ดังนั้น กฎ จึงเป็นกฎหมายบริหารบัญญัติ หรือ กฎหมายองค์กรบัญญัติ ซึ่งบางครั้งมักเรียกกฎหมายในกลุ่มนี้ว่า “กฎหมายระดับรอง” ซึ่งมีบรรทัดฐานทางกฎหมายเป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชน ฝ่ายเดียวที่กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎ โดยกฎมีลักษณะเป็นทวิลักษณ์ คือ เป็นทั้งรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง และเป็นทั้งกฎหมายในเวลาเดียวกัน<sup>37</sup> จากลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น กฎ จึงมีลักษณะสำคัญสองประการ<sup>38</sup> ดังนี้

ประการแรก บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎที่ต้องกระทำการหรือถูกห้ามไม่ให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกลงโทษหรือกำหนดไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ (Minor) คนต่างด้าว (Alien) หรือข้าราชการพลเรือน (Civil Official) ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ (Solicitor) เป็นต้น ซึ่งไม่สามารถทราบจำนวนอย่างแน่นอนได้เลย

ประการที่สอง บุคคลที่ถูกลงโทษหรือกำหนดไว้เป็นประเภทตามลักษณะประการแรกนั้น ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม (Abstract) เช่น บังคับให้กระทำการใด ห้ามมิให้กระทำการใด หรืออนุญาตให้กระทำการใด เป็นต้น และทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้ได้เกิดขึ้น บุคคลตามที่ถูกนิยามหรือกำหนดไว้ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือมีหรือได้รับสิทธิกระทำการใด อันมีลักษณะกระทำซ้ำ ๆ ซาก ๆ ทั้งนี้ ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการปกครองของรัฐหรือการออกกฎ จะต้องมิกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติเป็นฐานแห่งอำนาจ จะอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญลอย ๆ เป็นฐานอำนาจในการออกกฎมิได้ และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจออกกฎจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตอำนาจในการออกกฎไว้ด้วย<sup>39</sup>

1.3) คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) เป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการกำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง แต่ไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า เช่น ป้ายจราจร ไม่ใช่กฎหมายแต่เป็นการห้ามโดยทั่วไปสำหรับบุคคลที่อยู่บริเวณนั้น เมื่อใครมาพบต้องปฏิบัติตาม<sup>40</sup>

คำสั่งทั่วไปทางปกครองจึงเป็นนิติกรรมทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่งที่ผสมผสานระหว่าง คำสั่งทางปกครอง และ กฎ เป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่มีผลออกไปสู่

<sup>37</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 269-270.

<sup>38</sup> Mahendra P. SINGH. (1985). German Administrative Matter of Law in Common Matter of Law Perspective. Springer-Verlag. Berlin. Heidelberg. New York. Tokyo. page. 34 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 23.

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 273.

<sup>40</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 40.

ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะเป็นรูปธรรมเหมือนกับคำสั่งทางปกครองแต่มีผลเป็นการทั่วไปเหมือนกับกฎ โดยที่คำสั่งทั่วไปทางปกครองเป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดมีความเป็นรูปธรรม (Concrete) ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของคำสั่งทางปกครอง ในทางปฏิบัติจึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง (Order Administrative)<sup>41</sup> คำสั่งทั่วไปทางปกครองไม่ใช่คำสั่งทางปกครองโดยสภาพ เพราะไม่มีการเจาะจงตัวผู้รับคำสั่ง แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองในรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง<sup>42</sup>

## 2) นิติกรรมทางปกครองหลายฝ่ายหรือสัญญาทางปกครอง

คำว่า “สัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag)” มีความหมายตามนัยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3<sup>43</sup> หมายความว่ารวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และเนื้อหาของสัญญานั้น ๆ เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อการก่อนิติสัมพันธ์ทางปกครอง หรือเพื่อให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผล ซึ่งลักษณะมีความคล้ายคลึงกับสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส<sup>44</sup> และมีความแตกต่างจากสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>45</sup>

<sup>41</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 145-146.

<sup>42</sup> มานิตย์ จุมปา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 6.

<sup>43</sup> มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๗๑

๑๗๑

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

๑๗๑

๑๗๑

<sup>44</sup> เป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเอกชนที่ได้รับมอบหมายกิจการทางปกครอง เป็นสัญญาที่มีเนื้อหามุ่งบริการสาธารณะ หรือเป็นสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่ปรากฏในสัญญาทางแพ่ง เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญางานนโยบาย สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือรับจ้างทำอุปกรณ์บางอย่าง สัญญารับขนส่งสาธารณะ สัญญาคุ้มภัยทางมหาชน และสัญญาจ้างทำวิจัย เป็นต้น. โปรคดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 288-290.

<sup>45</sup> เป็นสัญญาที่มุ่งตรงไปยังการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครอง ในลักษณะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน ฝ่ายปกครองอาจใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับบุคคลแทนการออกคำสั่งทางปกครอง สำหรับการกระทำทางปกครองที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะหากเป็นกรณีที่ต้องมีการทำสัญญามักจะทำขึ้นในรูปแบบสัญญาทางแพ่ง. โปรคดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 291-295.

นอกจากความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามนัยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 แล้ว ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้มีมติเพื่อวางแนวทางเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง ซึ่งแนวทางปฏิบัติดังกล่าวมีผลเป็นการขยายความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ให้กว้างขึ้น โดยสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 นั้น ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ<sup>46</sup> ดังนี้

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นต้องมีลักษณะเป็น

- 1) สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือ
- 2) เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง หรือ
- 3) เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ (State Privileges) ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองและหรือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

นอกจากที่ได้มีการกำหนดความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และที่มติประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 แล้ว กรณีที่มีการขัดกันหรือมีการโต้แย้งเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมและศาลปกครองว่าประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เป็นประเด็นพิพาทแห่งคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลนั้นเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ย่อมเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่จะทำการชี้ขาดว่าสัญญาที่เป็นประเด็นพิพาทแห่งคดีนั้น อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม (Court of Justice) หรืออยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (Administrative Courts)<sup>47</sup>

<sup>46</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). *สัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 222-225.

<sup>47</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 326-328.

การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญานั้น ๆ<sup>48</sup> หากสัญญาใดไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และที่มติประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 สัญญานั้นย่อมไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่เรียกว่า “สัญญาทางแพ่ง (Civil Contract)”<sup>49</sup> ดังนั้น สัญญาทางปกครองจึงเป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะของการทำขึ้นเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจจำแนกได้สองรูปแบบ คือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน และสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญากันเอง เช่น เทศบาลสองแห่งตกลงประกอบกิจการร่วมกันที่เรียกว่า “สหการ(Syndicate)” เป็นต้น<sup>50</sup>

### 2.1.3.2 ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพ (Real Act)<sup>51</sup> ซึ่งเป็นแตกต่างจากนิติกรรมทางปกครองรูปแบบอื่น ๆ ตรงที่เป็นการกระทำที่มีเป้าหมายเพื่อผลสำเร็จในทางข้อเท็จจริง<sup>52</sup> ซึ่งคำว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” หมายถึงการกระทำที่ฝ่ายปกครองได้ทำลงโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย โดยที่การกระทำนั้น ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง เพราะขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งการให้ความหมายของคำว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครองนั้น ย่อมผิดตรรกะอยู่มีใช่น้อย แต่เนื่องจากปฏิบัติการทางปกครองมีความหลากหลายมากจนยากที่จะหาลักษณะร่วมกันได้<sup>53</sup>

ปฏิบัติการทางปกครองอาจเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น การแจ้งข้อกล่าวหาความผิดทางวินัย ต่อข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย การเรียกให้หน่วยงานหรือบุคคลส่งพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ เป็นต้น หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง เช่น การเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างหรือตัดแปลงโดยฝ่าฝืนกฎหมายของเจ้าพนักงาน

<sup>48</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 41.

<sup>49</sup> สุริยา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 28.

<sup>50</sup> มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 7-8.

<sup>51</sup> มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 6-7.

<sup>52</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 309.

<sup>53</sup> Hamut MAURER (1991). *Droit administratif allemand. Traduit par Michel FROMONT*. Paris. L.G.D.J. page.187-190. อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 21.

ท้องถิ่น ซึ่งเป็นมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งหรือถอน เป็นต้น ทั้งนี้ ปฏิบัติการทางปกครอง อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองและบุคคลอื่นได้ ในกรณีที่ปฏิบัติการทางปกครอง ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในลักษณะเป็นการกระทำละเมิด (Infringement)<sup>54</sup> หรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ตามมา นอกจากนี้ปฏิบัติการทางปกครองอาจเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง<sup>55</sup>

#### 2.1.4 หลักการพื้นฐานบางประการของการกระทำทางปกครอง

โดยที่ฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐในการกระทำทางปกครองเพื่อให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของกฎหมาย จึงมีความจำเป็นอย่างหนึ่งที่จะต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานบางประการของ การกระทำทางปกครอง ดังต่อไปนี้

##### 2.1.4.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

การกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชน แม้ว่า จะมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ แต่ในการกระทำ ทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุกับสภาพข้อเท็จจริงใน แต่ละเรื่องซึ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) นั้น เป็นหลักการพื้นฐานในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้นหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น ยังปรากฏอยู่ในกฎหมายระดับ พระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 58 วรรคสาม<sup>56</sup> ที่บัญญัติห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการที่เป็นการสร้างภาระให้แก่เอกชนเกินสมควร และเป็น หลักการที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึง ถึงเสมอในการกระทำการทางปกครองไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์ อักษรบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

<sup>54</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 21-22.

<sup>55</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 36.

<sup>56</sup> มาตรา 58 คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ผ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

๑๗๑

๑๗๑

ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษ ทางอาญาหรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองให้กระทำหรือละเว้นกระทำก่อนก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและ ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน



โดยในการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาจากเครื่องมือหรือมาตรการ (Measure) ที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ และวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ<sup>57</sup>

#### 2.1.4.2 หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง

เนื่องจากการกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าเอกชนของฝ่ายปกครอง และมีผลเป็นการบังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตาม หรือมีผลเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพันให้เอกชนต้องถือปฏิบัติตาม การกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่คาดหมายได้จากเอกชนอยู่ได้อำนาจปกครอง การกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนมากเท่าใด ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดเนื้อหาของการกระทำทางปกครองให้ชัดเจนแน่นอนมากเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครองไม่ได้มีผลถึงขนาดเป็นการห้ามฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลเป็นการบังคับทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวสามารถปรับใช้บังคับ (Applicable to) กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้จำนวนมาก แต่สำหรับการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ใช้บังคับเฉพาะกรณีเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน (Expressly)<sup>58</sup>

#### 2.1.4.3 หลักห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ

หลักห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหาหลักเกณฑ์แห่งความแตกต่าง อันมีน้ำหนักสำคัญระหว่างสิ่งสองสิ่ง หรือหลายสิ่งมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้เป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) หรือความเท่าเทียมกัน (Equality)<sup>59</sup> เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 5<sup>60</sup> และมาตรา 30<sup>61</sup> โดยมีสาระสำคัญว่า ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระ

<sup>57</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 57-58.

<sup>58</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 62-63.

<sup>59</sup> ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ. (2553). *หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม*. สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 1.

<sup>60</sup> มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอ

<sup>61</sup> มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

เหมือนกันให้แตกต่างกันโดยอำเภอใจไม่ได้ หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้เหมือนกันโดยอำเภอใจก็ไม่ได้เช่นกัน<sup>62</sup>

#### 2.1.4.4 หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยไม่ชอบ

หลักสุจริต (*bona fides*) และหลักการห้ามใช้สิทธิโดยไม่ชอบ แม้จะเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5<sup>63</sup> และมาตรา 421<sup>64</sup> ตามลำดับ แต่แท้จริงแล้วหลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย นอกจากนั้น หลักสุจริตยังได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 วรรคหนึ่ง<sup>65</sup> ด้วยเหตุนี้ การใช้อำนาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในทางปกครองฝ่ายปกครองจะต้องใช้โดยสุจริต การบิดเบือนการใช้อำนาจ (*détournement de pouvoir*)<sup>66</sup> หรือการใช้อำนาจที่เป็นการกลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหายจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ หลักการทั้งสองนี้ นอกจากจะผูกพันฝ่ายปกครองแล้ว ยังผูกพันเอกชนที่เข้ามาปฏิบัติสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองด้วย หากเอกชนคนใดไม่สุจริตย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐ<sup>67</sup>

#### 2.1.4.5 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ (The principle of the protection of legitimate expectation) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีเจตนาในการให้ความคุ้มครองเอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจ

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

<sup>62</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 64.

<sup>63</sup> มาตรา 5 ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

<sup>64</sup> มาตรา 421 การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

<sup>65</sup> มาตรา 51 วรรคหนึ่ง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

<sup>66</sup> การบิดเบือนการใช้อำนาจ (*le détournement de pouvoir*) หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ (but) อื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้. โปรดดู ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2556). *เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง*. เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม (อค์สำเนา). หน้า 49.

<sup>67</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 64-65.

รัฐที่มีความเชื่อมั่นในการคงอยู่ของการตัดสินใจใด ๆ ของฝ่ายปกครอง โดยความเชื่อนั้นดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มครอง เช่น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้ประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง เอกชนผู้อยู่ใต้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมสามารถอ้างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจมาเป็นฐานในคัดค้านการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้<sup>68</sup>

## 2.2 ความหมาย หลักการ และระบบของการควบคุมฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย

กฎหมายมหาชน (Public Matter of Law) เป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในฐานะเป็นฝ่ายปกครองกับเอกชนในฐานะผู้อยู่ภายใต้การปกครอง แสดงถึงความไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้อยู่ภายใต้การปกครอง<sup>69</sup> ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือและสามารถบังคับให้เอกชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองต้องปฏิบัติตาม กฎหมายมหาชนจึงเป็นกฎหมายที่มีอำนาจ (Power) เป็นหัวใจสำคัญ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะสร้างนิติสัมพันธ์ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ หากเป็นกระทำโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบและไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ดังสุภาษิตกฎหมายมหาชนที่ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ไม่สามารถทำได้”<sup>70</sup> เมื่อกฎหมายมหาชนได้ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐในการสร้างนิติสัมพันธ์หรือการบังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตาม ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวอาจเกิดการบิดเบือนหรือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาความหมาย หลักการและประเภทของการควบคุมฝ่ายปกครอง

### 2.2.1 ความหมายและลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครอง

ในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง นั้น จำเป็นที่จะต้องรับรู้รับทราบ และมีความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของการควบคุมฝ่ายปกครอง และลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครอง เป็นการเบื้องต้น ดังนี้

#### 2.2.1.1 ความหมายของการควบคุมฝ่ายปกครอง

คำว่า “การควบคุมฝ่ายปกครอง” หมายถึง การตรวจสอบ (Control) ฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการเยียวยา ( Remedial) โดยฝ่ายปกครอง อีกประการหนึ่ง

<sup>68</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 66.

<sup>69</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2556). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1.

<sup>70</sup> เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 22.

คำว่า “การตรวจสอบ” หมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง หรือการตรวจดูให้ถูกต้องก่อนที่ฝ่ายปกครองจะลงมือกระทำการปกครอง ซึ่งการตรวจสอบนั้น สามารถทำได้หลายรูปแบบ เช่น การโต้แย้ง การคัดค้าน การปรึกษาหารือ การไต่สวน หรือการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

ส่วนคำว่า “เยียวยา” หมายถึง การแก้ไขความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหรือความเสียหายหมดไปให้มากที่สุด

ดังนั้น การควบคุมฝ่ายปกครอง (Parental Control) จึงหมายถึง การดำเนินการตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (Acte administratif)<sup>71</sup>

#### 2.2.1.2 ลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองเพื่อให้การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายที่ดีควรมีลักษณะสี่ประการ<sup>72</sup> ดังนี้

1) ระบบและกระบวนการตรวจสอบการกระทำทางปกครองต้องครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน ดังนั้น องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทางปกครองจึงต้องมีหลายองค์กร เพื่อให้การตรวจสอบครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้านอย่างแท้จริง ทั้งนี้ องค์กรตรวจสอบที่จัดตั้งขึ้นหลายองค์กรนั้น จะต้องภารกิจหรือหน้าที่ไม่ซ้ำซ้อนกัน

2) ระบบและกระบวนการตรวจการกระทำทางปกครองต้องเหมาะสมกับสภาพของกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุมหรือตรวจสอบ และต้องสามารถสร้างดุลยภาพระหว่างความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

3) องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมหรือตรวจสอบกิจกรรมของรัฐต้องมีความเป็นอิสระ (Independent) และมีความเป็นกลาง (Neutrality) ในการดำเนินการควบคุมหรือตรวจสอบกิจกรรมของรัฐ ทั้งนี้ องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมหรือตรวจสอบกิจกรรมของรัฐจะต้องถูกตรวจสอบได้ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่มีความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ แต่หากองค์กรดังกล่าวไม่อาจถูกตรวจสอบหรือควบคุมได้ก็จะกลายเป็นองค์กรใช้อำนาจไม่ชอบเสียเอง

<sup>71</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11, หน้า 152.

