

การพัฒนารูปแบบและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบการควบคุมตรวจสอบ
ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ภัทรพล ทองอ่อน

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปีการศึกษา 2564

**THE DEVELOPMENT OF FORM AND METHOD IN INCREASTIN
THE EFFICIENCY OF CONTROLLING AND REVIEWING THE SYSTEM
OF LEGALITY OF ADMINISTRATIVE ORDERS**

PATTARAPHON THONGON

A Dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Doctor of Laws

Department of Law

Pridi Bhanomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

Academic Year 2021

| | |
|----------------------|--|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | การพัฒนารูปแบบและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง |
| ชื่อผู้เขียน | ภัทรพล ทองอ่อน |
| อาจารย์ที่ปรึกษา | รองศาสตราจารย์ ดร. จิรศักดิ์ รอดจันทร์ |
| อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม | ดร. ประพนธ์ คล้ายสุบรรณ |
| สาขาวิชา | นิติศาสตร์ |
| ปีการศึกษา | 2563 |

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ในเชิงทฤษฎีในมาตรการทางกฎหมายของการพัฒนา รูปแบบและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ทั้งระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง และการพัฒนา รูปแบบในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ประการที่หนึ่ง ผลการวิจัย พบว่า การมีระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับภายในฝ่ายปกครอง ไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิทางกฎหมายของคู่กรณี อันนำไปสู่การแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง เพราะในสภาพความเป็นจริงเมื่อคู่กรณีมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ยังคงยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิมเสมอ อีกทั้ง การที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ถือว่าเป็นคู่กรณีเองอันอาจมีอคติต่อเรื่องที่พิจารณาและเป็นผู้มีความสัมพันธ์กับประเด็นที่จะวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครอง ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย และในระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับดังกล่าวย่อมมีผลต่อสิทธิอื่น ๆ ของคู่กรณีตามมาด้วย ทั้งส่งผลกระทบต่อระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ขาดสอดคล้องกับระยะเวลาวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์และระยะเวลาการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งส่งผลต่อการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองให้กลับคืนฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองในภายหลัง เพราะระบบการอุทธรณ์แบบบังคับไม่มีเหตุในการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนในระหว่างการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จึงมีข้อเสนอแนะว่า

(1) ควรลดขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง โดยยกเลิกไม่ให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์

(2) ควรกำหนดให้ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ของผู้มีสิทธิอุทธรณ์ เกิดความสมดุลและเป็นมาตรฐานเดียวกันกับระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์และระยะเวลาการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

(3) ควรมีการทูลเกล้าบังคับตามคำสั่งทางปกครองเป็นหลักทั่วไปในระหว่างระยะเวลาการอุทธรณ์ และการไม่ทูลเกล้าบังคับตามคำสั่งเป็นเพียงข้อยกเว้น เฉพาะกรณีเร่งด่วน จุกเงิน หรือเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรง หรือเป็นปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐอย่างร้ายแรง

(4) ควรนำระบบอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองแบบเพื่อเลือกมาใช้เป็นหลักทั่วไป แทนระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ หรือควรให้องค์กรอื่นที่อยู่นอกเหนือการบังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกควบคู่กับการมีระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองตามที่กล่าวข้างต้น

ประการที่สอง ผลการวิจัย พบว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ อาจมีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครองที่มีการอุทธรณ์ในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน ย่อมเกิดความไม่เสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองนั้น หากไม่มีระบบควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ดังกล่าว ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนจะต้องผูกพันและรักษาให้คำสั่งทางปกครองทุกคำสั่งชอบด้วยกฎหมายเสมอ แม้จะไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดอุทธรณ์ก็ตาม จึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรพัฒนาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์เพื่อเป็นหลักประกันความเสมอภาคและหลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวข้างต้นให้เกิดมาตรฐานเดียวกัน โดยองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่เป็นกลางและอิสระจากภายในฝ่ายปกครอง

ประการที่สาม ผลการวิจัย พบว่า การใช้อำนาจบังคับบัญชาโดยการสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทำคำสั่งทางปกครองไปตามแนวทางที่ผู้บังคับบัญชากำหนดไว้ แฝงไว้ในรูปแบบของหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติหลายประเภท เช่น แน่แนวทาง สั่งให้ปฏิบัติ ชักซ้อมความเข้าใจ ขอความร่วมมือ อธิบาย หรือตีความหมายถ้อยคำของกฎหมาย เป็นต้น เพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติงาน หรือเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยไม่ได้อ้างอิงกฎหมายใด ผลคือ หากเนื้อหาของหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลต่อคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย เพราะผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องนำหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติมาใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองไม่มีทางที่จะ

หลักเลียง หรือฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตาม เนื่องจากมีวินัยที่ควบคุมความสัมพันธ์กับผู้บังคับบัญชาขึ้นอยู่กับความ
สายการบังคับบัญชา ทั้งผู้ที่ออกหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ คือ ผู้บังคับบัญชาสูงสุดใน
หน่วยงานนั้น จึงยังไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าวภายในฝ่ายปกครองที่สอดคล้องกับ
หลักการบริหารราชการแผ่นดิน และขณะเดียวกันศาลปกครองมีขอบเขตจำกัดในการใช้นิติวิธีในการ
ตีความเพื่อตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทาง
ปกครองด้วย จึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการพัฒนาการควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าวโดยให้องค์กรที่
มีความเป็นอิสระ ที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายปกครอง และควร
ประกาศและให้มีการโต้แย้งหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติหากมีผลกระทบสิทธิและหน้าที่ของ
บุคคล ขณะเดียวกันศาลปกครองควรใช้นิติวิธีในการตีความเพื่อตรวจสอบให้สอดคล้องกับสภาพ
ความเป็นจริงในการทำคำสั่งทางปกครองที่สืบเนื่องมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติภายในฝ่าย
ปกครองของการบริหารราชการแผ่นดินในปัจจุบันด้วย

ประการที่สี่ ผลการวิจัย พบว่า การจัดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธี
ปฏิบัติราชการทางปกครองในการสอดส่อง ช่วยเหลือ ให้คำแนะนำในการทำคำสั่งทางปกครองแก่ฝ่าย
ปกครอง ซึ่งการจัดโครงสร้างที่มาของคณะกรรมการดังกล่าว มาจากคณะกรรมการ โดยตำแหน่งที่
เกี่ยวข้องกับการทำคำสั่งทางปกครองและกรรมการผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิจากบุคคลภายนอก
แต่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการ โดยตำแหน่งเฉพาะบางหน่วยงาน ทั้งที่ยังมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการ
ทำคำสั่งทางปกครองอีกเป็นจำนวนมาก และในการปฏิบัติหน้าที่คณะกรรมการ โดยตำแหน่งไม่ได้มา
ทำหน้าที่ด้วยตนเองแต่อย่างใด มีการแต่งตั้งผู้แทนมาปฏิบัติหน้าที่เป็นการถาวรอันขัดต่อเจตนารมณ์
ของกฎหมายที่ต้องการให้มีคณะกรรมการในตำแหน่งนั้น ๆ เป็นการเฉพาะ อีกทั้ง เรื่องที่เป็นปัญหา
ในการสอดส่อง ดูแล ให้คำแนะนำ เป็นปัญหาภายในหน่วยงานที่กรรมการ โดยตำแหน่งนั้นมีหน้าที่
โดยตรง จึงไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ให้กับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงมี
ข้อเสนอแนะว่า ควรยกเลิกโครงสร้างคณะกรรมการ โดยตำแหน่งออกเพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นกลางไม่
เกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครอง และควรขยายโครงสร้างให้มีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
ระดับจังหวัดทุกจังหวัด ให้สอดคล้องกับหลักการควบคุมตรวจสอบในการแก้ไขข้อบกพร่องกับการ
บังคับใช้กฎหมายปกครองที่เกิดขึ้นในพื้นที่อย่างแท้จริง ส่วนอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาและให้
คำแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทาง
ปกครอง ในลักษณะเป็นความสมัครใจของหน่วยงานและไม่มีผลผูกมัดหรือบังคับให้ผู้ทำคำสั่งทาง
ปกครองต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้ปฏิบัติงานเชิง
รุกในการช่วยเหลือให้คำแนะนำฝ่ายปกครองแต่อย่างใด เพียงรอให้ฝ่ายปกครองขอหารือมาเท่านั้น ซึ่ง
สะท้อนปัญหาของฝ่ายปกครองที่ถูกฟ้องต่อศาลปกครองในความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทาง

ปกครองเป็นจำนวนมาก จึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรเพิ่มอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลางและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ให้เป็นองค์กรช่วยเหลือและตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองตามที่ได้เสนอแนะในบทที่ 5 เพื่อรักษาคุณภาพและประสิทธิภาพในการจัดทำคำสั่งทางปกครองที่ถูกต้องต่อไป

| | |
|-------------------|--|
| Thesis Title | The Development of Form and Method in Increasing the Efficiency of Controlling and Reviewing the System of Legality of Administrative Orders |
| Author | Pattaraphon Thongon |
| Thesis Advisor | Associate Professor Dr. Jirasak Rodjun |
| Thesis Co-Advisor | Dr. Prapoj Klaisuban |
| Department | Law |
| Academic Year | 2020 |

ABSTRACT

The objective of this research is to study and analyze, theoretically, the approach to developing the format and methodology to enhance efficiency in the review process of administrative orders from legal perspective covering the appeal process of administrative order within the Administrative Office, the development of format to review the administrative order and the approach to enhancing the efficiency of relevant organizations which are involved in reviewing administrative orders from legal standpoints.

First, the research revealed that the Administrative Office's mandatory internal appeal process of administrative order does not benefit the counterparty's legal rights which could trigger amendment, change, rescind or revocation of administrative order by the Administrative Office as, in reality, when the counterparty appeals the administrative order the authority responsible for reviewing the appeal continues to uphold or side with the original order. Moreover, allowing the same person who issues the original order to review the appeal could lead to biased opinion due to conflict of interest thus compromising justice. A person from the Administrative Office should, therefore, not be assigned to review the appeal case involving administrative order. Firstly, it affects the time frame required in submitting the appeal which is not in balance with the time required to review the appeal case by the reviewing authority and the time required to submit the case for consideration by the Administrative Court. Secondly, it affects the remedy of the administrative order, for example, in reverting to the original status quo, in order to ameliorate the sufferings of the appeal party, in case of

any amendment to the administrative order later on as the mandatory appeal process lacks preexisting remedy procedure when the appeal is in process. Followings are the suggestions to rectify the above issues.

(1) Reduce the steps in the consideration process of the appeal case by the Administrative Office by abolishing the procedure that allows the person who issued administrative order to be the one reviewing the appeal case.

(2) The time frame allowed to submit an appeal by a party (with the rights to appeal) should be in balance and under similar standards with the time frame allowed for considering the appeal by the reviewing authority and the time required to submit the case to the Administrative Court.

(3) There should be a process to remedy or redress the administrative order to alleviate the sufferings by the party submitting the appeal during the appeal process. Any exception to the above should be considered as an exemption in an urgent case or in order to avoid possible adverse impacts to the public at large or from becoming obstacles to the state administration.

(4) Introduce optional appeal system for reviewing appeal case involving administrative order to replace the mandatory appeal system or allow other organizations outside the jurisdiction of the Administrative Office to review the appeal case or apply the alternative dispute resolution in conjunction with having the appeal system recommended above.