<sup>72</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26, หน้า 445-446.

4) ต้องมีการสร้างกลไกเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมหรือตรวจสอบกิจกรรมของรัฐได้โดยกว้างขวางและมีประสิทธิภาพ แต่ทั้งนี้ต้องไม่กว้างขวางไปถึงขนาดที่ว่าใครก็สามารถนำเรื่องอะไรก็ได้มาให้ทำการควบคุมหรือตรวจสอบกิจกรรมของรัฐ เพราะหากเป็นเช่นนั้นจะมีผลทำให้ระบบการบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของฝ่ายปกครองถูกขัดขวางเพราะประโยชน์ส่วนตัวของใครบางคน ดังนั้น ควรให้สิทธิเฉพาะผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกิจกรรมของรัฐโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น มีสิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมหรือตรวจสอบกิจกรรมของรัฐ

## 2.2.2 หลักการเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

โดยลักษณะการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว เป็นการใช้อำนาจฐานะเหนือกว่าบังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเมื่อฝ่ายปกครองมีบทบาทภาระหน้าที่เพิ่มขึ้นมากขึ้นเพียงใด การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองย่อมกระทบต่อสิทธิของเอกชนมากขึ้นเพียงนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง<sup>73</sup> การควบคุมการใช้อำนาจฝ่ายปกครองมีหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

### 2.2.2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung ; Separation of Power) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “หลักการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจ (Separation of Functions)”<sup>74</sup> โดยหลักการที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลหรือองค์กรเดียว โดยไม่มีองค์กรอื่นมาตรวจสอบหรือถ่วงดุลการใช้อำนาจ ซึ่งอาจทำให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้การปกครอง ดังคำกล่าวของลอร์ด แอ็กตัน (Lord Acton) ที่ว่า “อำนาจย่อมมีแนวโน้มให้เกิดการใช้อำนาจที่ไม่ชอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่ไม่ชอบอย่างแน่น (Power tends to corrupt and absolute power corrupt absolutely.)” เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการผูกขาดการใช้อำนาจโดยวิธีการที่ไม่ชอบ จึงเกิดแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจขึ้น และพัฒนาและปรากฏเป็นรูปธรรมในการเคลื่อนไหวทางการเมืองเมื่อศตวรรษที่ 18 โดยมองเตสกีเยอ (Montesquieu) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ที่ได้เสนอเกี่ยวกับเรื่องการแบ่งแยกอำนาจธิปไตยออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยต้องมีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจทั้งสามออกจากกัน และทั้งสามอำนาจสามารถตรวจสอบถ่วงดุล (Check and Balance) กันได้<sup>75</sup> การแบ่งแยกอำนาจจึงไม่ได้หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันที่แบ่งแยกมิได้

<sup>73</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 19.

<sup>74</sup> ดิเรก ควรสมาคม. *อั้งแล้วเชิงอรรถที่ 9*. หน้า 139.

<sup>75</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. *อั้งแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 94.

หรือการแบ่งแยกลักษณะการใช้อำนาจอธิปไตย แต่เป็นการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย เพื่อไม่ให้อำนาจอธิปไตยไปรวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง<sup>76</sup> แต่แท้จริงแล้ว ตามแนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอนั้น ต้องการเน้นในเรื่องของหลักการคาน และดุลอำนาจมากกว่าการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามออกจากกัน เพื่อให้อำนาจยับยั้งการใช้อำนาจ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ<sup>77</sup>

เมื่อพิจารณาถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ได้เรียกร้องให้มีการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติภารกิจทางปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย แต่เรียกร้องให้ต้องมีการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร (Administrative) โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรตุลาการ แล้วแต่กรณี<sup>78</sup>

#### 2.2.2.2 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายปกครองมีภารกิจและเป้าหมายในการควบคุมการใช้อำนาจทางปกครอง ให้ผูกพัน (Be Binding) อยู่กับกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลจากการบิดเบือนการใช้อำนาจ<sup>79</sup> หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) หรือหลัก ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง เป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐที่ทำหน้าที่เชื่อมโยงหลักการ กระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เข้ากับหลักประชาธิปไตย การกระทำของฝ่ายปกครอง จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักประชาธิปไตย ซึ่งข้อเรียกร้องของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายมีเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญ สองประการ ดังนี้<sup>80</sup>

ประการแรก เกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบ ด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นแกนกลางในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองสามารถ แบ่งแยกออกเป็นเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบหรือทางวิธีสับัญญัติ และเกณฑ์ ความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาหรือทางสารบัญญัติ และ

<sup>76</sup> โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 144.

<sup>77</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระจักรพิมพ์. หน้า 31.

<sup>78</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 73. หน้า 20.

<sup>79</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 47.

<sup>80</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 73. หน้า 20-21.

ประการที่สอง องค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จะต้องมีความเป็นกลางและต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสีย (Interest) กับเรื่องที่จะทำการตรวจสอบ ซึ่งมีนัยหมายถึง องค์กรตุลาการ

ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยองค์กรที่ออกคำสั่งทางปกครองของผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครอง จึงยังไม่ถือว่าเป็นหลักประกันที่เพียงพอ

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หรือหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง นั้น สามารถแบ่งออกเป็นสองหลักย่อยได้เป็น หลักความมาก่อนของกฎหมาย และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย ดังนี้<sup>81</sup>

1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) หมายถึง การกระทำของรัฐที่แสดงออกในรูปแบบของบทบัญญัติกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำในรูปแบบอื่น ๆ ดังนั้น การกระทำในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงการกระทำของฝ่ายปกครองหากเป็นขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ

2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชน หากได้กระทำลงไปโดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจเอาไว้ การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 2.2.2.3 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เป็นผลผลิตจากธรรมชาติที่มีให้แก่มนุษย์ทุกคนและติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนไม่ได้ เว้นเสียแต่จะถูกเรียกคืน เมื่อรัฐกำเนิดเกิดขึ้นรัฐมีหน้าที่จะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะรัฐเสรีประชาธิปไตยจะต้องมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นการให้คำมั่นว่า การใช้อำนาจรัฐจะต้องคำนึงถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 4<sup>82</sup> ผลที่ตามมาจากหลักการดังกล่าวคือ รัฐจะยกเลิก

<sup>81</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 73. หน้า 344-346.

<sup>82</sup> มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

หรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ แต่มีได้หมายความว่ารัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้<sup>83</sup>

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (dei Gewährleistung persönlicher Grunderchte) เป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ ซึ่งสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” อันเป็นหลักสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญ รัฐมีหน้าที่ต้องให้คุ้มครองและความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น รัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายที่ออกโดยตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยให้อำนาจไว้และบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) และต้องระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (Zitiergebot) ของบุคคลเอาไว้ด้วย ทั้งนี้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลดังกล่าวจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ (Wesengehaltsgarantie)<sup>84</sup> มิได้

โดยหลักการทั่วไปแล้ว กฎหมายรัฐธรรมนูญจะยินยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่มีผลเป็นการตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้านใดด้านหนึ่งย่อมเป็นการขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับมิได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6<sup>85</sup> อย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างเคร่งครัดจนถึงขนาดว่าไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น ๆ ได้เลย ถือว่าเป็นการตรากฎหมายที่จี้ดวงสิทธิและเสรีภาพ

<sup>83</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 197-198.

<sup>84</sup> บรรณเจติ ลิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 26-27.

<sup>85</sup> มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้



ถ้าเข้าไปถึงแก่น (Core) หรือสารัตถะ (Essence) ของสิทธิและเสรีภาพ ย่อมมีผลไม่แตกต่างกับกฎหมายที่ตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 มาตรา 19 ข้อ 2 จึงได้บัญญัติไว้ว่า “ไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม การอันอาจกระทบกระเทือนต่อสารัตถะของสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทำมิได้”<sup>86</sup>

ปฎิญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 29.2<sup>87</sup> ได้กำหนดเกี่ยวกับการให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ว่า ในการใช้สิทธิและอิสรภาพของตน ทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพียงเท่าที่มีกำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพสิทธิและอิสรภาพอันควรของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการอันสมควรทางด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย<sup>88</sup>

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากกระทำของฝ่ายปกครอง อาจแบ่งได้เป็นสองขั้นตอน<sup>89</sup> ดังนี้

#### 1) การคุ้มครองในเชิงป้องกัน

การคุ้มครองในเชิงป้องกัน (Prä-ventiver Rechtsschutz) เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในอำนาจบริหารของฝ่ายปกครอง โดยการให้ความคุ้มครองต่อประชาชนก่อนที่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตั้งแต่แรกเริ่มที่มีการรับเรื่อง การสืบสวนหรือการสอบสวนเพื่อรวบรวมข้อมูลข้อเท็จจริง การพิจารณาปรับข้อเท็จจริงที่เป็นอันยุติแล้วกับองค์ประกอบของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ ตลอดจนการวินิจฉัยและการออกนิติกรรมทางปกครอง

<sup>86</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 71-72.

<sup>87</sup> Universal Declaration of Human Rights, Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948. Article 29 (2)

“In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by Matter of Law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”

<sup>88</sup> กระทรวงการต่างประเทศ. (2551). *ปฎิญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights*. เอกสารเผยแพร่กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. หน้า 31.

<sup>89</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 151-152.

## 2) การคุ้มครองในเชิงแก้ไข

การคุ้มครองในเชิงแก้ไข (Re-pressiver Rechtsschutz) เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายหลังที่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ซึ่งได้แก่ การดำเนินการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอีกประการหนึ่ง

### 2.2.3 ระบบของการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

หลักการที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung ; Separation of Power) หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) หรือ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง และ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (dei Gewährleistung persönlicher Grunderchte) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะมีผลใช้บังคับได้จริงก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่มีประสิทธิภาพ<sup>90</sup> การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น สามารถจำแนกได้หลายวิธี<sup>91</sup> เช่น จำแนกกว่าเป็นการควบคุมแบบป้องกันหรือการควบคุมแบบแก้ไข จำแนกตามระยะเวลาของการควบคุมซึ่งได้แก่ การควบคุมก่อนการดำเนินการหรือการควบคุมภายหลังการดำเนินการ หรืออาจ จำแนกตามประเภทขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุม ได้แก่ การควบคุมโดยองค์กรภายในหรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก ในงานนิพนธ์นี้จะจำแนกระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองออกเป็น การควบคุมแบบป้องกัน (Preventive Control) หรือการควบคุมแบบแก้ไข (Corrective Control) ดังนี้

#### 2.2.3.1 การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน<sup>92</sup> หมายถึง การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำทางปกครอง เป็นการควบคุมในระยะเตรียมการ (Prepare) ก่อนที่

<sup>90</sup> วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 86, หน้า 75.

<sup>91</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 11, หน้า 158-159.

<sup>92</sup> หากจำแนกตามระยะเวลา ถือได้ว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบก่อนการดำเนินการ คือ เป็นการควบคุมในขั้นตอนเตรียมการก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง แยกได้เป็น การควบคุมโดยการปรึกษาหารือก่อน การควบคุมโดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมก่อนออกคำสั่ง และการควบคุมโดยการให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงข้อมูล โปรดดู ดิเรก วรรสมาคม, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9, หน้า 128.

เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใดการหนึ่ง ซึ่งอาจแยกออกได้เป็นการควบคุมโดยองค์กรของรัฐ และการควบคุมโดยประชาชน

1) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ

เป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองก่อนจะมีการกระทำทางปกครองโดยองค์กรของรัฐ ซึ่งยังสามารถแยกย่อยออกได้ ดังนี้<sup>93</sup>

1.1) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ทั่วไป เมื่อพิจารณาตามระบบกฎหมายไทยแล้ว องค์กรของรัฐที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันคือ คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 7<sup>94</sup> บัญญัติให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำร่างกฎหมายตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี (Prime Minister) หรือรัฐมนตรี (Minister) ให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างกฎหมายอันเป็นที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองไม่ให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า การให้คำปรึกษาพร้อมทั้งให้ความเห็นทางกฎหมาย ตลอดจนการเสนอข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรี (Council of Ministers) ซึ่งจะเป็นการป้องกันมิให้เกิดข้อผิดพลาด ถือได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะดังที่กล่าวมาเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันโดยองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ทั่วไป<sup>95</sup>

1.2) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง (Specially) เป็นกรณีที่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติกำหนดให้มีคณะบุคคลในรูปแบบคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่หรือให้มีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบในการดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด หรือให้มีอำนาจหน้าที่ให้คำแนะนำหรือให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนั้น ๆ ทั้งนี้ การกำหนดให้มีคณะกรรมการตามกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ เป็นการกำหนดโครงสร้างขององค์กรรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม

<sup>93</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73, หน้า 66.

<sup>94</sup> มาตรา 7 คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) จัดทำร่างกฎหมายกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี หรือมติของคณะรัฐมนตรี
- (2) รับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี
- (3) เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย

<sup>95</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73, หน้า 66-68.

ตรวจสอบเฉพาะเรื่อง<sup>96</sup> เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 8 บัญญัติให้คณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวง<sup>97</sup> และตามมาตรา 10 ทวิ วรรคหนึ่ง<sup>98</sup> กรณีรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคาร เห็นว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวง (Rule) เพื่อแจ้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการยกเลิกหรือแก้ไข เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นว่าคณะกรรมการควบคุมอาคารมีบทบาทหน้าที่ในการตรวจสอบความถูกต้องก่อนการดำเนินการต่าง ๆ ซึ่งเป็นลักษณะของการควบคุมแบบป้องกันโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง

## 2) การควบคุมโดยประชาชน

เป็นการควบคุมแบบป้องกัน โดยให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในชั้นของการพิจารณาของฝ่ายปกครอง วัตถุประสงค์เพื่อมิให้ประชาชนเป็นเพียงวัตถุ (Materials) ของฝ่ายปกครอง เพื่อให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองเข้ามาปกป้องผลประโยชน์ของตน เพื่อให้ฝ่ายปกครองประเมินความต้องการและความรู้สึกของผู้มีส่วนได้เสีย (Interested Person) และเพื่อประสิทธิภาพในการบริหารของฝ่ายปกครอง สามารถทำได้หลายวิธี<sup>99</sup> เช่น

2.1) การควบคุมโดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วม เป็นการควบคุมที่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจของรัฐ ซึ่งสามารถจำแนกการเข้าไปมีส่วนร่วมของบุคคลในกระบวนการตัดสินใจของรัฐได้ตามลักษณะ

ก) การโต้แย้ง โดยการให้โอกาสบุคคลที่อาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำทางปกครองมีสิทธิในการได้รับทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งเพื่อป้องกันสิทธิของตนก่อนที่จะฝ่ายปกครองจะมีกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อตน หลักการให้สิทธิ

<sup>96</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73, หน้า 70-72.

<sup>97</sup> มาตรา 8 เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัยการสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรมและการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร ตลอดจนการอื่นที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>98</sup> มาตรา 10 ทวิ ในกรณีที่รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารเห็นว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นใดที่ออกตามมาตรา 10 (1) ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 8 หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามมาตรา 10 (2) มีข้อกำหนดที่ก่อภาระหรือความยุ่งยากให้แก่ประชาชนเกินความจำเป็นหรือก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิตร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชน ให้รัฐมนตรีมีอำนาจแจ้งให้ราชการส่วนท้องถิ่นนั้นดำเนินการยกเลิกหรือแก้ไขข้อบัญญัติท้องถิ่นดังกล่าวเสียใหม่ได้

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>99</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73, หน้า 74-76.