On second aspect, the research found that administrative order with no appeal and the one being appealed may have different legal implications in terms of facts and having similar legal provision which can cause inequitable treatment for such administrative order if there is no review system in place to consider the case especially where there is no appeal involved. Moreover, this is not in line with the Administrative Office's code of conduct which requires that Administrative Office's personnel must ensure that they administer strictly according to the laws even in the absence of a counter party. It is suggested, therefore, to develop a control system governing the administrative order in case where there is no appeal to ensure equitable treatment/standards whilst in compliance with the abovementioned laws and this is to be impartially undertaken by an independent organization not under the purview of the Administrative Office.

On third aspect, the research found that the abuse of power by way of ordering a subordinate to issue administrative order in line with their superior's approach/guidelines disguised in the form of circulation letter and various operating guidelines such as suggesting an approach, order to perform, rehearse the comprehension, request cooperation, explanation or interpretation of legal

clauses etc. in order for the subordinate to apply in performing his duty or as guidelines in applying his discretionary authority so that it follows in the same direction without reference to any legal provision. The outcome could be that if the content of the circulation letter is not in line with the laws the administrative order will also not comply with the laws as the subordinate must apply the instructions in the circulation letter or guidelines as the basis in issuing administrative order without any deviation due to the strict discipline that governs his relationship with his superior that he must comply with their directives. There is no system in place yet to control such problems within the Administrative Office that complies with the government's good administrative governance. Meanwhile, the Administrative Court has limited scope to apply forensic method to interpret and examine the circulation letter and operating guidelines used by the Administrative Office as basis in issuing administrative orders. It is therefore suggested to develop a review procedure on such matters to be undertaken by an independent organization outside the jurisdiction of the Administrative Office and to announce any dispute or argument against such circulation letter or operating guidelines if it undermines the rights of an individual. Meanwhile, the Administrative Court should apply juristic method in its interpretation to ensure compliance with the facts relating to the administrative order that conforms to the Administrative Office's circulation letter and operating guidelines in its governance of national affairs.

On fourth aspect, the research discovered that the structure and authority of the committee responsible for giving recommendation/advice on good administrative governance (i.e. on providing assistance by way of providing advice/suggestions relating the Administrative Office's orders) was established by a committee comprising of senior individuals directly responsible for issuing administrative orders and other external experts. However, not all members of various administrative units are represented in such committee even though several units are involved in issuing administrative orders but left out from the committee. Furthermore, on performing their duties, such committee members are supposed to be directly involved but, in reality, they assigned representatives to act on their behalf on permanent basis which is not in line with the intention of the law that requires direct participation/involvement of the committee members to resolve internal issues in their department. It is thus recommended to abolish the committee structure by position in order to allow an independent organization separate from the Administrative Office to undertake this responsibility and expand the structure to include a committee responsible for implementing administrative governance at provincial level for each province who will be responsible for controlling and rectifying any

deficiency in enforcing the laws that happens in each province. On the authority and duty to provide advice/suggestions to the individuals with responsibility to issue administrative orders by the committee responsible for giving recommendation/advice on good administrative governance, this should be at the discretion of the individuals whether to follow the suggestions given by the committee and should not be made mandatory for them to comply. Furthermore, the committee should not be proactive in their assistance in providing advice and suggestions but wait for the Administrative Office's personnel to approach them for such advice. This should reflect the numerous complaints faced by the Administrative Office as conveyed via the Administrative Court on their deviation from the laws relating to their administrative orders. It is, therefore, suggested that greater power be given to the committee responsible for giving recommendation/advice on good administrative governance at both national and provincial levels as a competent body to assist and review the Administrative Office's various orders per the recommendations in Chapter 5 in order to maintain high quality and efficiency in the process of issuing correct and legally appropriate administrative orders going forward.

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษานี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องจากความกรุณาและความอนุเคราะห์จากหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ที่ปรึกษาคุณฉวีนิพนธ์ ทั้งรองศาสตราจารย์ ดร. จิรศักดิ์ รอดจันทร์ และ ดร. ประพจน์ คล้ายสุบรรณ ที่ได้เข้มงวดในการควบคุมตรวจสอบฝึกฝน ให้ความรู้ให้คำแนะนำในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา กราบขอขอบคุณท่าน รองศาสตราจารย์ ดร.สุเมธ เดียวอิสเรศ ประธานคณะกรรมการสอบ ศาสตราจารย์ ดร. พล.ต.ต. จักรพงษ์ วิวัฒวานิช และ ดร. มาโนช นามเดช คณะกรรมการสอบ ที่ชี้แนะทางและแก้ไขข้อบกพร่องในการวิจัยให้ถูกต้อง จนทำให้ การศึกษาสำเร็จสมบูรณ์ ตลอดจนขอขอบคุณนางสาว สุวีรัตน์ เจตน์ตะพุก เลขานุการหลักสูตร นิติศาสตร์คุณูปกิตติ ที่ช่วยประสานงาน แนะนำแนวทางและขั้นตอนของการศึกษา และขอขอบคุณ กำลังใจจากครอบครัว โดยเฉพาะคุณรัชเกล้า เหมทานนท์ ภรรยา และเพื่อน ๆ ทุกคนที่คอยช่วยเหลือ และให้กำลังใจที่มีส่วนสำคัญในความสำเร็จครั้งนี้