ในการโต้แย้งนั้น นอกจากจะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of Matter of Law) ที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ ความมุ่งหมายของการโต้แย้งเพื่อให้ผู้มีอำนาจตัดสินใจมีข้อมูลอย่างเพียงพอและเกิดความรอบคอบก่อนการตัดสินใจกระทำหรือใช้มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตามหลักการโต้แย้งดังกล่าวย่อมมีข้อยกเว้นอยู่บ้างบางกรณี เช่น กรณีตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคสอง<sup>100</sup> เป็นต้น

ข) การปรึกษาหารือ เป็นวิธีการมีส่วนร่วมของประชาชนมีความมุ่งหมายต่อตัวบุคคลมีลักษณะคล้ายกับการสอบถามความคิดเห็น แต่การปรึกษาหารือนี้ฝ่ายปกครองมักกระทำโดยการปรึกษาหารือผ่านตัวแทนของกลุ่มบุคคลเป็นหลักวัตถุประสงค์เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถรวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการตัดสินใจกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

ค) การไต่สวนสาธารณะ เป็นกรณีฝ่ายปกครองทำการสอบถามผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง อาจแยกการไต่สวนสาธารณะออกได้เป็นสามลักษณะได้แก่ แบบที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองอันมีลักษณะทั่วไป (Actes réglementaires) แบบที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองโดยแท้ และแบบลักษณะกึ่งพิพาท (quasi-judicial) ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 67 วรรคสอง<sup>101</sup> ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ด้วย

<sup>100</sup> มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของกลุ่ม เจ้าหน้าที่ต้องให้กลุ่มกรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่กลุ่มนั้นเองได้ชี้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้ออกคำสั่งกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>101</sup> มาตรา 67 สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์บำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม

การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน รวมทั้งได้

2.2) การควบคุมโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการ เป็นการให้ประชาชนได้ทราบถึงข้อมูล กิจกรรม และการกระทำในทางปกครองต่าง ๆ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 56<sup>102</sup> พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง<sup>103</sup> ได้บัญญัติรับรองสิทธิได้รู้ (Right to Know) ข้อมูลข่าวสารทางราชการของประชาชน ซึ่งเป็นแก่นสาระสำคัญของสังคมประชาธิปไตยทำให้เกิดความโปร่งใส ประชาชน มีส่วนร่วมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้ ทำให้ประชาชนได้รับความเป็นธรรม

### 2.2.3.2 การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข<sup>104</sup> หมายถึง เป็นการควบคุมภายหลัง (Subsequently) จากที่ฝ่ายปกครอง (Administration) ได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดไปแล้ว เช่นฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งทางปกครองบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งไปแล้ว ดังนั้นการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขจึงเป็นการควบคุมเพื่อตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายต่อบุคคลแล้ว ซึ่งหากการกระทำของฝ่ายปกครองมีข้อผิดพลาดบกพร่องหรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองนั้น ๆ การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข

---

ในห้องการอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากร ธรรมชาติหรือด้านสุขภาพ ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว

<sup>102</sup> มาตรา 56 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

<sup>103</sup> มาตรา 11 นอกจากข้อมูลข่าวสารของราชการที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาแล้วหรือที่จัดไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้แล้วหรือที่มีการจัดให้ประชาชนได้ค้นคว้าตามมาตรา 26 แล้ว ถ้าบุคคลใดขอข้อมูลข่าวสารอื่นใดของราชการ และคำขอของผู้นั้นระบุข้อมูลข่าวสารที่ต้องการในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ตามควร ให้หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้แก่ผู้ขอภายในเวลาอันสมควร เว้นแต่ผู้นั้นขอจำนวนมากหรือบ่อยครั้ง โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

๑๓๑

๑๓๑

<sup>104</sup> หากจำแนกตามระยะเวลา ถือได้ว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบภายหลังดำเนินการ แบ่งได้เป็น การควบคุมภายใน โดยการร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และการควบคุมภายนอก โดยการร้องทุกข์หรือการอุทธรณ์. โปรดดู คู่มือ คกรสมคม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 128.

อาจจำแนกได้สองลักษณะ<sup>105</sup> คือ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

#### 1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง<sup>106</sup> หมายถึง การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองภายหลังที่ได้มีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งลงไปแล้ว เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของตน ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น

1.1) การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือขึ้นไป แยกเป็นการควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา และการควบคุมโดยผู้กำกับดูแล วิธีการนี้เป็นเรื่องโดยทั่วไปที่ในแต่ละองค์กรจะดำเนินการตรวจสอบกันภายในองค์กรนั้น ซึ่งอาจเป็นกรณีผู้บังคับบัญชา (Commander) ในหน่วยงานทำการควบคุม (Control) และตรวจสอบ (Check) การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้การบังคับบัญชา หรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสมของการใช้อำนาจของผู้ใต้การบังคับบัญชา<sup>107</sup>

1.2) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เป็นกระบวนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญ ซึ่งอาจจะสามารถแก้ไขข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองและประชาชนให้หมดสิ้นไปได้ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายสามประการ<sup>108</sup> กล่าวคือ ประการแรก เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน (der Rechtsschutz der Bürgers) ประการที่สอง เพื่อควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง (die Selbstkontrolle der Verwaltung) และประการที่สาม เพื่อลดภาระคดีในศาล (die Entlastung der Gerichte)

1.3) การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ถือว่าเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง เพราะคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท<sup>109</sup> เป็นองค์กรที่อยู่ในโครงสร้างขององค์กรฝ่ายปกครอง หากแต่เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เหตุผลสามประการที่กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขึ้นในฝ่ายปกครอง

<sup>105</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73. หน้า 77-78.

<sup>106</sup> ระบบการการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ได้แก่ การควบคุมบังคับบัญชา (Controle hiérarchique) และการกำกับดูแล (Tutelle administrative). โปรดคู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 86. หน้า 76.

<sup>107</sup> ดิเรก ควรสมาคม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 129.

<sup>108</sup> Friedhelm Hufen.(1994).Verwaltungsprozeßrechts, München. S 77บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73. หน้า 94.

<sup>109</sup> คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5

ได้แก่ ประการแรก การตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเปรียบเสมือนการตรวจสอบในทางข้อเท็จจริงจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (Expert) หากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลจะทำให้การพิจารณา มีความรวดเร็วขึ้น ประการที่สอง หากคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทพิจารณาเห็นว่าเป็นการ ดำเนินการโดยไม่ถูกต้องย่อมมีอำนาจวินิจฉัยแก้ไขให้ถูกต้องก่อนนำเรื่องไปสู่องค์กรศาล อันเป็น การแบ่งเบาภาระของศาล และประการที่สาม การตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (Dispose of the matter in dispute) ไม่มีแบบพิธีที่ยุ่งยากและเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการนำคดีไปฟ้อง ต่อศาล ดังนั้น การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท จึงเป็นกระบวนการควบคุม ภายในฝ่ายปกครองในชั้นสุดท้ายก่อนนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรตรวจสอบภายนอกฝ่าย ปกครอง<sup>110</sup>

นอกวิธีดังกล่าวข้างต้นแล้ว การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง อาจดำเนินการโดยการร้องทุกข์ หรือการร้องเรียนไปยังผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ เหนือกว่าฝ่ายปกครองอีกชั้นหนึ่ง เพื่อให้มีการยกเลิก เพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือการกระทำ ของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบหรือกระทบต่อสิทธิของผู้ร้องทุกข์<sup>111</sup>

## 2) การควบคุม โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

เพื่อให้การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองรัดกุม มีประสิทธิภาพ ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากจะมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองแล้ว ยังมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในอีก รูปแบบหนึ่ง คือระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง<sup>112</sup> ซึ่งมีวิธีการที่สำคัญ ๆ ดังนี้

1) การควบคุมทางการเมือง ในการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทาง ผู้แทน (Representative Democracy) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีย่อมเป็นไปตาม ระบบรัฐสภา (Parliamentary System) กฎหมายรัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้รัฐสภาสามารถควบคุม การบริหารราชการแผ่นดินของรัฐมนตรีได้<sup>113</sup> และโดยที่ถือว่ารัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง<sup>114</sup> องค์กรฝ่ายปกครองจึงอาจถูกตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่โดยผ่าน กระบวนการควบคุมทางการเมือง ซึ่งอาจกระทำได้โดยการควบคุมนโยบายเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายบริหาร

<sup>110</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73, หน้า 123-124.

<sup>111</sup> กิจปติ ก้องเบญจกฤษ, (2558), *หลักกฎหมายมหาชน*, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 105 -107

<sup>112</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

<sup>113</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 86, หน้า 78.

<sup>114</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73, หน้า 141.



จัดทำบริการสาธารณะที่นอกเหนือความต้องการของประชาชน การควบคุมการบริหารทั่วไปซึ่งเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดต่อการจัดทำบริการสาธารณะ เพราะเป็นการกำหนดนโยบายทางกฎหมาย โครงการเงินทุนสาธารณะ (Public funds) และกำลังคนผสมผสานเข้ากัน (Throughput) เพื่อแปรเปลี่ยนออกมาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ และการควบคุมทางการเงินการคลังตามหลักการแห่งการจัดทำงบประมาณ<sup>115</sup> การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองทางการเมือง อาจกระทำได้โดยวิธีการตั้งกระทู้ถาม การเสนอญัตติคว่ำ การใช้กลไกคณะกรรมการ ตลอดจนการขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรี<sup>116</sup>

2) การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยองค์กรอิสระที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน โดยมีอำนาจหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระนั้น ๆ<sup>117</sup>

3) การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ได้แก่ การฟ้องคดีต่อศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี เพื่อขอให้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง<sup>118</sup> การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเป็นวิธีการที่สามารถสร้างความยุติธรรมให้แก่คู่กรณีทุกฝ่ายได้ดีที่สุด และเป็นวิธีสุดท้ายที่จะนำมาซึ่งข้อยุติความขัดแย้งทั้งหลายทั้งปวงได้<sup>119</sup> ทั้งนี้ หลักนิติรัฐเรียกร้องให้การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระ การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการจึงเป็นระบบการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนมากที่สุด เพราะองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้การวินิจฉัยคดี (Adjudication) โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใด ๆ เมื่อมีการฟ้องคดีโดยถูกต้องศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาหรือพิพากษาคดีไม่ได้ วิธีพิจารณาเป็นไปอย่างเปิดเผยให้โอกาสคู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่าง ๆ เข้ามาสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับในการพิจารณาคดีศาลจะต้องให้เหตุผล (Grounds) ประกอบเสมอ การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการจะเป็น

<sup>115</sup> ถาวร เกียรติทับทิว, (2551). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 314.

<sup>116</sup> ดิเรก ควรสมาคม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 129.

<sup>117</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 349-350.

<sup>118</sup> ดิเรก ควรสมาคม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 129.

<sup>119</sup> ถาวร เกียรติทับทิว. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 115. หน้า 328.

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ศาลจะไม่เข้าไปควบคุมความเหมาะสมของการกระทำได้ ซึ่งแตกต่างกับการควบคุมภายในฝ่ายปกครองซึ่งสามารถควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) ความชอบด้วยวัตถุประสงค์ และความเหมาะสมของการกระทำนั้น ๆ<sup>120</sup>

การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการอาจจำแนกตามระบบศาลได้สองระบบ<sup>121</sup> ดังนี้

ก) ระบบศาลเดี่ยว เป็นระบบศาลที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Matter of Law System) ของประเทศอังกฤษ โดยศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภทรวมถึงคดีปกครอง ในระบบศาลเดี่ยวอาจมีการแต่งตั้งศาลชำนาญการพิเศษทำหน้าที่พิจารณาเฉพาะคดีบางประเภท เช่น ศาลภาษีอากร ศาลแรงงาน เป็นต้น แต่ทั้งนี้จะมีศาลสูงสุด (Court of Last resort) เพียงศาลเดียว คือศาลยุติธรรม (Court of Justice)

ข) ระบบศาลคู่ เป็นระบบศาลที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Matter of Law System) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีประเภทอื่น ๆ จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลพิเศษ ที่จัดตั้งขึ้นแยกออกเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมโดยสิ้นเชิง เช่น ศาลปกครอง มีอำนาจพิพากษาคดีปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ และศาลทหาร มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทหารและบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจของกฎหมายฝ่ายทหาร

การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังที่กล่าวมาข้างต้น โดยรวมแล้วอาจกระทำได้สองวิธี คือ การควบคุมโดยกฎหมาย คือ การที่รัฐตรากฎหมายขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ และการควบคุมโดยองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรภายในฝ่ายปกครองหรือองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง<sup>122</sup>

## 2.3 ความหมาย วัตถุประสงค์ หลักการพื้นฐานของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจากกระบวนการ สอบสวนทางวินัย

การกระทำทางปกครองอาจทำให้เกิดความไม่พอใจหรือกระทบต่อสิทธิ (Droit) ประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับการเปลี่ยนแปลงไปของสถานการณ์ ข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย

<sup>120</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 73. หน้า 171-172.

<sup>121</sup> สุริยา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 33-34.

<sup>122</sup> วารี นาสกุล และอัครเดช มณีภาค. (2557). *หลักกฎหมายมหาชน*. นนทบุรี: สำนักพิมพ์สัมปชญัญ. หน้า 131-133.

ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง อันเป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครอง อาจเป็นเหตุปัจจัยให้ฝ่ายปกครองต้องกลับมาทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนที่ได้ออกไป ซึ่งการทบทวนคำสั่งทางปกครอง นั้น ฝ่ายปกครองเองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ริเริ่มทบทวนและเพิกถอนคำสั่งเอง (*ex officio*) หรืออาจเป็นกรณีที่คู่กรณี (Party) อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง<sup>123</sup> ทั้งนี้ เมื่อมีคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบเพื่อให้การกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองเป็นไป ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดกระทบต่อสิทธิของบุคคลใด ย่อมเป็นการสมควรที่บุคคลนั้นจะมีสิทธิและ โอกาสโต้แย้ง (Contend) หรือร้องขอให้ฝ่ายปกครองได้ทบทวนการกระทำทางปกครอง<sup>124</sup>

โดยหลักการแล้ว การโต้แย้งคำสั่งทางปกครองสามารถกระทำได้โดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง และการดำเนินการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง<sup>125</sup> จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความหมาย วัตถุประสงค์ (Object) หลักการพื้นฐาน และประเภทของการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

### 2.3.1 ความหมายและลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น มีความหมายตลอดจนมีลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่สำคัญ ดังนี้

#### 2.3.1.1 ความหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หมายถึง วิธีทางตามกฎหมายที่มีการเปิดโอกาสให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสดำเนินการโต้แย้งถึงสถานภาพ (Status) อันใดอันหนึ่ง ซึ่งเป็นการร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย<sup>126</sup> เป็นกระบวนการควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ตามกฎหมายมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมของการออกคำสั่งทางปกครอง

<sup>123</sup> วิษณุ วรรณุญ ปิยะศาสตร์ ไชวพันธ์ และ เจตน์ สถาวรศิลป์. (2551). *ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 198.

<sup>124</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 77*. หน้า 367.

<sup>125</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 169.

<sup>126</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง. (2532). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 23.

นอกจากความหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามความหมายโดยทั่วไปแล้ว ยังมีความหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบางประเภทที่ได้กำหนดความหมายไว้เป็นการเฉพาะ ได้แก่

1) การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย หมายถึง การที่ข้าราชการพลเรือนผู้ถูกลงโทษทางวินัยมีสิทธิร้องขอให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายได้ยกเรื่องขึ้นพิจารณาใหม่ ในทางที่เป็นคุณแก่ตน<sup>127</sup>

2) การอุทธรณ์ (Appeal) หมายถึง วิธีการอย่างหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมในการบริหารงานบุคคล (Personnel Administration) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ถูกลงโทษทางวินัยได้มีช่องทางร้องขอ รับความยุติธรรมจากการพิจารณาโดยองค์กรหรือบุคคลผู้มีอำนาจหน้าที่เหนือผู้สั่งลงโทษทางวินัยอีกชั้นหนึ่ง<sup>128</sup>

ดังนั้น การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จึงหมายความรวมถึง วิธีทางตามกฎหมายอันเป็นขั้นตอนภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครอง (Order Administrative) ที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการโต้แย้ง หรือคัดค้านในสิ่งที่ผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วย ต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เพื่อขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือองค์กรหรือผู้มีอำนาจเหนือได้ยกเรื่องขึ้นพิจารณาใหม่ในทางที่เป็นคุณแก่ผู้อุทธรณ์

### 2.3.1.2 ลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว ลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง สามารถจำแนกได้ดังนี้

1) ลักษณะเป็นการร้องขอให้มีการทบทวนคำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นการร้องขอให้มีการทบทวนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นวิธีการควบคุมภายในฝ่ายปกครองแบบแก้ไขวิธีการหนึ่ง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาทบทวนและแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องเหมาะสม เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือนเสียหาย (Remedy) ของคู่กรณีซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยขององค์กร

<sup>127</sup> สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม. (2551). *คู่มือการพิจารณาอุทธรณ์และร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เล่ม 1*. นนทบุรี: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หน้า 1.

<sup>128</sup> ประวิณ ฒ นคร. (2551). *พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานข้าราชการพลเรือน. หน้า 156.

ตุลาการ อีกทั้ง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอาจเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการจะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ<sup>129</sup>

## 2) ลักษณะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์มีลักษณะในลักษณะที่เป็นประโยชน์ (Adverse) ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เป็นการร้องเรียนคัดค้านหรือโต้แย้งคำสั่งของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต่อผู้มีอำนาจว่าปฏิบัติไม่ถูกต้อง ไม่ยุติธรรม (Cause an Injustice to) หรือไม่เหมาะสม และขอให้มีการแก้ไข การอุทธรณ์และการพิจารณาอุทธรณ์จึงมิได้มุ่งไปในทางที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์อันดีต่อกัน แต่เป็นการคัดค้านหรือโต้แย้งในลักษณะเผชิญหน้ากัน<sup>130</sup>

### 2.3.2 วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองได้ทำการพิจารณาทางปกครองและได้มีคำสั่งทางปกครองไปแล้ว อาจมีบางกรณีที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม กฎหมายที่เกี่ยวข้องขั้นตอนการพิจารณาทางปกครองจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ฝ่ายปกครองได้ทบทวนคำสั่งทางปกครอง (la révision de l'acte administratif édicté) โดยในชั้นการทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้น อาจมีการทบทวนทั้งความชอบด้วยกฎหมาย (légalité) และความเหมาะสม (l'opportunité) ของการออกคำสั่งทางปกครอง<sup>131</sup> การทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีวัตถุประสงค์สามประการ ดังนี้

#### 2.3.2.1 การให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชน

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง และขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ได้ทำการทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพื่อเยียวยาผลกระทบที่เกิดแก่ตน

เมื่อพิจารณาตามนัยวัตถุประสงค์นี้แล้ว การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจึงเป็นกระบวนการที่กำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ (Object) เพื่อคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชนเพื่อที่จะสามารถแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดจากผลกระทบของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดบกพร่องได้เร็วกว่ากระบวนการทางศาล เพราะกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

<sup>129</sup> สุริยา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 99.