ภัทรพล ทองอ่อน

สารบัญ

| | หน้า |
|--|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย | ๗ |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ | ๘ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ๙ |
| บทที่ | |
| 1. บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย | 15 |
| 1.3 สมมติฐานของการวิจัย..... | 16 |
| 1.4 ขอบเขตของการวิจัยและคำถามการวิจัย | 17 |
| 1.5 ระเบียบวิธีวิจัย..... | 21 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ | 25 |
| 2. ความหมาย แนวคิด และหลักการทางทฤษฎีเพื่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง..... | 26 |
| 2.1 ความหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง..... | 26 |
| 2.2 ความหมาย ประเภทของคำสั่งทางปกครองและผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง..... | 32 |
| 2.2.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง..... | 32 |
| 2.2.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง..... | 36 |
| 2.2.2.1 คำสั่งทางปกครองทั่วไป | 36 |
| 2.2.2.2 คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย..... | 37 |
| 2.3 ความหมาย ประเภทและผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง . | 40 |
| 2.3.1 ความหมายของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง | 40 |
| 2.3.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย..... | 41 |
| 2.3.3 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย | 51 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|--|------|
| 2.4 แนวคิด และหลักการทางทฤษฎีเพื่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งทางปกครอง..... | 54 |
| 2.4.1 แนวคิดเกี่ยวกับนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน | 55 |
| 2.4.1.1 นิติวิธีหลัก | 57 |
| 2.4.1.2 นิติวิธีประกอบ | 63 |
| 2.4.2 หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจ ของฝ่ายปกครอง | 67 |
| 2.4.2.1 แนวความคิดพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพ..... | 69 |
| 2.4.2.2 ความแตกต่างระหว่างสิทธิกับเสรีภาพ..... | 70 |
| 2.4.2.3 สิทธิและเสรีภาพตามจุดประสงค์ของฝ่ายปกครอง..... | 72 |
| 2.4.3 หลักนิติรัฐ | 81 |
| 2.4.3.1 ที่มาของหลักนิติรัฐ | 82 |
| 2.4.3.2 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ..... | 83 |
| 2.4.4 หลักนิติธรรม..... | 86 |
| 2.4.4.1 ที่มาของหลักนิติธรรม..... | 87 |
| 2.4.4.2 เนื้อหาของหลักนิติธรรม..... | 88 |
| 2.4.5 หลักการบริหารราชการแผ่นดิน | 91 |
| 2.4.5.1 ลักษณะทั่วไปของหลักการบริหารราชการแผ่นดิน | 92 |
| 2.4.5.2 ที่มาของหลักการบริหารราชการแผ่นดิน | 94 |
| 2.4.5.3 ขอบเขตอำนาจบังคับบัญชา | 100 |
| 2.4.6 หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ | 105 |
| 2.4.6.1 ที่มาของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ | 106 |
| 2.4.6.2 ขอบเขตการบังคับใช้ | 106 |
| 2.4.6.3 เนื้อหาหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ | 107 |
| 2.4.6.4 ข้อยกเว้นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ..... | 110 |
| 2.4.6.5 ผลของการวินิจฉัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ | 111 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|--|------|
| 2.4.7 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย | 112 |
| 2.4.7.1 ความหมายของกฎหมายในทางปกครอง | 113 |
| 2.4.7.2 รากฐานความคิดและที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย | 115 |
| 2.4.7.3 สาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมาย | 116 |
| 2.4.7.4 ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย | 118 |
| 2.4.8 หลักการแบ่งแยกอำนาจ | 119 |
| 2.4.8.1 ที่มาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ | 121 |
| 2.4.8.2 เนื้อหาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ | 121 |
| 2.4.8.3 ความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และ อำนาจตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ | 122 |
| 2.4.9 หลักการใช้ดุลพินิจ | 125 |
| 2.4.9.1 ที่มาและประเภทดุลพินิจ | 126 |
| 2.4.9.2 ขอบเขตการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ | 129 |
| 2.4.9.3 การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง | 130 |
| 2.4.9.4 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในฝ่ายปกครองของศาลปกครอง | 131 |
| 2.4.10 หลักประโยชน์ส่วนรวมตามอุดมการณ์ในการทำคำสั่งทางปกครอง ของฝ่ายปกครอง129..... | 135 |
| 2.4.10.1 ความหมายของคำว่าประโยชน์ส่วนรวม | 135 |
| 2.4.10.2 ลักษณะทั่วไปและประเภทของประโยชน์ส่วนรวม | 136 |
| 2.4.11 หลักการบริการสาธารณะที่ใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง | 137 |
| 2.4.11.1 ประเภทของการบริการสาธารณะ | 138 |
| 2.4.11.2 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ | 139 |
| 2.4.12 หลักดุลยภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชน | 141 |
| 2.4.13 หลักความสัมพันธ์ของการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง | 144 |
| 2.4.13.1 การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง | 145 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|--|------|
| 2.4.13.2 การตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง..... | 147 |
| 2.4.14 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน | 151 |
| 2.4.14.1 ลักษณะหลักกฎหมายทั่วไป | 152 |
| 2.4.14.2 การใช้หลักกฎหมายทั่วไป | 152 |
| 2.4.14.3 เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป | 153 |
| 3. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศ และประเทศไทย | 171 |
| 3.1 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองของต่างประเทศ และประเทศไทย..... | 173 |
| 3.1.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส | 174 |
| 3.1.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | 184 |
| 3.1.3 ราชอาณาจักรสเปน | 188 |
| 3.1.4 ประเทศไทย..... | 192 |
| 3.2 การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและ แนวทางปฏิบัติของต่างประเทศกับประเทศไทย..... | 213 |
| 3.2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส | 214 |
| 3.2.2 ประเทศอังกฤษ..... | 223 |
| 3.2.3 ประเทศไทย..... | 227 |
| 3.3 องค์กรที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง ของต่างประเทศและประเทศไทย..... | 240 |
| 3.3.1 องค์กรที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ของต่างประเทศ | 241 |
| 3.3.1.1 สภาคณะกรรมการของสหราชอาณาจักร | 241 |
| 3.3.1.2 สถาบัน Médiateur ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส | 244 |
| 3.3.1.3 คณะกรรมการออมบุดสแมนของราชอาณาจักรสวีเดน | 248 |