<sup>130</sup> สำนักกฎหมายปกครอง. (2555). *งานวิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 2(15).

<sup>131</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2544). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 37.

มีขั้นตอน การพิจารณาที่เรียบง่าย รวดเร็ว และมีความยืดหยุ่น สามารถที่จะอำนวยความสะดวกเป็นธรรมชาติให้แก่ผู้เกี่ยวข้องในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม เป็นการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชน (protection juridique des administrés)

### 2.3.2.2 การส่งเสริมการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง

การออกคำสั่งทางปกครองในบางกรณีโดยเฉพาะเรื่องที่มีความยุ่งยากและซับซ้อน โดยเฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีภาระหน้าที่งานจำนวนมาก ตลอดจนต้องปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จโดยเร็ว ซึ่งอาจเกิดการผิดพลาดได้ ไม่ว่าจะข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย (légalité) หรือความเหมาะสม (l'opportunité) สอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 28<sup>132</sup> ดังนั้น การที่ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้ใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองจึงเป็นโอกาสที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะได้ดำเนินการตรวจสอบการใช้อำนาจของตน หากเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่เหมาะสมอย่างไรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมสามารถที่จะดำเนินการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้เอง ซึ่งการทบทวนคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง หรืออาจกระทำโดยเจ้าหน้าที่ชั้นเหนือขึ้นไปที่ทำหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองก็ได้ ถือว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการส่งเสริมการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง (autocontrôle de l'administration)

### 2.3.2.3 การแบ่งเบาภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง หรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และได้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามคำขอของคู่กรณีแล้ว มีผลเป็นการช่วยคลี่คลาย และลดจำนวนข้อพิพาทหรือคดีที่จะขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลได้ เนื่องจากข้อพิพาททั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ระงับลงในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองพิจารณาแล้ว มีผลเป็นการแบ่งเบาภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (decision combrement des juridictions)

## 2.3.3 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การควบคุมตรวจสอบการกระทำปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากจะพิจารณาและคำนึงหลักการพื้นฐานของการกระทำทางปกครอง และหลักการเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ดังนี้

<sup>132</sup> มาตรา 28 ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี

### 2.3.3.1 หลักนิติธรรมเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของคำว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Matter of Law)” ไว้เพียงว่า หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย โดยไม่ได้ให้คำอธิบายความหมายแต่อย่างใด จึงยังไม่กระจ่างชัดว่า หลักนิติธรรม คืออะไร หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่ว่ามีอะไรบ้าง แล้วการปฏิบัติอย่างไร จึงจะถือได้ว่าถูกต้องและเป็นไปตามหลักนิติธรรม<sup>133</sup>

เพลโต (Plato 429-348 BC) นักปราชญ์ชาวกรีก เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุด คือ การปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายเพลโตก็ไม่สามารถหาคนที่มีความสมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายของชีวิตเพลโตจึงหันมาให้ความสำคัญกับกฎหมาย โดยเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังอาจจะมีทางทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน<sup>134</sup>

อริสโตเติล (Aristotle 384-322 BC) ศิษย์เอกของเพลโต ได้นำแนวความคิดของเพลโตมาขยายความต่อ โดยเสนอว่า “การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม (...the rule of Matter of Law,... is preferable to that of any individual.) และการปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น (Rule of Matter of Law implies that every citizen is subject to the Matter of Law.)”<sup>135</sup>

ไดซี่ (Professor A.V. Dicey 1835-1922 B.C.) เห็นว่า นิติธรรมจะต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา โดยมีเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญว่า บุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย และต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the Ordinary Matter of Law of the land) โดยบรรดาศาลทั้งหลาย (Ordinary court) จะเป็นผู้ซึ่งรักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมย่อมปฏิเสธหลักทั้งหลายที่ยกเว้นให้บรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพต่อกฎหมาย และบุคคลย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการใดอันกฎหมายกำหนดเป็นความผิด<sup>136</sup>

<sup>133</sup> ชานินทร์ กรีชัยเชียร. (2552). *หลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หน้า 2.

<sup>134</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. (2548). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 110-115.

<sup>135</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2541). *หลักนิติธรรม ในรบบบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์จารย์สัญญา ธรรมศักดิ์*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 23.

<sup>136</sup> วรเจตน์ ภาคิรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ใน รบบบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-Matter of Law.net](http://www.pub-Matter of Law.net)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 441-442.

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดของนักปราชญ์ดังกล่าวข้างต้น ประกอบเข้าด้วยกันแล้ว หลักนิติธรรม (The Rule of Matter of Law) จึงหมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องไม่กระทำการฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม<sup>137</sup> ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการก่อตั้งและพัฒนาโดยนักกฎหมายชาวอังกฤษที่ชื่อ A.V. Dicey ผู้ที่เป็นนักกฎหมายมีอิทธิพลต่อประเทศที่อยู่ในกลุ่มกฎหมายจารีตประเพณี (Common Matter of Law System)<sup>138</sup> โดยสำหรับ A.V. Dicey แล้ว หลักนิติธรรมเป็นผลผลิตขององค์ประกอบสามประการ<sup>139</sup> ดังนี้

ประการแรก หลักความชอบด้วยกฎหมาย คือ การที่รัฐยอมรับความเป็นสิ่งสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of Matter of Law) โดยกฎหมายจะเป็นกรอบให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ใช่อำนาจโดยอำเภอใจ

ประการที่สอง หลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (Equality before the Matter of Law) ไม่ว่าจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ หรือราษฎรทั่วไป ด้วยหลักการนี้ จึงไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายปกครองและศาลปกครองในประเทศอังกฤษ และ

ประการที่สาม เสรีภาพขั้นพื้นฐานจะได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการผ่านการพิจารณาตัดสินคดี

เมื่อนำหลักนิติธรรม (The Rule of Matter of Law) มาเป็นหลักในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว ในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง สิทธิของผู้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง วิธีการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ตลอดจนการดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ<sup>140</sup>

<sup>137</sup> คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม ในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. (2557). *หลักนิติธรรม The Rule of Matter of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม. หน้า 13-16.

<sup>138</sup> อักษราทร จุฬารัตน์. (2552). *บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย ในนิติรัฐในสังคมไทย*. กรุงเทพฯ : สถาบันสัญญาธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 40.

<sup>139</sup> โปรดปราน วัฒนศิริธรรม เปริการ์ค. (2557). *นิติรัฐ-นิติธรรม มีความแตกต่างกันระหว่างสองแนวความคิดนี้หรือไม่. กฎปฏิภาณ, 9 (2)*. หน้า 23.

<sup>140</sup> สำนักกฎหมายปกครอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 130. หน้า 2(16).



### 2.3.3.2 หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ตามนัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice Principles) นั้นในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง นอกจากจะต้องคำนึงถึงหลักการกระทำทางปกครองต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว องค์กรผู้ใช้อำนาจในการตรวจสอบยังต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องของการกระทำทางปกครองกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติด้วย ทั้งนี้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนามาจากคำพิพากษาของศาล โดยในระยะแรกหลักการนี้มีผลบังคับต่อคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ ต่อมาได้มีการนำหลักการนี้ไปใช้บังคับกับองค์อื่น ๆ ที่ใช้อำนาจวินิจฉัยกระทบต่อสิทธิของประชาชน<sup>141</sup> และปัจจุบันได้ขยายขอบเขตมาเป็นหลักที่ใช้ควบคุมคำวินิจฉัยขององค์กรที่ไม่ใช่องค์กรตุลาการ<sup>142</sup> แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Matter of Law System) โดยนักกฎหมายอังกฤษได้รับอิทธิพลของแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติจากกฎหมายของพระ (Canon Matter of Law) และศาลสูงอังกฤษได้สร้างหลักกฎหมายวิธีพิจารณาที่ถูกต้องและยุติธรรมจากแนวความคิดของกฎหมายตามธรรมชาติเรียกว่า หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติประกอบด้วยหลักการที่สำคัญสามประการ<sup>143</sup> ดังนี้

1) หลักบุคคลไม่อาจเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีของตนเอง (*Nemo iudex in resua.*) หรือหลักความไม่เป็นอคติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (The Rule Against Bias) หรือหลักการไม่มีส่วนได้เสีย การมีส่วนได้เสียตามหลักนี้ อาจแยกพิจารณาได้เป็นการมีส่วนได้เสียทางการเงิน ซึ่งการมีส่วนได้เสียทางการเงินที่จะทำให้ขาดคุณสมบัตินั้น ต้องเป็นการมีส่วนได้เสียทางการเงินโดยตรง ในกรณีการพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรกลุ่ม การมีส่วนได้เสียของกรรมการเพียงคนเดียว แม้ว่าจะไม่กระทบต่อเสียงข้างมาก ย่อมมีผลทำให้คำวินิจฉัยขององค์กรกลุ่มขัดกับหลักการนี้ เนื่องจากสาธารณชนไม่อาจทราบได้ว่ากรรมการผู้มีส่วนได้เสียนั้นมีอิทธิพลต่อกรรมการคนอื่น ๆ หรือไม่<sup>144</sup>

<sup>141</sup> S.A.de'Smith, *Constitutional and Administrative Matter of Law*, 3<sup>th</sup> ed. (Great Britain : Penquin Book), page. 569.

อ้างใน สุทธาทิพย์ นาคาบตี. (2536). *การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษของข้าราชการพลเรือน*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 68.

<sup>142</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 68.

<sup>143</sup> สุรพันธ์ ธีรบุญารณ. (2538). *ความยุติธรรมตามธรรมชาติกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*. *ตุลพาห*, 42(4). หน้า 135.

<sup>144</sup> T.C.H.Hartlay and J.A.C.Griffith. (1981). *Government and Matter of Law* 2<sup>nd</sup> ed. London : Weidenfeld and Nichoson. page. 346. อ้างถึงใน สุทธาทิพย์ นาคาบตี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 70.

ในการพิจารณาทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียหรือมีอคติในเรื่องที่ดำเนินการ จะทำให้เจ้าหน้าที่มีอคติในประเด็นที่ทำการวินิจฉัยและขาดคุณสมบัติของการเป็นผู้พิจารณา และวินิจฉัย (Try and Adjudicate) ประเด็นนั้น เพราะเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนได้เสียย่อมไม่อาจที่จะวินิจฉัย อย่างเป็นกลางได้ ทั้งนี้ ศาลอังกฤษ ได้แบ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้พิจารณา และวินิจฉัยดังนี้<sup>145</sup>

1.1) การมีส่วนได้เสียในผลของคำวินิจฉัย ย่อมมีผลทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยได้อย่างเป็นกลาง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสีย ในผลของคำวินิจฉัย จึงขาดคุณสมบัติ (Lack the Qualification) ที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย เรื่องนั้น ๆ

1.2) สถานการณ์ที่อาจทำให้เห็นว่าอาจเกิดอคติ (Bias) อาจเกิดขึ้นได้หลาย ๆ กรณี เช่น ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับคู่กรณีหรือผู้ที่เข้ามา เกี่ยวข้องกับการพิจารณาและวินิจฉัย ได้แก่ ความเป็นญาติพี่น้อง (Kin) ความเป็นเพื่อนหรือเป็นศัตรู หรือความสัมพันธ์ (Relationship) ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับประเด็นที่จะพิจารณาและวินิจฉัย สถานการณ์ดังที่กล่าวมาข้างต้นย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยได้ เนื่องจากมีอคติกับเรื่องที่ต้องพิจารณาและวินิจฉัย

ข้อยกเว้นของหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แบ่งได้เป็นสามกรณี ดังนี้<sup>146</sup>

1.2.1) กรณีมีความจำเป็น ในการพิจารณาทางปกครอง ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีส่วนได้เสีย (Interest) หรือมีอคติ (Likelihood of Bias) เป็นเจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวที่กฎหมายให้มีอำนาจวินิจฉัย หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยทุกคน อาจจะมีอคติ ซึ่งจำเป็นต้องยินยอมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัย เพราะการบังคับใช้หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในกรณีนี้จะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการ (Proceedings) ให้เป็นไปตามกฎหมาย

1.2.2) กรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีส่วนได้เสียมีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัย หรือบัญญัติให้คำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ที่อาจจะมีอคติ เป็นคำวินิจฉัยที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติยกเว้น (with the exception of) หลักความมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ศาลอังกฤษจะยอมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่

<sup>145</sup> สุรพันธ์ อรรถนารถ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143. หน้า 139-140.

<sup>146</sup> สุรพันธ์ อรรถนารถ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143. หน้า 140-141.

อาจจะมีส่วนได้เสียเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยได้ เมื่อกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้โดยชัดแจ้ง และจะตีความบทบัญญัติที่ยกเว้นโดยเคร่งครัดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

1.2.3) กรณีที่ผู้ถูกระทบสิทธิได้สละสิทธิในการที่จะคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจมีส่วนได้เสีย (Interest) ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจมีส่วนได้เสียสามารถพิจารณาและวินิจฉัยทางปกครองต่อไปได้ ในกรณีนี้บุคคลผู้ถูกระทบสิทธิต้องทำการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจมีส่วนได้เสียโดยทันทีที่มีสิทธิคัดค้าน ถ้าบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิปล่อยให้การพิจารณาดำเนินการต่อไปโดยไม่คัดค้าน กฎหมายอังกฤษจะถือว่าบุคคลนั้นได้สละสิทธิในการคัดค้านแล้ว

ทั้งนี้ การสละสิทธิ (Waive the right) ในการคัดค้านมีผลทำให้บุคคลผู้สละสิทธินั้นไม่อาจนำคดีไปฟ้องต่อศาล เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่าการพิจารณาและวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>147</sup>

กล่าวโดยสรุป หลักบุคคลไม่อาจเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีของตนเอง (*Nemo iudex in resua.*) หรือหลักความไม่เป็นอคติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (The Rule Against Bias) หรือหลักการไม่มีส่วนได้เสีย เป็นหลักที่ใช้ควบคุมมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่โดยมีอคติ ซึ่งการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอคติหรือไม่ ต้องคำนึงถึงความรู้สึกของบุคคลทั่วไป แม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการแล้วก็ตาม แต่หากบุคคลทั่วไปเห็นว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองน่าจะมียศต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่ควรที่จะทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ<sup>148</sup>

2) หลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (*Audi Alteram Partem*) หรือหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิ ในการพิจารณาและวินิจฉัยทางปกครองประเด็นเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้รู้ถึงข้อกล่าวหาหรือข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายต่อตน ตลอดจนคำปฏิเสธหรือคำกล่าวแก้ข้อเท็จจริงของอีกฝ่ายหนึ่ง จะรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งลับหลังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้มีโอกาสโต้แย้งไม่ได้ ตามนัยของหลักการนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่ถูกระทบสิทธิด้วยวาจา แต่ในบางกรณีอาจดำเนินการให้ชี้แจงข้อเท็จจริงเป็นหนังสือก็เป็น การเพียงพอแล้ว<sup>149</sup>

<sup>147</sup> สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 71.

<sup>148</sup> นายมนูญ สะมาลา. (2539). *ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาวินัยข้าราชการครู*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 62.

<sup>149</sup> สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 71.

หลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (*Audi Alteram Partem*) หรือหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้ที่ถูกกระทบสิทธิ เป็นหลักการที่มีความยืดหยุ่น ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในแต่ละเรื่อง ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาและวินิจฉัยประเด็นที่บุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาทางปกครองเรื่องนั้น ๆ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องนำหลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่งมาใช้อย่างเคร่งครัดยิ่งกว่ากรณีที่มีบุคคลฝ่ายเดียวเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยหลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่งต้องการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามข้อเรียกร้องดังนี้<sup>150</sup>

2.1) การแจ้งคำบอกกล่าว หลักการรับฟังข้อเท็จจริงเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งคำบอกกล่าว (Notification) ให้แก่บุคคลผู้ที่จะถูกกระทบสิทธิ เพื่อให้เขาจะได้มีโอกาสเตรียมตัวหาข้อเท็จจริง (Matter of Fact) หรือพยานหลักฐาน (Evidence) ที่ต้องใช้ในการชี้แจงข้อเท็จจริงแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง<sup>151</sup> ดังนั้น คำบอกกล่าวจึงต้องแจ้งให้บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิได้ทราบถึงข้อมูลต่าง ๆ อย่างเพียงพอ และคำบอกกล่าวจะต้องมีข้อความที่ชัดเจนและต้องแจ้งเวลาและสถานที่ที่จะรับฟังข้อเท็จจริง ในการแจ้งคำบอกกล่าวนั้นจะต้องให้เวลาแก่บุคคลผู้ที่จะถูกกระทบสิทธิ (Interested Person) ในการเตรียมตัวหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ รวมทั้งการแจ้งข้อกล่าวหาทางไปรษณีย์ให้ผู้จะถูกกระทบสิทธิทราบซึ่งถือว่าเป็นการให้โอกาสแก่ผู้ถูกกระทบสิทธิในการที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย

2.2) การรับฟังข้อเท็จจริง (Admissibility) ในการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธินั้น โดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้จะถูกกระทบสิทธิด้วยวาจา แต่ในบางสถานการณ์การให้บุคคลผู้ที่จะถูกกระทบสิทธิได้ทำหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงก็อาจถือได้ว่าเป็นการเพียงพอแล้ว ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้บุคคลที่ถูกกระทบสิทธิชี้แจงข้อเท็จจริงเป็นลายลักษณ์อักษร (In Writing) แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเปิดโอกาสให้บุคคลผู้จะถูกกระทบสิทธิได้แก้ออกกล่าวหาหรือให้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างเพียงพอ ทั้งนี้ บุคคลผู้ที่จะถูกกระทบสิทธิอาจจะมิใช่ผู้แทนหรืออาจจะมิใช่ทนายความเพื่อดำเนินการในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแทนได้ในบางกรณี โดยศาลอังกฤษจะยินยอมให้บุคคลผู้ที่จะถูกกระทบสิทธิมิใช่ผู้แทนหรือทนายความ ในกรณีที่สิทธิของบุคคลนั้นจะถูกกระทบอย่างร้ายแรงหรือเมื่อประเด็นที่จะวินิจฉัยมีความยุ่งยากและซับซ้อน

<sup>150</sup> สุรพันธ์ อรรถนารถ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143. หน้า 141-143.

<sup>151</sup> D. Foulkes. (2538). *Administrative Matter of Law 5<sup>th</sup> ed.* London : Butterworths. page.228 อ้างถึงใน สุรพันธ์ อรรถนารถ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143. หน้า 142.

หลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (*Audi Alteram Partem*) นั้น เป็นหลักการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการพิจารณาและวินิจฉัยในเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล แต่หลักการนี้ก็มีข้อยกเว้นที่ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องดำเนินการตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริงในการพิจารณาและวินิจฉัย ได้แก่<sup>152</sup>

2.2.1) ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงเอาไว้ กฎหมายบางฉบับได้บัญญัติว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้ที่จะถูกกระทบสิทธิก่อนที่จะวินิจฉัย แต่ศาลอังกฤษจะยอมรับบทบัญญัติที่ยกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติยกเว้นการรับฟังไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ เพราะหลักการรับฟังข้อเท็จจริงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (*Common Matter of Law*)<sup>153</sup> แต่ในบางกรณีสามารถจะสรุปบทบัญญัติของกฎหมายได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้รับฟังข้อเท็จจริงก่อนที่จะวินิจฉัย ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้รับฟังข้อเท็จจริงในชั้นพิจารณาอุทธรณ์หรือกรณีที่สามารสรุปได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้รับฟังข้อเท็จจริงในการพิจารณาและวินิจฉัยเบื้องต้น

2.2.2) ในกรณีที่จะต้องทำการพิจารณาและวินิจฉัยโดยรีบด่วนเพื่อรักษาความปลอดภัย และเพื่อความสงบสุขของสาธารณชน (*Public Peace*) เช่น การวินิจฉัยเพื่อสั่งยึดหรือทำลายพืชหรืออาหารที่เป็นพิษต่อสุขภาพของผู้บริโภคจะต้องวินิจฉัยโดยรีบด่วน สถานการณ์ที่ต้องวินิจฉัยโดยรีบด่วนทำให้ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริง<sup>154</sup>

2.2.3) ในกรณีที่การวินิจฉัยในชั้นเตรียม (*Prepare*) ที่ยังไม่มียผลกระทบต่อสิทธิ การวินิจฉัยว่าจะฟ้องร้องหรือจะดำเนินการพิจารณาสอบสวนที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิ ไม่ต้องแจ้งกล่าวหา (*Grievance*) หรือแจ้งพยานหลักฐาน (*Evidence*) ให้บุคคลผู้จะถูกฟ้องร้องหรือสอบสวนทราบ แม้ว่าคำวินิจฉัยนั้นจะก่อให้เกิดผลร้ายก็ตาม เพราะการพิจารณาและวินิจฉัยในชั้นเตรียมหรือการพิจารณาและวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงมีมูลพอที่จะดำเนินการสอบสวนหรือไม่นั้นบุคคลผู้จะถูกกระทบสิทธิมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหาและพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา และมีโอกาสที่จะให้ข้อเท็จจริง (*Matter of Fact*) ในการพิจารณาที่จะเกิดขึ้นภายหลัง<sup>155</sup>

<sup>152</sup> สุรพันธุ์ อรรถนารถ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143, หน้า 143-144.

<sup>153</sup> D.C.M. Yardley, (2538). *Principle of Administrative Matter of Law*. London : Butterworths, page.102. อ้างถึงใน สุรพันธุ์ อรรถนารถ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143, หน้า 143.

<sup>154</sup> H.W.R. Wade, (1971). *Administrative Matter of Law* 3<sup>rd</sup> ed. Oxford : Clarendon Press, page. 465. อ้างถึงใน สุรพันธุ์ อรรถนารถ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143, หน้า 143.

<sup>155</sup> D. Foulkes, (1982). *Administrative Matter of Law* 5<sup>th</sup> ed. London : Butterworths, page. 238 อ้างถึงใน สุรพันธุ์ อรรถนารถ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143, หน้า 144.

2.3) หลักการต้องให้เหตุผล แนวความคิดในเรื่อง “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Matter of Law) จะต้องประกอบด้วย เหตุผลซึ่งมีอยู่แล้ว โดยธรรมชาติ จอห์น ล็อก (John Locke) นักปราชญ์ชาวอังกฤษ ได้กล่าวว่า รัฐทั้งหลายในธรรมชาติย่อมมีกฎแห่งธรรมชาติปกครองอยู่ซึ่งผูกพันบุคคลทุกคนด้วยเหตุและผล อันได้แก่ กฎหมายที่ทำให้มนุษย์มีความเท่าเทียมกัน และมีอิสรภาพ จะไม่มีใครได้รับอันตรายแก่ชีวิต แก่เสรีภาพ (Liberty) หรือแก่ทรัพย์สินจากบุคคลอื่น ซึ่งนับแต่บัดนั้นเป็นต้นมา ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติจึงมีส่วนสำคัญในการก่อตั้งหลักแห่งสิทธิและเสรีภาพ ก่อให้เกิดการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นระบบการปกครองด้วยเหตุผลและความถูกต้องชอบธรรม (Accuracy) ตรงตามหลักการของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ<sup>156</sup> ทั้งนี้ หลักการต้องให้เหตุผลสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>157</sup>

2.3.1) หลักการวินิจฉัย ในการวินิจฉัย (Adjudication) มิใช่เป็นเพียงการพิเคราะห์หาเหตุผลหรือวินิจฉัยเหตุผลในทางข้อเท็จจริงเท่านั้น จะต้องประกอบด้วย หลักกฎหมาย ความคิดเห็น และแนวความคิดที่ขัดแย้งด้วย โดยจะต้องให้เหตุผลในการวินิจฉัยอย่างกระจ่างแจ้งและรัดกุม ดังนั้น ในการวินิจฉัยจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายว่าควรเชื่อหรือไม่ ด้วยเหตุผลอะไร และหลักกฎหมายที่จะยกขึ้นปรับใช้ในการวินิจฉัยนั้น สมควรเป็นประการใด และเพราะเหตุใด

2.3.2) เหตุผลในการวินิจฉัย การวินิจฉัยโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานด้วยสติปัญญา ไหวพริบ และปฏิภาณ ตลอดจนเหตุผลในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงที่จะต้องใช้ความละเอียดถี่ถ้วนในการพิจารณาพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่าย ประกอบกับจะต้องยกเหตุผลมาปรับให้ถูกต้องและสมเหตุผลอย่างชัดเจนให้เกิดเป็นความยุติธรรม (Justice) และชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะในการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาท ถ้าเป็นข้อกฎหมายควรจะอ้างด้วยบทกฎหมายหรือตัวอย่างที่เป็นแบบอย่างหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายอ้างอิงไว้ด้วย ถ้าคำวินิจฉัยประกอบด้วยเหตุผลและการอ้างอิงดังกล่าว การให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเป็นเรื่องสำคัญเพื่อให้คู่กรณีทราบเหตุผลว่า เพราะเหตุใด เพื่อให้คู่กรณีมีความเลื่อมใสและเป็นบรรทัดฐานต่อไป ทั้งนี้ เหตุผลในการวินิจฉัยต้องพิจารณาทั้งในรูปแบบและเนื้อหาแห่งเหตุผล ในส่วนของรูปแบบจะต้องใช้ภาษาที่ถูกต้องสละสลวย ส่วนในเนื้อหาเหตุผลจะต้องมีความชัดเจน ไม่เคลือบคลุม สอดคล้องต้องกัน และไม่ขัดต่อสามัญสำนึก

<sup>156</sup> วิชามหาคุณ. (2534). *การใช้เหตุผลทางกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ. หน้า 28-29.

<sup>157</sup> สุรพันธ์ อรัญนารถ. (2538). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143. หน้า 144-145.

หลักความยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ประกอบด้วยหลักการสำคัญ ๆ ดังนี้

1) หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป และมีค่าบังคับเสมอเหมือนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทุกประการ องค์การต่าง ๆ ของรัฐต้องเคารพและต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วน ประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ สามประการได้แก่ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow sense)<sup>158</sup>

เมื่อนำหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาปรับใช้กับกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว จะปรากฏผลดังนี้

1.1) มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมามีบังคับแก่ประชาชน ต้องเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้เกิดขึ้นจริง ๆ ในทางปฏิบัติ

1.2) มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมามีบังคับแก่ประชาชน ต้องเป็นมาตรการที่มีความจำเป็น (Necessity) แก่การดำเนินการเพื่อให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

1.3) มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมามีบังคับแก่ประชาชน ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Damage) ให้แก่เอกชนและหรือสังคมโดยส่วนรวม

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์และความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ ทั้งยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามไม่ให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Willkuerverbot) นอกจากนั้นยังเป็นหลักในการที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย<sup>159</sup>

หากนำหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาใช้กับการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย จะต้องพิจารณาตามตัวบทกฎหมายว่าการกระทำผิดอย่างใดถือว่าเป็นความผิดวินัยฐานใด โดยต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิด (Fault element) ตามที่กฎหมายกำหนดว่าการกระทำนั้น ๆ เป็น

<sup>158</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 90. หน้า 68-69.

<sup>159</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 84. หน้า 32.

กระทำที่ครอบงำประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ถ้าไม่มีบทกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด หรือมีกฎหมายกำหนดเป็นความผิดแต่การกระทำนั้นไม่ครอบงำประกอบความผิด การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดทางวินัย แต่หากการกระทำนั้นครอบงำประกอบที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้ว การพิจารณาโทษทางวินัยต้องปรับบทความผิดไปตามความผิดนั้น ๆ <sup>160</sup>

2) หลักมโนธรรม (Morality) คือ การพิจารณาโดยมีสติสัมปชัญญะ<sup>161</sup> การพิจารณาทบทวนให้รอบคอบโดยคำนึงถึงความเป็นจริง และความถูกต้องตามเหตุผลที่ควรจะเป็น เพื่อความถูกต้องและเป็นธรรม<sup>162</sup>

การใช้หลักมโนธรรมในการพิจารณาวินัยอุทธรณ์เป็นการใช้วิจารณญาณ ทบทวนอย่างรอบคอบ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความเป็นจริงและความถูกต้องเหมาะสมตามเหตุผลใน สภาพการณ์นั้น ๆ โดยอาศัยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานแวดล้อม (Circumstantial Evidence) ประกอบ ซึ่งในการพิจารณาวินัยอุทธรณ์จะต้องใช้หลักนี้ควบคู่ไปกับหลักความได้สัดส่วน จึงจะทำให้การ พิจารณามีความถูกต้องยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม หากในชั้นพิจารณาวินัยอุทธรณ์ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้อุทธรณ์ทำผิดจริง แต่ควรได้รับโทษน้อยกว่าโทษที่ได้รับอยู่ ผู้พิจารณาวินัยอุทธรณ์อาจจะไม่นำ หลักมโนธรรมมาใช้ เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องดุลพินิจในการกำหนดระดับโทษของผู้มีอำนาจ เว้นแต่ เป็นกรณีข้อเท็จจริงปรากฏอย่างชัดเจนแสดงถึงเจตนาสุจริตของผู้อุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยว่า มิได้มีเจตนาที่จะทำความผิดวินัยตามที่ถูกลงโทษ ผู้พิจารณาวินัยอุทธรณ์จึงจะยกหลักมโนธรรมขึ้น พิจารณาประกอบ<sup>163</sup>

กรณีตัวอย่างการใช้หลักมโนธรรมในการพิจารณาวินัยอุทธรณ์ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่การเงินรับเงินค่าธรรมเนียม (Costs) ได้รับเงินค่าธรรมเนียมและออกใบเสร็จ ไว้แล้ว ไม่นำส่งเป็นรายได้ของหน่วยงานโดยอ้างว่าหลงลืม ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าเจ้าหน้าที่ราย ดังกล่าวไม่ได้เก็บเงินไว้ที่สำนักงาน ย่อมแสดงให้เห็นว่าได้เอาเงินที่รับมานั้น ไปปนอยู่กับเงินของ ตนบ้าง ถ้าพิจารณาตามหลักนิติธรรม (Rule of Matter of Law) อย่างเคร่งครัดแล้วถือได้ว่า พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวย่อมครอบงำอันเป็นความผิดฐานทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ ราชการ แม้จะได้นำเงินจำนวนดังกล่าวมาคืนก็ตาม แต่ถ้าได้นำหลักมโนธรรมมาประกอบพิจารณา

<sup>160</sup> สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 76.

<sup>161</sup> ส่วนบริหารงานบุคคล สำนักบริหารราชการส่วนท้องถิ่น. (2545). *คู่มือการดำเนินการทางวินัยพนักงานส่วน ท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย. หน้า 98.

<sup>162</sup> สำนักมาตรฐานวินัย. (2549). *คู่มือการดำเนินการทางวินัย*. นนทบุรี : กลุ่มโรงพิมพ์ สำนักบริหารกลางสำนักงาน ก.พ.. หน้า 90.

<sup>163</sup> สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 78.



ตามข้อเท็จจริง ดังกล่าวข้างต้น ก่อนที่จะพิจารณาในเรื่องความผิดทางวินัยจะต้องมีการใช้วิจารณญาณอย่างรอบคอบโดยคำนึงถึงความเป็นจริงและความถูกต้อง (Validity) ความเหมาะสม (Suitability) ตามเหตุผลในสภาพการณ์นั้น ว่าเป็นการกระทำความผิดฐานทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการจริงหรือไม่ เช่น พิจารณาถึงฐานะของเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวว่าเป็นอย่างไร ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวมีเงินขาดมือหรือชักหน้าไม่ถึงหลังอยู่เสมอ แม้การนำเงินสิบบาทไปนั้นก็ถือว่าเป็นการนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ส่วนตัวก่อน พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวย่อมเป็นความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ แต่หากเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวมีฐานะดีไม่มีปัญหาเรื่องเงินขาดมือ แม้เงินสิบบาทจะติดหรือปนกับเงินของตนเองไปบ้าง ก็คงไม่เป็นประโยชน์ต่อตนเอง และไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ<sup>164</sup>

3) หลักความเป็นธรรม (Fairness ; Justice) เป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณา วินิจฉัยอุทธรณ์เกี่ยวกับการพิจารณาถึงระดับโทษที่ข้าราชการที่ถูกลงโทษทางวินัย เมื่อมีการกระทำความผิดทางวินัยเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดควรต้องได้รับโทษเสมอกันในการกระทำความผิดอย่างเดียวกัน ที่มีลักษณะและพฤติการณ์คล้ายคลึงกัน ในทางตรงกันข้ามถ้าเป็นความผิดอย่างเดียวกันแต่มีความแตกต่างกัน ในลักษณะพฤติการณ์และเหตุผลของการกระทำ ระดับโทษที่ได้รับย่อมจะแตกต่างกัน ทั้งนี้ โดยพิจารณาถึงลักษณะการกระทำความผิด ผลแห่งการกระทำความผิด คุณงามความดีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำมา การให้โอกาสแก้ไขความประพฤติ สภาพของผู้ถูกกล่าวหาในขณะกระทำความผิด ตลอดจนต้องพิจารณาถึงเหตุเบื้องหลังแห่งการกระทำความผิด<sup>165</sup>

ในกรณีมีการกระทำความผิดร่วมกันหลายคน การพิจารณาความผิดและการกำหนดโทษทางวินัยจะต้องได้ระดับและมีความเสมอหน้ากัน ใครกระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษโดยไม่มีข้อยกเว้น ไม่มีการเลือกที่รักมักที่ชัง การกระทำความผิด (Commission of An Offence) อย่างเดียวกันในลักษณะและพฤติการณ์อย่างเดียวกันควรต้องวางโทษเท่ากัน<sup>166</sup>

นอกจากนี้ การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยต้องดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม (Justice Process) ดังนี้<sup>167</sup>

3.1) ต้องให้ผู้อุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยได้รู้เห็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏ หรือได้จากกระบวนการสอบสวนทางวินัย

<sup>164</sup> สำนักงาน ก.พ. (2531). *คู่มือการดำเนินการดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518*. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยพิมพ์. หน้า 242-243.