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

| | |
|--|-----|
| 3.3.2 องค์กรที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ของประเทศไทย..... | 251 |
| 3.3.2.1 คณะกรรมการกฤษฎีกา..... | 257 |
| 3.3.2.2 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง..... | 259 |
| 4. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งทางปกครอง..... | 269 |
| 4.1 วิเคราะห์ปัญหาความไม่เหมาะสมของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ภายในฝ่ายปกครอง..... | 272 |
| 4.1.1 วิเคราะห์ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับสองชั้นภายใน ฝ่ายปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินและหลักความยุติธรรม ตามธรรมชาติ..... | 279 |
| 4.1.1.1 วิเคราะห์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับสองชั้นภายใน ฝ่ายปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน..... | 284 |
| 4.1.1.2 วิเคราะห์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับสองชั้นภายใน ฝ่ายปกครองตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ..... | 293 |
| 4.1.2 วิเคราะห์การทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ ตามหลักดุลยภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ในบังคับ ตามคำสั่งทางปกครองกับหลักคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม..... | 298 |
| 4.1.2.1 วิเคราะห์การทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองระหว่างการพิจารณา อุทธรณ์ตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ในบังคับตาม คำสั่งทางปกครอง..... | 304 |
| 4.1.2.2 วิเคราะห์การทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองระหว่างการพิจารณา อุทธรณ์ตามหลักคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม..... | 312 |
| 4.1.3 วิเคราะห์ระยะเวลาการตัดสินใจอุทธรณ์ของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง แบบบังคับตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล..... | 317 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|---|------|
| 4.2 วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของกลุ่ม ในคำสั่งทางปกครอง..... | 328 |
| 4.2.1 วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของกลุ่ม ในคำสั่งทางปกครองไม่มีการอุทธรณ์ตามหลักความเสมอภาค | 334 |
| 4.2.2 วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของกลุ่มในคำสั่งทาง ปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบ ด้วยกฎหมายในนิติรัฐและนิติธรรม | 341 |
| 4.3 วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐาน มาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ..... | 347 |
| 4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐาน มาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติตามหลักนิติวิธีในการตีความกฎหมาย มหาชน | 350 |
| 4.3.2 วิเคราะห์การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครอง ใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองตามหลักการบริหารราชการ แผ่นดิน..... | 367 |
| 4.4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับปัญหาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบ สอดส่อง ดูแล ให้คำแนะนำในการบังคับใช้กฎหมายปกครองและการทำคำสั่งทางปกครอง ให้แก่ฝ่ายปกครอง | 377 |
| 4.4.1 วิเคราะห์ปัญหาโครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน | 378 |
| 4.4.2 วิเคราะห์ปัญหาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย..... | 391 |
| 5. สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ..... | 405 |
| 5.1 สรุปผลการวิจัย | 405 |
| 5.1.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง..... | 407 |
| 5.1.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง..... | 408 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|--|------|
| 5.1.2 สรุปผลวิจัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง..... | 409 |
| 5.1.2.1 ความหมายของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง..... | 409 |
| 5.1.2.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย | 409 |
| 5.1.2.3 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย..... | 411 |
| 5.1.3 สรุปผลวิจัยเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งทางปกครอง | 412 |
| 5.1.3.1 ความหมายของการควบคุมตรวจสอบและความหมาย ฝ่ายปกครอง..... | 412 |
| 5.1.3.2 รูปแบบและวิธีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งทางปกครอง | 413 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ | 450 |
| 5.2.1 ความเหมาะสมของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง | 450 |
| 5.2.1.1 ความเหมาะสมของระบบการอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่ายปกครอง | 450 |
| 5.2.1.2 ความเหมาะสมของการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองภายใน ฝ่ายปกครองในระหว่างระยะเวลาอุทธรณ์..... | 453 |
| 5.2.1.3 ความเหมาะสมของระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ภายในฝ่ายปกครอง..... | 456 |
| 5.2.2 ข้อเสนอแนะการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ ภายในฝ่ายปกครอง | 460 |
| 5.2.3 ข้อเสนอแนะของการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจาก หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ..... | 463 |
| 5.2.3.1 ขอบเขตการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติภายใน ฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ที่เหมาะสม | 463 |
| 5.2.3.2 ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐาน มาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักการควบคุม ตรวจสอบ | 465 |

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

| | |
|--|------------|
| 5.2.4 ข้อเสนอแนะการจัดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบ สอดส่อง ดูแล ให้คำแนะนำในการบังคับใช้กฎหมายปกครองและการทำคำสั่งทางปกครอง ให้แก่ฝ่ายปกครอง..... | 469 |
| 5.2.4.1 ข้อเสนอแนะของการจัดโครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เหมาะสม | 469 |
| 5.2.4.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลางและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดที่เหมาะสม..... | 473 |
| บรรณานุกรม | 496 |
| ภาคผนวก | 522 |
| ก. บันทึกการให้สัมภาษณ์ | 523 |
| ข. หลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง | 548 |
| ค. ระเบียบการหารือกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง | 581 |
| ประวัติผู้เขียน | 584 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรอง คຸ້ມครอง ปกป้องสิทธิ และเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยถือว่า การมีสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักทั่วไป ส่วนการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น ซึ่งในการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เพื่อคຸ້ມครองส่วนรวม รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต่อประชาชน เช่นเดียวกับการที่ประชาชนมีหน้าที่ต่อรัฐ มีการวางกลไกตรวจสอบ ขจัดการทุจริต และประพฤติมิชอบที่เข้มงวดเด็ดขาด เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ปราศจากคุณธรรม จริยธรรม และขาดธรรมาภิบาล โดยใช้มาตรการในการจัดระเบียบ และความเข้มแข็งด้วยการจัดโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับสัมพันธ์ภาพ ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารให้เหมาะสม การให้สถาบันศาล และองค์กรอิสระ มีหน้าที่ ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สุจริต เทียงธรรม ตามความจำเป็น ตามความเหมาะสมกับสถานการณ์ของลักษณะสังคมไทย การใช้อำนาจรัฐ ทั้งหลายจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย โดยคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชน อันจะทำให้ สามารถขับเคลื่อนและพัฒนาประเทศ ไปข้างหน้าอย่างมั่นคงและยั่งยืน ทั้งในทางการเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมตามระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข¹ รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติ หน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของ ประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม² จากบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว แม้ว่าจะ ไม่ได้บัญญัติคำว่า นิติรัฐไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ มีเพียงปรากฏคำว่า หลักนิติธรรม ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ทั้งหมด ก็มีองค์ประกอบของ หลักนิติรัฐอยู่ในตัวเอง กล่าวคือ มีการกำหนดโครงสร้างของรัฐ ความสัมพันธ์ขององค์กรต่าง ๆ

¹ คณะวิชาการ The Justice Group, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พิมพ์อักษร, 2560), น. 4-6.

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3

ภายในรัฐ มีการรับรอง คุ่มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยมีการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมายตามที่บัญญัติไว้เท่านั้น ย่อมแสดงความหมายอยู่ในตัวแล้วว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐไว้ด้วยแล้ว

ความคิดดั้งเดิมที่ว่า “รัฐ คือ ตัวข้านี้เอง” (“L'état, c'est moi”) ของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 กษัตริย์ที่ปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศสระหว่าง ค.ศ.1638-1715 จากถ้อยคำดังกล่าวเห็นว่า ในขณะที่กษัตริย์คือที่มาของอำนาจ และมีการใช้อำนาจเด็ดขาดเหนือคนทั้งปวง³ เปรียบเหมือนอำนาจของกษัตริย์ดังกล่าวคือธรรม หมายถึงเป็นอำนาจตามอำเภอใจ และไม่มีสิ่งใดจำกัดขอบเขตได้ ความต้องการของผู้ปกครองคือกฎหมาย⁴ จึงมีคำกล่าวว่า “อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลง อำนาจที่ยิ่งเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลงอย่างถึงที่สุด “(Power corrupts, absolute power corrupts absolutely)”⁵ เพราะคนเราทุกคนเมื่อมีอำนาจแล้ว มักจะมัวเมาในอำนาจ และมักจะใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขต และหากให้อำนาจรวมอยู่ในคนเดียว คณะเดียว องค์กรเดียว ชีวิตและอิสรภาพของคนในบังคับจะอยู่ภายใต้การควบคุมแบบพลการ ประชาชนจะถูกกดขี่และใช้วิธีรุนแรง ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งอวสานจากที่กล่าวมาข้างต้น จึงกลายเป็นที่มาของทฤษฎีทางการเมืองสองทฤษฎีที่เรียกว่า การแบ่งแยกอำนาจและนิติรัฐในเวลาต่อมา สำหรับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจเกิดขึ้น ก็เพื่อตัดทอนอำนาจของผู้ปกครองและป้องกันมิให้อำนาจตกแก่บุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่มีการแบ่งการใช้อำนาจไปยังองค์กรต่าง ๆ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน⁶ ส่วนหลักนิติรัฐเป็นหลักที่เกิดขึ้นตามแนวคิดที่ว่า รัฐต้องถูกจำกัดอำนาจและให้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย ผู้ใช้อำนาจจะกระทำการใดต้องอาศัยกฎหมาย และกระทำได้ภายในขอบอำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น ดังนั้น การปกครองที่ดีที่สุดจะต้องเป็นการปกครองของกฎหมาย ไม่ใช่ของชน⁷ เมื่อเป็นการปกครองของกฎหมาย กิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งย่อมจะต้องควบคุมตรวจสอบได้เสมอทำให้คำว่า

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 53.

⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, *วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนไทยและต่างประเทศ* (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น. 99.

⁵ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 62.

⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *กองการวิเคราะห์กฎหมายและเรื่องทุกข์*, การพัฒนาระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2539), น. 36.

⁷ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, *ปรัชญาและกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ม.ป.ป.), น. 150.

“เป็นการปกครองโดยกฎหมาย” เป็นจริงขึ้นมาได้ ในทางตรงกันข้าม หากการใช้อำนาจโดยไม่มี การควบคุมตรวจสอบ ประชาชนย่อมถูกกดขี่ข่มเหง การใช้อำนาจก็เป็นไปตามอำเภอใจ สิทธิและ เสรีภาพของประชาชนย่อมไม่อาจมีได้ จึงขึ้นอยู่กับผู้ปกครองว่าจะใช้อำนาจนั้นอย่างไร⁸ จากแนวคิดที่ว่า กิจการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมาย และต้องควบคุม ตรวจสอบได้เสมอนั้น จึงเกิดข้อขัดแย้งระหว่างสิทธิและประโยชน์ของสองฝ่าย ได้แก่ ประโยชน์ ส่วนตัวของเอกชนหรือประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง กับประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ สาธารณะของผู้ปกครอง ซึ่งมีเป้าหมายแตกต่างกัน โดยเอกชนมุ่งที่จะปกป้อง คุ่มครองสิทธิและ ประโยชน์ของตนเองให้มากที่สุด ส่วนฝ่ายปกครองมุ่งที่จะปกป้อง คุ่มครองประโยชน์ส่วนรวมให้ เกิดความเสียหายน้อยที่สุด⁹ แต่โดยเหตุที่ผู้ปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนมักมีการใช้อำนาจเกิน ขอบเขต จึงต้องมีระบบ กลไกควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ก็เพื่อรักษาสมดุล ระหว่างประโยชน์ของบุคคลซึ่งเป็นเอกชน กับประโยชน์ส่วนรวมอันเป็นภารกิจหลักของฝ่าย ปกครอง จากเหตุผลดังกล่าวจึงเกิดหลักการที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย จนมีผู้กล่าวว่า การกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง การกระทำทางปกครองที่ ยุติธรรม อัน ได้แก่ การกระทำที่สามารถสนองตอบข้อเรียกร้องต้องการของประโยชน์มหาชน (Public Interest) ได้อย่างมีประสิทธิภาพและอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบ กระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด¹⁰

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง จึงอยู่ภายใต้หลักที่ว่า คำสั่ง ทางปกครองใด ๆ ต้องชอบด้วยกฎหมาย และต้องสามารถควบคุมตรวจสอบได้เช่นเดียวกัน คำสั่ง ทางปกครอง เป็นเครื่องมือสำคัญ ที่รัฐมีความจำเป็นต้องใช้ในการทำภารกิจต่าง ๆ เพื่อสนองตอบ ความต้องการของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาต อนุมัติ รับรอง จดทะเบียนในเรื่องต่าง ๆ ในแต่ละวันเป็นจำนวนมาก แต่ข้อเท็จจริงกลับพบว่า ในการออกคำสั่ง ทางปกครองของฝ่ายปกครองยังมีการกระทำที่ผิดพลาด และบกพร่องอยู่เสมอ จนมีการนำ ข้อผิดพลาด และข้อบกพร่องเหล่านั้น มาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมาก¹¹ ซึ่งยอม

⁸ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์, 2543), น. 301.