<sup>165</sup> สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 79-80.

<sup>166</sup> ส่วนบริหารงานบุคคล สำนักบริหารราชการส่วนท้องถิ่น. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 161. หน้า 99.

<sup>167</sup> สำนักกฎหมายปกครอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 130. หน้า 2(16)-2(17).

- 3.2) ต้องให้โอกาสผู้อุทธรณ์ได้ชี้แจงโต้แย้งพยานหลักฐาน
- 3.3) ต้องให้ผู้อุทธรณ์ได้มีโอกาสนำพยานหลักฐานหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการชี้แจงโต้แย้งพยานหลักฐาน
- 3.4) ต้องให้โอกาสผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้ง ซึ่งเป็นผู้ส่งลงโทษทางวินัย ได้มีโอกาสแถลงแก้ (Make a Statement)
- 3.5) ต้องให้ผู้มีอำนาจเหนือผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งผู้ส่งลงโทษเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์
- 3.6) ต้องพิจารณาให้ได้ความจริง หากการสอบสวนทางวินัยก่อนการสั่งลงโทษทางวินัยยังไม่ได้ความจริงเป็นอันยุติที่เพียงพอต่อการพิจารณาวินิจฉัย ก็ต้องให้มีการสอบสวนเพิ่มเติม และ

4) หลักความรวดเร็ว (Promptness) หรือความฉับพลันในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ เพราะการที่ข้าราชการถูกลงโทษทางวินัยย่อมทำให้ผู้นั้นเสียสิทธิต่าง ๆ มากมาย รวมทั้งเสียชื่อเสียง เสียขวัญและกำลังใจในการปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วย ดังนั้น หากกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยมีความรวดเร็ว ย่อมจะเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนหรือความเสียหายให้ผู้ที่ถูกกระทบสิทธินั้นได้ อีกทั้งความรวดเร็วยังเป็นประโยชน์ในการพิจารณาในแง่ของพยานหลักฐานอีกด้วย ซึ่งหลักการนี้กฎหมายได้กำหนดไว้ในลักษณะของกำหนดเวลาในการวินิจฉัยอุทธรณ์ (Adjudication)<sup>168</sup>

การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ องค์กรหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายจะต้องดำเนินการพิจารณาวินิจฉัยและสั่งการอุทธรณ์ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ให้แล้วเสร็จโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ เนื่องจาก ความยุติธรรมที่ล่าช้าคือความอยุติธรรม (Justice delayed is the Injustice)<sup>169</sup>

## 2.4 ระบบและลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจากกระบวนการสอบสวนทางวินัย

ระบบของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองออกแยกได้เป็นสองระบบ<sup>170</sup> และนอกจากนั้นยังสามารถแยกลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองได้เป็นสามลักษณะ<sup>171</sup> ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

<sup>168</sup> สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 81-82.

<sup>169</sup> สำนักกฎหมายปกครอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 130. หน้า 2(17).

<sup>170</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73. หน้า 94.

<sup>171</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 23.

### 2.4.1 ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ในการศึกษาเกี่ยวกับระบบของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น อาจแบ่งได้สองระบบ ได้แก่ ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ (recours administrative facultatif) และระบบอุทธรณ์บังคับ (recours administrative obligatoire) และซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

#### 2.4.1.1 ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ

ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ (recours administrative facultatif) เป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดบังคับไว้ว่า หากคู่กรณีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล แต่เป็นระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นทางเลือก เพื่อให้คู่กรณีมีสิทธิที่เลือกกว่าจะใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาล หรือจะนำคดีไปฟ้องต่อศาลโดยตรงโดยไม่ต้องใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ทั้งนี้ การที่จะพิจารณาว่าการอุทธรณ์ตามกฎหมายฉบับใดเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับนั้น ต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายฉบับนั้น ๆ เป็นสำคัญ<sup>172</sup>

การอุทธรณ์ระบบนี้ อาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่าเป็นระบบอุทธรณ์เพื่อเลือก (la faculté) เนื่องจากคู่กรณีว่าจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็ได้<sup>173</sup>

#### 2.4.1.2 ระบบอุทธรณ์บังคับ

ระบบอุทธรณ์บังคับ (recours administrative obligatoire) เป็นกรณีที่คู่กรณีไม่พอใจและมีความประสงค์จะโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง กฎหมายบัญญัติบังคับไว้ว่าคู่กรณีจะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก่อน หากไม่ดำเนินการอุทธรณ์ก็ไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล<sup>174</sup> ระบบอุทธรณ์บังคับจึงเป็นระบบที่คู่กรณีจะต้องดำเนินการการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาล หากไม่ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ศาลย่อมไม่อาจรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาได้ การอุทธรณ์ในระบบนี้จึงกลายเป็นเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณาของศาล ด้วยเหตุนี้จึงถือว่าสถานะทางกฎหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองระบบนี้ เป็นกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสารบัญญัติ อันเป็นจุดเชื่อมระหว่างการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง และเป็นเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณาของศาลในขณะเดียวกัน

ระบบอุทธรณ์บังคับ หรือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับถือเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาท (un des modes de règlement alternatif du litige) ที่มีความสำคัญซึ่งส่งผลให้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีโอกาสได้รับการพิจารณาแก้ไขเนื้อหาสาระ

<sup>172</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73, หน้า 94.

<sup>173</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77, หน้า 370.

<sup>174</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 131, หน้า 39.

ของคำสั่งทางปกครองอันเป็นมูลเหตุแห่งการถูกระงับสิทธิ รวมทั้งยังได้รับประโยชน์จากการสิ้นสุดข้อพิพาท โดยที่ไม่ต้องไปยื่นฟ้องคดีต่อศาล ทั้งนี้ หลักการสำคัญของระบบอุทธรณ์บังคับ (recours administrative obligatoire) หรือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับคือการที่ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อนที่จะนำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีต่อศาล<sup>175</sup>

#### 2.4.2 ลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว สามารถจำแนกได้เป็นสามลักษณะ ดังนี้

##### 2.4.2.1 การอุทธรณ์คำสั่งอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง (Les recours purement administratifs) เป็นการพิจารณาภายในของฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ไม่มีวิธีพิจารณาอุทธรณ์ที่ชัดเจนแน่นอน และขาดการพิจารณาที่เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียในการเสนอข้อโต้แย้งเป็นการพิจารณาอุทธรณ์ไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาท สามารถแยกได้เป็นสองชนิด<sup>176</sup> คือ

1) การอุทธรณ์หรือการเรียกร้องต่อผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ (Les recours gracieux) เป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ ซึ่งคล้ายกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะตามนัยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง<sup>177</sup> ที่บัญญัติให้ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ การอุทธรณ์หรือเรียกร้องต่อผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการจะไม่มีกำหนดแบบวิธีไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรเป็นพิเศษ การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือ หรืออุทธรณ์ด้วยวาจา โดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ หรือโดยการเดินขบวนมาเพื่อร้องเรียนต่อฝ่ายบริหาร

<sup>175</sup> ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์. (2558). *ถอดความการบรรยายทางวิชาการ เรื่อง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง แบบบังคับ* ซึ่งบรรยายโดย *Professeur Christophe ALONSO*. วารสารทางวิชาการศาลปกครอง, 15 (4). หน้า 1.

<sup>176</sup> ขวัญชัย ตันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 24-26.

<sup>177</sup> มาตรา 44 ภายใต้อำนาจมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้ผู้กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

ทั้งนี้ การร้องเรียนจะต้องมีหลักฐานว่า เป็นการร้องเรียนเรื่องอะไร ร้องเรียนเมื่อใด และผู้อุทธรณ์ หรือผู้ร้องเรียนจะต้องเป็นบุคคลมีความสามารถ (La Capacité) ตามกฎหมายว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

2) การอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้รับผิดชอบในระดับที่สูงกว่า ผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ (Les recours hiérarchiques) เป็นการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้รับผิดชอบในระดับที่สูงกว่าผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการซึ่ง เป็นการนำเอาหลักอำนาจการบังคับบัญชา (Pouvoir hiérarchiques) มาใช้บังคับ แต่การอุทธรณ์เช่นนี้ไม่อาจกระทำได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการไม่มีผู้บังคับบัญชา เช่น การโต้แย้งการดำเนินการของประธานาธิบดี เป็นต้น กรณีเช่นนี้ทำได้เพียงการร้องเรียนต่อผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการโดยตรง การอุทธรณ์ลักษณะนี้ ไม่มีการกำหนดแบบวิธีไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร เช่นเดียวกันกับการอุทธรณ์ต่อผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ การอุทธรณ์ลักษณะนี้ เป็นระบบการควบคุมตามลำดับชั้น (contrôle hiérarchique) และเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน จึงมีหลักว่า แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดถึงสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชาไว้ แต่ผู้ที่ได้รับผลกระทบย่อมมีสิทธิทั่วไปที่จะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้<sup>178</sup>

ทั้งนี้ การอุทธรณ์ประเภทนี้ ผู้พิจารณาอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้ ทั้งความถูกต้องตามกฎหมาย (La légalité) และการใช้ดุลพินิจ (L'opportunité) และอาจดำเนินการยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขการดำเนินการหรือการสั่งการอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์กรณีนี้ไม่เป็นการชี้ขาดที่มีผลเหมือนคำพิพากษาของศาล (l'autorité de la chose jugée) กรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่พอใจผลการพิจารณาอุทธรณ์สามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้

#### 2.4.2.2 การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท

การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท (Les recours quasi-contentieux) เป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ให้หลักประกันที่มากกว่า การอุทธรณ์คำสั่งอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง (Les recours purement administratifs) ทั้งนี้ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมายหน้าที่โดยเฉพาะตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรืออาจเป็นคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป หรือที่เกี่ยวกับหน่วยงานใดหน่วยงานอื่นของรัฐ โดยที่บุคคลหรือคณะกรรมการที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ไม่ใช่ศาล แต่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ผู้ทำ

<sup>178</sup> บุญผา อัครพิมาน. (2549). การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยระบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง. วารสารทางวิชาการศาลปกครอง, 6 (3). หน้า 62-63.

หน้าที่จะต้องเคารพต่อรูปแบบ (Forme) และกระบวนการพิจารณาความ (Procédure) ตามที่กฎหมายกำหนดไว้

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้ จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับรูปแบบและต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา และผู้อุทธรณ์หรือร้องเรียนจะต้องเป็นผู้มีความสามารถ (la capacité) ตามกฎหมายอีกด้วย และคำตัดสินของบุคคลหรือคณะกรรมการที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น อาจเป็นประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ได้ ซึ่งหากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจคำตัดสินหรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ย่อมสามารถนำเรื่องอุทธรณ์ต่อไปศาลได้อีกด้วย<sup>179</sup>

ทั้งนี้ การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท (Les recours quasi-contentieux) นี้ นิยมใช้มากในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา<sup>180</sup>

#### 2.4.2.3 การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะข้อพิพาท

เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าวิธีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันเป็นการพิจารณาข้อพิพาทในทางปกครองโดยฝ่ายปกครองเอง เป็นวิธีการที่ไม่ให้ความคุ้มครองแก่เอกชนอย่างเพียงพอ จึงเห็นว่าควรจะมีให้ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษา การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะข้อพิพาท (Les recours contentieux) เป็นการกระทำต่อหน้าผู้พิพากษาในศาล การอุทธรณ์ลักษณะนี้จึงต้องอยู่ภายใต้กระบวนการวิธีพิจารณาความที่มีหลักประกัน และจะต้องอยู่ภายใต้บังคับข้อเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด เช่น อายุความฟ้องร้อง ความสามารถของผู้ฟ้องคดี เป็นต้น

การพิจารณาคดีปกครองโดยผู้พิพากษาในศาลสามารถพิจารณาวินิจฉัยได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย แต่ผู้พิพากษาไม่อาจก้าวล่วงเข้ามาพิจารณาวินิจฉัยหรือควบคุมในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ (L'opportunité) ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยจะพิจารณาแต่เพียงว่า คำสั่งหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ (La légalité) เท่านั้น ซึ่งเป็นการแตกต่างจากวิธีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันเป็นการพิจารณาข้อพิพาทใน

<sup>179</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 28.

<sup>180</sup> อังกฤษมีการแต่งตั้งคณะกรรมการต่าง ๆ ขึ้นมาทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดอุทธรณ์ โดยกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์จะทำในลักษณะกึ่งข้อพิพาท ส่วนในสหรัฐอเมริกาจะอุทธรณ์ต่อองค์กรต่าง ๆ โดยกระบวนการพิจารณาจะทำในลักษณะกึ่งข้อพิพาท และมีหลักประกันแก่ผู้อุทธรณ์อันมีที่พัฒนามาจากคำพิพากษาของศาลที่อาศัยหลักของรัฐธรรมนุญที่เรียกว่า “due process of Matter of Law” คือ สิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาต่อหน้าศาล โดยมีสิทธิรับฟังข้อกล่าวหาและมีโอกาสโต้แย้งแก้ข้อกล่าวหา และได้รับประโยชน์จากหลักกฎหมายทั่วไป. โปรดดู ขวัญชัย สันตสว่าง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 29.

ทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์สามารถพิจารณาวินิจฉัยได้ทุกเรื่องแม้จะเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจก็ตาม<sup>181</sup>

ทั้งนี้ การกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำของรัฐบาล<sup>182</sup> (Les actes de gouvernement) ไม่อาจถูกนำขึ้นมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลนี้ย่อมมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ สำหรับสหรัฐอเมริกาและอังกฤษจะจำกัดการกระทำของรัฐบาลให้หมายถึงเฉพาะแต่การกระทำของฝ่ายบริหารในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่านั้น ในขณะที่อีกหลายประเทศถือว่า การกระทำที่จะเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับเป้าหมายโดยเฉพาะเจาะจงที่ก่อให้เกิดการกระทำนั้น หรือขึ้นอยู่กับลักษณะทางการเมืองของการกระทำนั้น ๆ เช่น สาธารณรัฐอิตาลี เป็นต้น<sup>183</sup>

## 2.5 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองจากกระบวนการสอบสวนทางวินัยตามกฎหมายต่างประเทศ

การอุทธรณ์หรือการโต้แย้งการดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง เป็นเรื่องของการจัดกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งจะมีทั้งการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และการโต้แย้งโดยการนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองอันเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะต้องมีการจัดระบบให้การเยียวยาความเสียหายได้โดยเหมาะสม ขณะเดียวกันต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งสิทธิและความแน่นอนแห่งกฎหมาย (Certainty of Matter of Law) ทั้งจะต้องมีการแยกขอบเขต หน้าที่ และความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองกับองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองให้ชัดเจน ทั้งนี้ ในแต่ละประเทศจะมีระบบการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองและการเยียวยาโดยองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองแตกต่างกันไปตามประวัติศาสตร์กฎหมายของแต่ละประเทศ<sup>184</sup> ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะระบบการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหรัฐอเมริกา ดังนี้

<sup>181</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 58.

<sup>182</sup> การใช้อำนาจทางการเมืองเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งการดำรงอยู่ของรัฐ การวางนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา การทำสนธิสัญญา ตลอดจนการติดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎร การยุบสภาผู้แทนราษฎร. โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 242-243.

<sup>183</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 60.

<sup>184</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 40. หน้า 367-368.

### 2.5.1 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติให้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นเรื่องทั่วไปและมีรูปแบบเดียวกัน กล่าวคือ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีรูปแบบที่ชัดเจนแน่นอน (déstructurer) มีความหลากหลาย (divers) เฉพาะ (ponctuel) เฉพาะเรื่อง (sectoriel) ผลจึงเป็นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีวิธีพิจารณาที่เฉพาะและแตกต่างกันไปแต่ละรูปแบบ รวมทั้งมีเนื้อหาสาระและบทบัญญัติที่แตกต่างกัน<sup>185</sup> การอุทธรณ์ในฝ่ายปกครองเป็นการขอให้พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองการอุทธรณ์ในฝ่ายปกครองโดยหลักจะมีขอบเขตที่กว้างขวางไม่จำกัดโดยอ้างได้ทั้งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (l'illégalité) และความไม่เหมาะสม (l'inopportunité) แต่การเข้ามาตรวจสอบฝ่ายปกครองขององค์กรวินิจัยคดีปกครองนั้น จะมีข้อจำกัดบางอย่างที่องค์กรวินิจัยทำไม่ได้ เช่น ในเรื่องอำนาจใช้ดุลพินิจในเรื่องความเหมาะสม หรือการกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) แต่ฝ่ายปกครองด้วยกันเองสามารถทบทวนกันได้เสมอไม่มีข้อจำกัดเช่นนั้น<sup>186</sup> ซึ่งการศึกษาเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนี้ จะศึกษาถึงประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ระบบการอุทธรณ์ และการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย ดังนี้

#### 2.5.1.1 ประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

ผู้มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองภายในฝ่ายปกครองจะขึ้นอยู่กับประเภทของการอุทธรณ์ ซึ่งสามารถแยกประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เป็นสามประเภท ดังนี้<sup>187</sup>

1) การอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (Le recours gracieux) ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ได้แก่ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมในการจะตัดสินใจเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิก เพิกถอน หรือยืนยันคำสั่งทางปกครองที่พิพาท การอุทธรณ์ประเภทนี้มีลักษณะเป็นการเปิดกว้าง บุคคลภายนอกผู้ได้รับหรืออาจได้ผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง แม้จะไม่ใช่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง ก็สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้

<sup>185</sup> ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 175. หน้า 3.

<sup>186</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 368-369.

<sup>187</sup> อภิญา เกษตรเยี่ยม. (2558). ปัญหาเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของไทย. วารสารทางวิชาการศาลปกครอง, 15(4). หน้า 30-32.



2) การอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (Le recours hiérarchique) ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ได้แก่ ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยผู้บังคับบัญชามีอำนาจเปลี่ยนแปลง แก้ไข ระบุ ยับยั้ง หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของผู้ได้บังคับบัญชาได้ ซึ่งอำนาจของผู้บังคับบัญชามีอยู่อย่างเต็มที่และตลอดเวลา แม้จะไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติไว้ชัดแจ้งก็ตาม และสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้แม้เป็นการเห็นสมควรเองหรือเมื่อได้รับคำร้องขอหรือการอุทธรณ์โต้แย้งจากบุคคลอื่น

3) การอุทธรณ์ต่อผู้ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (Le recours de tutelle) ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง การอุทธรณ์ประเภทนี้เป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผู้บริหารขององค์กรที่มีความเป็นอิสระซึ่งไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ อำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไขและมีลักษณะค่อนข้างจำกัดเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

#### 2.5.1.2 ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสามารถแยกได้เป็นสองระบบ ดังนี้<sup>188</sup>

1) ระบบปกติ (recours administratifs ordinaires) เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง (recours gracieux) หรืออุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง (recours hiérarchique) เพื่อให้มีการทบทวนสิ่งที่ได้ทำไปเป็นครั้งที่สอง การอุทธรณ์ในระบบปกตินี้เป็นเรื่องทั่วไปที่ฝ่ายปกครองจะเปลี่ยนแปลงนิติกรรมทางปกครองของตนเอง ดังนั้นการอุทธรณ์ประเภทนี้จึงไม่มีรูปแบบกระบวนการพิจารณา ผู้อุทธรณ์ไม่จำเป็นต้องมีส่วนได้เสีย และไม่มียุทธศาสตร์ ส่วนการรับพิจารณาหรือไม่เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยหลักแล้วการอุทธรณ์ระบบนี้จะเป็นระบบเพื่อเลือก (la faculté) หรือระบบอุทธรณ์ที่ไม่บังคับ ในทางทฤษฎีการอุทธรณ์ระบบนี้จะไม่มียุทธศาสตร์ แต่ในทางปฏิบัติการเสนอคดีต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง จะมีอายุความในต้องกระทำภายในสองเดือนนับแต่วันได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง หรือวันประกาศใช้กฎหมายปกครอง โดยถ้าการอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชานั้นได้รับการพิจารณาอายุความก็จะยึดออกไปและเริ่มนับใหม่ นับแต่วันที่มิคำสั่งทางปกครองครั้งใหม่<sup>189</sup> แต่ถ้าฝ่ายปกครองไม่รับพิจารณาอายุความจะไม่สะดุดหยุดลงเพื่อเริ่มนับใหม่

<sup>188</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77 . หน้า 369.

<sup>189</sup> Georges Vedel et Pierre Delvolvé. (1992). *Droit administrative*. page. 167-168. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 370.

2) ระบบพิเศษ (recours spéciaux) เป็นระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ที่กฎหมายได้จัดตั้งระบบนี้ขึ้นเพื่อจะกำหนดรายละเอียดของวิธีการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยอาจเป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง ผู้บังคับบัญชา หรือคณะกรรมการก็ได้ มีการกำหนด กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์และระยะเวลาอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยหลักแล้วการอุทธรณ์ ระบบนี้ ถือว่าเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ (la faculté) แต่จะมีบางกรณีอาจเป็นระบบอุทธรณ์ บังคับ (l'obligation) ซึ่งจำต้องพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายหรือกฎหมายปกครองที่จัดตั้งระบบ ดังกล่าว<sup>190</sup>

### 2.5.1.3 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย

ผู้ถูกลงโทษทางวินัยจะเลือกที่จะใช้สิทธิโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ ดังนี้

#### 1) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การสั่งลงโทษทางวินัยถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงและเหตุผลของการสั่งลงโทษคำสั่งลงโทษทางวินัย และเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับ ทันที การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะมีการแบ่ง ตามกลุ่มของโทษทางวินัย<sup>191</sup> โดยข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยจะมีสิทธิในการอุทธรณ์สองกรณี ดังจะกล่าวต่อไปคือ

#### 1.1) การอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งลงโทษ (le recours gracieux)

หรือการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งลงโทษ (le recours hiérarchique) โดยผู้พิจารณา อุทธรณ์ มีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งลงโทษในกรณีที่ทำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือจะ

<sup>190</sup> René Chanpus. (1992). *Droit du contentieux administrative*. page. 106-107, 259-267. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 372.

<sup>191</sup> โทษทางวินัยแบ่งเป็นสี่กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง ได้แก่ ตักเตือน (avertissement) ตำหนิ (blâme)

กลุ่มที่สอง ได้แก่ การคัดชื่อออกจากทะเบียนการเลื่อนตำแหน่งหรือระดับ (la radiation du tableau d'avancement) การลดชั้น (l'abaissement d'échelon) การให้ออกชั่วคราวเป็นเวลาไม่เกินสิบห้าวัน (l'exclusion temporaire) การย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่น (le déplacement d'office)

กลุ่มที่สาม ได้แก่ การลดตำแหน่ง (la rétrogradation) การให้ออกจากราชการชั่วคราวสามเดือนถึงสองปี (l'exclusion temporaire)

กลุ่มที่สี่ ได้แก่ การให้ออกจากราชการ (la mise à la retraite d'office) และการไล่ออกจากราชการ (la révocation) โปรดดู อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2545). *รายงานวิจัยเรื่อง การปฏิรูประบบวินัย อุทธรณ์ และร้องทุกข์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ*. สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 75-76.

ยื่นยันคำสั่งลงโทษดังกล่าวก็ได้ แต่ไม่มีสิทธิเพิ่มโทษ การอุทธรณ์กรณีนี้มีผลค่อนข้างน้อยและไม่ทำให้คำสั่งลงโทษสะดุดหยุดลง การอุทธรณ์กรณีนี้จะใช้เฉพาะการอุทธรณ์โต้แย้งโทษทางวินัยกลุ่มที่หนึ่งเท่านั้น

1.2) การอุทธรณ์ต่อสภาชั้นสูงของข้าราชการของรัฐ (le Conseil Supérieur de la fonction publique de l'État) ในฐานะเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งจะทำหน้าที่สอบสวนผู้ถูกกล่าวหาและพยานต่าง ๆ และทำความเห็นเสนอแนะต่อผู้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัย โดยข้อเสนอแนะอาจจะเป็นการยื่นยันคำสั่งลงโทษ หรือให้ความเห็นว่าควรลดโทษหรือยกเลิกโทษทางวินัย แต่ความเห็นดังกล่าวไม่ผูกพันผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษการอุทธรณ์กรณีนี้ใช้กับการอุทธรณ์โต้แย้งโทษทางวินัย กลุ่มที่สองถึงโทษทางวินัยกลุ่มที่สี่ ทั้งนี้ ศาลปกครองไม่ถือว่าการอุทธรณ์สภาชั้นสูงของข้าราชการของรัฐ เป็นขั้นตอนที่บังคับก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง<sup>192</sup>

## 2) การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

คำสั่งลงโทษทางวินัยถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและสถานภาพของข้าราชการ กรณีข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยเห็นว่าตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการถูกลงโทษทางวินัย หรือเห็นว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>193</sup> และไม่มีความประสงค์จะใช้สิทธิการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง<sup>194</sup> เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวได้

<sup>192</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 191. หน้า 77.

<sup>193</sup> กฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง (droit du contentieux administratif) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แบ่งเหตุที่จะใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (cas d'ouverture) ไว้ห้าเหตุ คือ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte), นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ (le vice de forme), นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure), นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) และนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure). โปรดดู ประสาท พงษ์สุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 66. หน้า 5-6.

<sup>194</sup> สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการแยกคดีปกครองออกจากคดีพิพาทระหว่างเอกชนซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ใน ค.ศ. 1799 ได้มีกฎหมายจัดตั้งศาลสภาแห่งรัฐ (le Conseil d'Etat) ทำหน้าที่ให้ความเห็นด้านกฎหมายแก่ฝ่ายบริหาร และพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ของประชาชนเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองแล้วเสนอคำวินิจฉัยให้ฝ่ายบริหารสั่งการ ต่อมาปี ค.ศ. 1872 มีการออกกฎหมายมอบอำนาจให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้เองโดยไม่ต้องให้ฝ่ายบริหารสั่งการ สภาแห่งรัฐส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองจึงกลายเป็นศาลปกครอง. โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 51.

เมื่อมีการยื่นฟ้องคดี (Lawsuit) ต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งโทษทางวินัยแล้ว หากศาลได้พิจารณาวินิจฉัยว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและได้มีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวแล้ว ย่อมมีผลเท่ากับว่าไม่มีการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยใด ๆ และมีผลทำให้ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยต้องกลับสู่สถานะเดิม และมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการถูกลงโทษทางวินัย ตลอดจนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจ (le préjudicé moral) ได้ด้วย<sup>195</sup>

## 2.5.2 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การศึกษาเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะศึกษาถึงประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ระบบการอุทธรณ์ และการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย ดังนี้

### 2.5.2.1 ประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้แบ่งประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเหมือนกับระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่กำหนดให้ผู้ที่ได้รับผลจากคำสั่งทางปกครองต้องยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง<sup>196</sup> แต่จะยื่นต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในเวลาเดียวกันก็ได้<sup>197</sup> ซึ่งตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการยุติธรรมทางปกครองได้เกี่ยวกับผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ไว้เป็นสองชั้น<sup>198</sup> ดังนี้

1) ชั้นแรก เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไปอีกครั้งว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ในชั้นนี้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งประเด็นความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmässigkeit) และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Zweckmäßigkeit) ถ้าได้ทำการพิจารณาทบทวนแล้วเห็นว่าคำอุทธรณ์นั้นฟังขึ้น

<sup>195</sup> สุนิตา คงมัน.(2556). *ความไม่สอดคล้องในกระบวนการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการพลเรือนกับการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.)*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 65.

<sup>196</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 193.

<sup>197</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 376.

<sup>198</sup> อภิญา เกษตรเอี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 187. หน้า 32-33.

เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองย่อมสามารถที่จะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้ถูกต้องได้ แต่หากพิจารณาบทบทวนแล้วไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนต้องส่งคำอุทธรณ์นั้นไปให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ชั้นที่สองพิจารณาวินิจฉัยต่อไป

2) ชั้นที่สอง เป็นกรณีเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองทำการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นแรกแล้วไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนและส่งคำอุทธรณ์มาให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งได้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในลำดับสายการบังคับบัญชาสูงถัดขึ้นไป (die nächsthöhere Behörde) ซึ่งมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ทั้งประเด็นความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmässigkeit) ความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Zweckmäßigkeit) และความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการและใช้อำนาจดุลพินิจ (Begründetheit) โดยออกเป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (Widerspruchbescheid) ซึ่งในกรณีที่คำอุทธรณ์ฟังขึ้นคำสั่งทางปกครองจะต้องถูกบอกล้างหรือยกเลิกโดยคำวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่ในกรณีที่คำอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้น คำวินิจฉัยอุทธรณ์ก็จะให้ยืนตามคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ<sup>199</sup>

#### 2.5.2.2 ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถแยกได้เป็นสองระบบ<sup>200</sup> ดังนี้

1) ระบบปกติ โดยหลักทั่วไปฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตรวจสอบการกระทำของตน และมีหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะกระทบประโยชน์ของบุคคลผู้สุจริตตามกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 มาตรา 48 และมาตรา 49 การเพิกถอนนี้จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั่นเอง และผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งย่อมต้องดูแลตรวจสอบให้มีการเพิกถอนได้ตามระบบปกติของสายการบังคับบัญชา ดังนั้น หากมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่ว่าเมื่อใด เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งสามารถหยิบยกมาพิจารณาได้เสมอ เพียงแต่ไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำ แต่จะเป็นดุลพินิจว่าจะกระทำหรือไม่ก็ได้ ตามหลักกฎหมายในเรื่องของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งไม่มีระยะเวลาชัดเจนแต่อย่างใด<sup>201</sup> แม้แต่ในเรื่องการพิจารณาใหม่ไปในทางเพิ่มภาระก็สามารถกระทำได้ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน

<sup>199</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 196, หน้า 194.

<sup>200</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77, หน้า 375.

<sup>201</sup> Hartmut Maurer. (1995). *Droit administratif allemande*. traduit par Michel Fromout. page. 319-323. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77, หน้า 376.

2) ระบบบังคับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความศาลปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) มาตรา 68 ได้กำหนดว่า การฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน ไม่เช่นนั้นศาลปกครองจะไม่รับฟ้อง การบังคับให้อุทธรณ์จะมีเฉพาะคดีฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคดีฟ้องบังคับให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) เท่านั้น แต่จะไม่ใช้กับคดีในกฎหมายปกครองประเภทอื่น ๆ ทั้งนี้ วิธีการบังคับให้อุทธรณ์จะไม่ใช้ในกรณีที่มีคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของมลรัฐหรือของสหพันธ์ เนื่องจากไม่มีเจ้าหน้าที่ระดับสูงกว่ามาควบคุมตรวจสอบได้อีก เช่น กรณีของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี (มาตรา 68 วรรคหนึ่ง (1)) และจะไม่ใช้บังคับในกรณีบุคคลที่สาม ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (มาตรา 68 วรรคหนึ่ง (2)) เพราะมีการอุทธรณ์มาครั้งหนึ่งแล้ว จึงสมควรให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง เช่น ผู้ขออนุญาตก่อสร้างอาคารอุทธรณ์คำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่ไม่ให้ก่อสร้าง ถ้าผู้พิจารณาอุทธรณ์อนุญาตให้ก่อสร้าง เพื่อนบ้านไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก่อน และอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ทันที ทั้งนี้ คำสั่งทางปกครองที่ล่วงพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์ได้แล้วยังจะไม่สามารถถูกโต้แย้งได้อีกต่อไป (Unanfechtbar) และถึงแม้จะมีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง หรือมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การดำเนินการดังกล่าวไม่มีผลเป็นการทุเลาผลของคำสั่งทางปกครอง<sup>202</sup>

### 2.5.2.3 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย

ระบบของวินัยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung-BDO) ซึ่งไม่มีองค์กรกลางใดทำหน้าที่บริหารงานบุคคลด้านวินัยของข้าราชการ มีแต่เพียงศาลวินัยซึ่งเป็นแผนกหนึ่งในศาลปกครองที่ทำหน้าที่วินิจฉัยคดีวินัยบางประเภท ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung-BDO) ได้กำหนดเกี่ยวกับโทษทางวินัยของข้าราชการทั่วไป และข้าราชการบำนาญแตกต่างกัน<sup>203</sup> และได้กำหนดเกี่ยวกับ

<sup>202</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 179-180.