⁹ บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 298.

¹⁰ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, น. 81.

¹¹ จำนวน 165,289 คดี (ฟ้องเรื่องคำสั่งทางปกครองเกินร้อยละ 60 ที่เหลือเป็นการฟ้องเรื่องสัญญาทาง ปกครอง ความรับผิดทางละเมิด และอื่น ๆ) ข้อมูลถึงวันที่ 30 เมษายน 2563 ที่มาสำนักงานศาลปกครอง, สถิติคดี ปกครอง <http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/03stattotalcourttotal.html> (สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2563).

แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจของประชาชนว่า เจ้าหน้าที่รัฐซึ่งมีหน้าที่โดยตรงในการสนองต่อความต้องการ คือ การจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชน มีการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้อง นอกจากเป็นความผิดพลาด บกพร่องดังกล่าวแล้ว ยังกระทบต่อความเชื่อมั่นไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อฝ่ายปกครองในภาพรวม เหตุผลหนึ่งที่มีการกระทำที่ผิดพลาดบกพร่อง จนมีการนำไปสู่การฟ้องคดีต่อศาลปกครองอาจเป็นเพราะฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ผูกพันอยู่กับการบริการสาธารณะหลายประเภท และมีการเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของสังคม ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง จึงต้องมีการปรับปรุง เปลี่ยนแปลงตลอดเวลาเช่นกัน ประกอบกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาและควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้มีแนวทางเดียวกับกระบวนการตรวจสอบในชั้นศาลปกครองในทุกกรณี เพราะข้อจำกัดทางด้านแนวคิดในหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ ระหว่างฝ่ายปกครองและศาลปกครอง แต่บางประเทศมีการกำหนดให้นำกระบวนการพิจารณาตัดสินในชั้นศาล มาใช้กับการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการ¹² ไม่ว่าจะรับเรื่องราว การค้นหาข้อเท็จจริง การปรับข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจ โดยเฉพาะการคำนึงถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) หลักความเสมอภาคตามกระบวนการขั้นตอนในทางกฎหมาย (Due Process of Law)¹³ ทำให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ไม่สอดคล้องกับที่ศาลปกครองได้วินิจฉัย

ดังนั้น หากให้กระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่สอดคล้องกับกระบวนการตรวจสอบในชั้นศาลปกครองมากที่สุด ย่อมเป็นการพัฒนาหลักการควบคุมตรวจสอบที่ดีที่สุด ปัญหาคือ ทำอย่างไรให้ฝ่ายปกครองวินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกับที่ศาลปกครองได้พิพากษา เป็นการสร้างความไว้วางใจ เชื่อมั่น และศรัทธาของประชาชนที่มีต่อฝ่ายปกครองและศาลปกครอง บางครั้งการบริหารงานภายในฝ่ายปกครองที่มีข้อบกพร่อง มีความผิดพลาด อาจเป็นการกระทำโดยไม่จงใจก็เป็นได้ เพราะฝ่ายปกครองมีภารกิจยุ่งยาก ซับซ้อน มีข้อจำกัดมากมาย เช่น เครื่องมือ อุปกรณ์งบประมาณ สายการบังคับบัญชา ระบบการบริหารจัดการในระบบราชการ แม้แต่ศักยภาพของเจ้าหน้าที่ หรือความจำเป็นเร่งด่วนในบางกรณี รวมทั้งกลไก หรือมาตรการของกฎหมาย ที่แม้ฝ่ายปกครองจะมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นเพียงใดก็ตาม ก็ย่อมเกิดข้อบกพร่อง ข้อผิดพลาดขึ้นได้ แต่สิ่งที่ไม่ควรเกิดขึ้น คือ ข้อบกพร่อง หรือข้อผิดพลาดเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนวิธีพิจารณา

¹² สมยศ เชื้อไทย, “ปัญหาในทางทฤษฎีในการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการ,” *วารสารนิติศาสตร์*, 15 (4), (2528), น. 150.

¹³ สำนักงานศาลปกครอง, *วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง*, “รายงานการศึกษากลุ่มปัญหาการพิจารณาอุทธรณ์ภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร,” (การอบรมหลักสูตรกฎหมายปกครองระดับสูง รุ่นที่ 2, 2557), น. 7.