<sup>203</sup> มาตรา 5 ได้กำหนดโทษทางวินัยไว้สำหรับข้าราชการทั่วไปห้าสถาน ได้แก่

- 1) ภาคทัณฑ์
- 2) ปรับ
- 3) ลดเงินเดือน
- 4) ย้ายไปอยู่ในตำแหน่งที่มีสายงานเดียวกัน แต่มีเงินเดือนลดลง และ
- 5) ให้ออกจากราชการ

โทษทางวินัยไว้สำหรับข้าราชการบำนาญสองสถาน ได้แก่

- 1) ลดเบี้ยบำนาญ และ
- 2) ตัดสิทธิในการรับเบี้ยบำนาญ

กระบวนการดำเนินการทางวินัยเป็นสองกระบวนการ ได้แก่ กระบวนการพิจารณาแบบไม่เป็นทางการ<sup>204</sup> และกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ<sup>205</sup> แล้วแต่ระดับโทษ

สำหรับการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น กฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung-BDO) ได้กำหนดเป็นสองกรณีโดยแบ่งตามกระบวนการดำเนินการทางวินัย<sup>206</sup> ดังนี้

1) การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาแบบไม่เป็นทางการ ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยต้องอุทธรณ์โต้แย้งต่อผู้บังคับบัญชาที่เป็นผู้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัยภายในสองสัปดาห์นับจากวันที่ได้รับคำสั่งลงโทษทางวินัย และผู้บังคับบัญชาที่รับเรื่องจะต้องส่งเรื่องไปยังผู้บังคับบัญชาสูงสุด หรือผู้บังคับบัญชาที่มีการกำหนดให้มีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ ภายในหนึ่งสัปดาห์

เมื่อผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย ได้มีพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำโต้แย้งแล้ว หากข้าราชการผู้นั้นยังไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ก็อาจเสนอเรื่องไปยังศาลวินัยแห่งสหพันธ์ได้ภายในระยะเวลาหนึ่งเดือน โดยศาลจะต้องเปิดโอกาสให้อัยการในเรื่องทางวินัยให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวด้วย

2) การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดไว้ว่าหากจะมีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลวินัยของสหพันธ์ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung-BDO) ในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

<sup>204</sup> เป็นกรณีข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดความสงสัยว่ามีการกระทำความผิดที่เป็นโทษทางวินัย และผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้นั้นจะดำเนินการสอบสวนเพื่อให้เกิดความชัดเจน รวมถึงพิจารณาพฤติการณ์ที่มีความสำคัญที่จะนำไปสู่การลงโทษทางวินัย หากผลการสอบสวนเป็นกรณีที่จะสั่งลงโทษทางวินัยได้ ให้ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งลงโทษทางวินัย หรือให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ หรืออาจเสนอเรื่องเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาลำดับสูงขึ้นไปพิจารณาวินิจฉัยได้ คำสั่งลงโทษทางวินัยตามกระบวนการนี้ ผู้บังคับบัญชาอาจสั่งลงโทษได้สองสถานเท่านั้น คือ โทษภาคทัณฑ์ หรือโทษปรับ

<sup>205</sup> เริ่มต้นด้วยการเสนอเรื่องของเจ้าหน้าที่ริเริ่มเรื่องทางวินัย โดยคำร้องในการเสนอเรื่องต่อศาลนั้น ต้องส่งให้กับข้าราชการผู้นั้นและอัยการทางวินัยของสหพันธ์ด้วย ในกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ แยกออกได้เป็นสองส่วน คือ ส่วนที่เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริง และส่วนที่เป็นการพิจารณาในศาลวินัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

<sup>206</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 191. หน้า 34-37.

### 2.5.3 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Matter of Law System) และใช้ระบบศาลเดี่ยว กล่าวคือ ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีต่าง ๆ ทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีประเภทอื่น ซึ่งจะแตกต่างจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ใช้ระบบศาลคู่ กล่าวคือ กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งมีระบบศาลและระบบผู้พิพากษาแยกต่างหากจากระบบของศาลยุติธรรม (Court of Justice)<sup>207</sup> ในที่นี้จะศึกษาถึงกระบวนการยุติธรรม ทางปกครอง กระบวนการดำเนินการทางวินัย และการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยของสหรัฐอเมริกา ดังนี้

#### 2.5.3.1 กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

ระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของสหรัฐอเมริกา<sup>208</sup> อยู่ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง (Administrative Procedure Act หรือ APA) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทของหน่วยงานทางปกครอง กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทของหน่วยงานทางปกครอง กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองต้องจัดให้มีการรับฟังหรือดำเนินการไต่สวนทางปกครองพิจารณา ก่อนการชี้ขาดตัดสิน ซึ่งต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการไต่สวนที่มีความเป็นกลาง รูปแบบการไต่สวนทางปกครองอาจกระทำโดยแบบวิธีพิจารณาความ แบบปากเปล่า หรือแบบไต่สวน เอกสาร ต่อมาเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการไต่สวนได้รับการยกฐานะเป็นผู้พิพากษาในฝ่ายปกครอง (ADJ) ประจำอยู่ในองค์กรฝ่ายปกครอง แต่มีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายปกครองที่สังกัดอยู่ การแต่งตั้งผู้พิพากษาในฝ่ายปกครองต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรกลาง ส่วนสถานะของคำวินิจฉัย และข้อเสนอของผู้พิพากษาในฝ่ายปกครอง จะไม่มีผลผูกพันหน่วยงานทางปกครองอำนาจการวินิจฉัยสั่งการในการพิจารณาทางปกครองยังเป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ดี การใช้กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองนั้น ต้องใช้ควบคู่กับบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเนื้อหาสำหรับการพิจารณาทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้เป็นการเฉพาะด้วย

<sup>207</sup> โกลิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 92-93.

<sup>208</sup> ธนวิษ โขติรัตน์. (2552). *แนวทางการพัฒนาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลโดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและศาลปกครอง*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 96-101.



### 2.5.3.2 กระบวนการดำเนินการทางวินัย

กระบวนการดำเนินการทางวินัยและการลงโทษทางวินัยของสหรัฐอเมริกาเป็นไปตาม Civil Service Reform Act 1978<sup>209</sup> ในการดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาองค์กรต้นสังกัดเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการดำเนินการทางวินัย แต่การดำเนินการทางวินัยต้องดำเนินการสอบสวนทางวินัยโดยเจ้าหน้าที่สอบสวน (Examiner) ที่ต้องผ่านการฝึกอบรมและทดสอบจากคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (the Civil Service Commission หรือ C.S.C.) และเจ้าหน้าที่สอบสวนต้องไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของข้าราชการหรือองค์กรคู่กรณีในการดำเนินการทางวินัย แต่เจ้าหน้าที่สอบสวนอยู่ในสังกัดคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (C.S.C.) และต้องไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลทั้งปวงรวมถึงข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาและองค์กรต้นสังกัดด้วย

ในการดำเนินการทางวินัยข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิได้รับหมายแจ้งอย่างน้อยภายในสามสิบวันก่อนการดำเนินการ ซึ่งในหมายแจ้งดังกล่าวจะต้องระบุข้อกล่าวหา เหตุผลและรายละเอียดแห่งข้อกล่าวหา และหลังจากที่ได้รับหมายแจ้งแล้วข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิทำคำให้การและเสนอพยานหลักฐานภายในเวลาสมควร

เมื่อเจ้าหน้าที่สอบสวน (Examiner) ได้ทำการสอบสวนเสร็จแล้ว ต้องทำรายงานการสอบสวน (Inquiry Memorandum) พร้อมทั้งความเห็น (Opinion) ต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินคดี ซึ่งได้แก่ผู้บังคับบัญชาเหนือกว่าข้าราชการผู้ถูกกล่าวหา หากผู้มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินคดีไม่เห็นพ้องต้องด้วยกับความเห็นของเจ้าหน้าที่สอบสวนจะต้องมีการเสนอรายงานทั้งหมดต่อผู้มีอำนาจเหนือขึ้นไปเพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาด<sup>210</sup>

### 2.5.3.3 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย

การศึกษาถึงระบบการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยของสหรัฐอเมริกา สามารถจำแนกได้เป็นสองกรณี คือ การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยก่อนการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (Merit System Protection Board หรือ MSPB) และการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยภายหลังการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ดังนี้

1) การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยก่อนการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB)<sup>211</sup> ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น

<sup>209</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 191. หน้า 67.

<sup>210</sup> จิรนิติ หะวานนท์. (2523). วิธีพิจารณาคดีความผิดทางวินัยข้าราชการพลเรือนของสหรัฐอเมริกา. *คุณภาพ*, 27(6). หน้า 65-67.

<sup>211</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 68-69.

1.1) การอุทธรณ์คำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรต้นสังกัดต่อคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (C.S.C.) โดยคำร้องอุทธรณ์จะต้องประกอบด้วยเหตุผลที่เป็นข้อโต้แย้งคำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรต้นสังกัด และจะต้องเสนอพยานหลักฐานประกอบการโต้แย้ง ในการนั่งพิจารณาคำร้องอุทธรณ์ทั้งข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาและผู้แทนองค์กรต้นสังกัดซึ่งเป็นคู่กรณีมีสิทธิปรากฏตัวในการพิจารณาคำร้องอุทธรณ์ และเมื่อได้มีการนั่งพิจารณาคำร้องอุทธรณ์แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (C.S.C.) จะตัดสินคดี ซึ่งคำชี้ขาดตัดสินคดีดังกล่าวถือเป็นที่สุดในระดับฝ่ายบริหาร เว้นแต่เข้าข้อยกเว้น<sup>212</sup>

1.2) การอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรม หลังจากสิ้นสุดวิธีพิจารณาของฝ่ายบริหารแล้ว ข้าราชการพลเรือนของรัฐบาลกลางยังมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลาง (Federal District Court) แต่ในการพิจารณาศาลนั้น ศาลจะพิจารณาวินิจฉัยจากรายงานของฝ่ายบริหาร เฉพาะประเด็นที่ว่า องค์กรต้นสังกัดได้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับของตนอย่างถูกต้องหรือไม่ เพื่อให้เป็นไปตามกลไกของกฎหมาย (Due Process of Matter of Law) คำวินิจฉัยขององค์กรฝ่ายบริหารมีพยานหลักฐานประกอบอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ และฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจโดยชอบหรือไม่<sup>213</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมอาจสั่งให้ฝ่ายบริหารทำการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยได้

2) การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยภายหลังการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB)

<sup>212</sup> กรณีที่เป็นข้อยกเว้นความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดตัดสินคดี ซึ่งผู้อุทธรณ์สามารถร้องขอต่อคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (C.S.C.) เพื่อขอให้พิจารณาใหม่ได้ เช่น กรณีมีพยานหลักฐานใหม่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ตีความกฎหมายผิดพลาด หรือรัฐบาลได้เปลี่ยนนโยบายในเรื่องนั้น ๆ เสียใหม่ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์จะดำเนินการพิจารณาคดีจากเอกสารหลักฐานเท่าที่มีโดยจะไม่มีที่นั่งพิจารณาสอบสวนอีก

<sup>213</sup> การวินิจฉัยว่าฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจโดยชอบหรือไม่ ศาลต้องเผชิญปัญหาสามประการ ดังนี้

ประการแรก ปัญหาการตีความว่า อย่างไรจึงเป็นเหตุผลอันควรลงโทษ ซึ่งกฎข้าราชการพลเรือนบัญญัติว่า “ห้ามได้ข้าราชการพลเรือนของรัฐบาลกลางออกจากราชการ เว้นแต่มีเหตุอันควรซึ่งกระทบต่อประสิทธิภาพในการทำงานของรัฐบาล”

ประการที่สอง ปัญหาว่าฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรือไม่ ซึ่งศาลไม่อาจก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในปัญหานี้มากนัก ศาลเพียงแต่พิจารณาว่าคำสั่งของฝ่ายบริหารมีเหตุผลประกอบพยานหลักฐานที่สนับสนุน และไม่ปรากฏว่าฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจผิดพลาดจนเห็นได้ชัด และ

ประการที่สาม ปัญหาว่าฝ่ายบริหารได้ปฏิบัติตามกระบวนการวิธีพิจารณาที่จำเป็นเพื่อเป็นไปตามหลัก Due Process

คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) เป็นองค์กรอิสระของรัฐบาล (Independent Government Agency) ที่ได้รับการจัดตั้งตาม Civil Service Reform Act 1978 ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนสามคนที่มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา และมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี มีรูปแบบการดำเนินงานที่คล้ายคลึงกับรูปแบบของศาล และทำหน้าที่เหมือนกับผู้พิทักษ์ระบบคุณธรรมในระบบราชการของสหรัฐอเมริกา<sup>214</sup> โดยจะมีหน้าที่หลักในการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeals function) แทนที่บทบาทของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (C.S.C.) ในอดีต การศึกษาวิจัยและพัฒนา (Merit system studies) ระบบคุณธรรม และการพิจารณาเกี่ยวกับผลการดำเนินงานที่กระทบต่อระบบคุณธรรม (Review the significant actions) ของสำนักงานบริหารงานบุคคล โดยหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeals function) นั้น จะมีดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงและวินิจฉัยเรื่องอุทธรณ์จากผลการดำเนินการทางวินัยของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ แต่คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) จะไม่รับข้ออุทธรณ์ที่มาจากลูกจ้างของเอกชนหรือหน่วยการปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ตั้งแต่ระดับท้องถิ่น (Local) จนถึงระดับมลรัฐ (State) ไว้พิจารณา<sup>215</sup>

การยื่นอุทธรณ์<sup>216</sup> ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) นั้น ผู้อุทธรณ์อาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ในภูมิภาค หรือที่สำนักงานของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ที่มีเขตอำนาจแล้วแต่กรณี โดยผู้วินิจฉัยคดีปกครอง (Administrative Judge) จะเป็นผู้ทำคำวินิจฉัยเบื้องต้น (Initial Decision) แต่คู่ความก็สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ที่ส่วนกลางใน Washington ได้ เพื่อให้มีการพิจารณาใหม่ภายในสามสิบห้าวันภายหลังจากมีคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ การไต่สวนข้อเท็จจริงและมีคำวินิจฉัยในเรื่องอุทธรณ์จากผลการดำเนินการทางวินัยนั้น ผู้วินิจฉัยคดีปกครอง (Administrative Judge) หรือเจ้าหน้าที่สอบสวน อาจดำเนินการได้สองรูปแบบ ดังนี้

<sup>214</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 191. หน้า 68.

<sup>215</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 191. หน้า 70-73.

<sup>216</sup> คดีที่อาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ได้นั้น ส่วนใหญ่จะเป็นการอุทธรณ์ในเรื่องเกี่ยวกับการโยกย้าย การถูกพักงานเกินกว่าสิบสี่วัน การลดขั้นเงินเดือน และการพักงานสามสิบวันหรือน้อยกว่านั้น และการอุทธรณ์คำตัดสินของ Office of Personal Management ในเรื่องเกี่ยวกับการออกจากราชการ การเลื่อนขั้นเงินเดือน โดยเกณฑ์ความสามารถในการปฏิบัติงานหรือการลดขั้น การไม่เพิ่มขั้นเงินเดือนการดำเนินการจ้างงานของ Office of Personal Management การปฏิเสธการรับเข้าทำงานใหม่ และการเลิกจ้างพนักงานที่อยู่ในช่วงทดลองงาน

1) วิธีวินิจฉัยแบบเป็นทางการ (Formal adjudication) คือ ในการไต่สวนข้อเท็จจริงและมีคำวินิจฉัยในเรื่องอุทธรณ์ ผู้วินิจฉัยคดีปกครอง (Administrative Judge) หรือเจ้าหน้าที่สอบสวนต้องจัดให้มีการรับฟังเฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ กำหนดไว้โดยตรงว่าจะต้องดำเนินการพิจารณาตัดสินตามสำนวนหลังจากที่จัดให้มีการพิจารณาแล้ว และกรณีการกระทำของรัฐไปกระทบต่อชีวิต สิทธิ เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นบทบังคับตามรัฐธรรมนูญว่า จะต้องมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม แต่วิธีการนี้ ไม่อาจนำไปใช้ในกรณีต่อไปนี้

1.1) การวินิจฉัยที่จะต้องยื่นต่อองค์กรผู้วินิจฉัยอีกครั้ง เพื่อองค์กรนั้น ๆ ไต่สวนพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้วจึงจะมีผลใช้บังคับได้

1.2) การคัดค้านเจ้าหน้าที่ของรัฐ

1.3) การพิจารณาหาข้อยุติที่เป็นการตรวจสอบ การทดสอบและการเลือกตั้ง

2) วิธีวินิจฉัยแบบไม่เป็นทางการ (Informal adjudication) รูปแบบการไต่สวนและการวินิจฉัยอุทธรณ์ ขึ้นอยู่กับฝ่ายปกครองที่จะเลือกวิธีการตามที่คิดว่าเหมาะสม

เมื่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ได้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ตามอำนาจหน้าที่แล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมเป็นที่สุดในทางบริหาร แต่อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ย่อมสามารถถูกอุทธรณ์หรือฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ โดยกรณีที่เป็นคำวินิจฉัยเบื้องต้น (Initial Decision) หรือเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกลางนั้น ย่อมสามารถอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ของสหรัฐแพนคเคดีร์รัฐบาลกลาง (The United States Court of Appeals for the Federal Circuit) ได้ หรือหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียนเรื่องการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมก็ย่อมสามารถฟ้องคดีต่อศาลชั้นต้น (District Court) ได้เช่นกัน<sup>217</sup> แต่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ศาลยุติธรรมจะพิจารณาเฉพาะประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น<sup>218</sup>

<sup>217</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 191. หน้า 73.

<sup>218</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 191. หน้า 91.