เนื่องจากรูปแบบ ขั้นตอนเหล่านั้นฝ่ายปกครองถือปฏิบัติอยู่เป็นประจำโดยทั่วไป จนมีการกล่าวอ้างว่า คดีที่ทำไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนที่เรียกว่า วิธีสบัญญัติในชั้นเจ้าหน้าที่ไม่ควรเกิดขึ้นเลยในคดีปกครอง ควรให้ศาลปกครองพิจารณาเฉพาะกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น หรือหากมีการออกคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องในรูปแบบ หรือขั้นตอน ศาลปกครองก็ควรมีอำนาจให้ฝ่ายปกครองแก้ไขได้ก่อนที่มีคำพิพากษา อันเป็นการลดภาระและลดเวลาการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ทำให้คดีเสร็จรวดเร็วยิ่งขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นหลักประกัน และคุ้มครองเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในความบกพร่อง หรือผิดพลาดของการทำคำสั่งทางปกครอง หากการทำคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง นอกเหนือจากความรับผิดชอบวินัย หรือความรับผิดชอบต่ออาญา แต่การที่เจ้าหน้าที่ยังจะต้องรับผิดชอบทั้งทางวินัยและทางอาญา หากเกิดความบกพร่อง หรือผิดพลาดของการทำคำสั่งทางปกครองตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งเป็นการบั่นทอนกำลังใจในการทำงานเช่นกัน จนบางครั้งเป็นปัญหาในการบริหาร เพราะหากตัดสินใจกระทำลงไปแล้วเกิดข้อบกพร่อง ผิดพลาด จะเกิดขึ้นแก่เจ้าหน้าที่ผู้นั้น อันเป็นปัญหาหนึ่งของการทะเลาะต่อหน้าที่ หรือมีการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า เพราะเจ้าหน้าที่แต่ละคนพยายามหาวิธีการเพื่อเอาตัวรอด¹⁴ ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในที่สุด ทำให้เกิดภาพลักษณ์ของความไม่น่าเชื่อถือ ไร้วางใจ ในสายตาของประชาชนที่มีต่อองค์กร การให้ความสำคัญกับการประกันสิทธิในชั้นพิจารณาของเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองก่อนออกคำวินิจฉัย ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนจึงเป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญยิ่งที่ต้องกระทำควบคู่ไปกับการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก เช่น ศาลปกครอง เพื่อให้การกระทำกิจการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองไม่เกิดข้อผิดพลาด บกพร่อง หรือเกิดข้อผิดพลาด บกพร่องน้อยที่สุด โดยไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขเยียวยาสิ่งนั้นทุกกรณีในภายหลัง ไม่ว่าจะเยียวยาภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน หรือแก้ไขเยียวยาโดยศาลปกครอง ไม่ว่าจะความบกพร่องหรือผิดพลาด จะเกิดจากวิธีพิจารณาหรือสารบัญญัติก็ตาม การมีมาตรการหรือการมีกลไกทางกฎหมาย ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ และชั้นศาลปกครองที่เหมาะสมเป็นมาตรฐานเดียวกัน ตลอดจนการทำให้หลักการ แนวคิดพื้นฐานในทางปกครอง รวมถึงกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ที่มีอยู่ สามารถนำไปใช้ให้สอดคล้องตรงกันตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงมีมาตรการปกป้อง คุ้มครองการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ให้มีประสิทธิภาพ ย่อมส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่เกิดการเปลี่ยนวิธีการทำงาน ไม่ใช่เพียงเปลี่ยนแต่รูปแบบ

¹⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 16.

ภายนอก แต่เนื้อหาภายในมิได้เปลี่ยนแปลงไปด้วย ซึ่งจะมีประโยชน์น้อยดังเป็นปัญหาที่เห็นในปัจจุบัน

ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย รัฐและองค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย มีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้น ไม่ว่าจะเป็กฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายลำดับใดก็ตาม นอกจากนั้น หากรัฐ องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ทั้งหลายของรัฐใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ก็ต้องมีองค์กรและกระบวนการควบคุมตรวจสอบ และสามารถวินิจฉัย เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนนั้นได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรมให้มากที่สุด ดังนั้น ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นระบบสำคัญที่เป็นพื้นฐาน ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะขาดเสียมิได้¹⁵ จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จึงเห็นสภาพปัญหาในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองหลายประการ ทั้งด้านแนวคิด หลักการ ข้อกฎหมาย ระบบ และองค์กรที่ต้องการคำตอบและแก้ไข ดังนี้

1. ปัญหาความไม่เหมาะสมของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

ความไม่เหมาะสมของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง มีปัญหาหลายประการ

ประการแรก ปัญหาการทบทวนหรือการพิจารณาอุทธรณ์สองชั้นด้วยกันเองภายในฝ่ายปกครอง คือการทบทวนชั้นที่หนึ่ง เป็นการทบทวนโดยให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาคำอุทธรณ์ การทบทวนชั้นที่สอง คือ การทบทวนโดยผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ไม่ใช่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม ซึ่งในการขอให้ทบทวนคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 กำหนดให้คู่กรณีต้องกระทำโดยการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ที่ได้ระบุชื่อและตำแหน่งที่ได้ลงนามในคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเป็นผู้ที่ทราบเรื่อง และอยู่ในฐานะที่จะทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเองได้ดีที่สุด และในมาตรา 45 และมาตรา 46 ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน กำหนดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ให้เจ้าหน้าที่ที่ได้รับอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง มีอำนาจทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเอง ทั้งข้อกฎหมายและความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองนั้นใหม่ และมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด และในเรื่องใดก็ได้ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ตน แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ นอกจาก

¹⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 35.

จะต้องแจ้งผลให้แก่ผู้อุทธรณ์ทราบแล้ว ต้องรายงานความเห็นพร้อมด้วยเหตุผล ไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ เพื่อให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยต่อไป¹⁶ จากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดปัญหา คือ การกำหนดให้ผู้อุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองที่เป็นต้นเหตุให้เกิดการอุทธรณ์ และให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนก่อน เป็นการ

¹⁶ กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้อ 2 การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (1) หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดของส่วนราชการประจำจังหวัด หรือส่วนราชการประจำอำเภอของ กระทรวง ทบวง กรม เดียวกัน (2) เลขานุการรัฐมนตรี เลขานุการกรม หัวหน้าส่วนราชการระดับกองหรือเทียบเท่า หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำเขต แล้วแต่กรณี ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดของส่วนราชการนั้น (3) อธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการระดับกรม แล้วแต่กรณี ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเลขานุการกรม หัวหน้าส่วนราชการระดับกองหรือหัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำเขต หรือผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของอธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมซึ่งดำรงตำแหน่งสูงกว่านั้น (4) ปลัดกระทรวงหรือปลัดทบวง แล้วแต่กรณี ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีหรือเทียบเท่า (5) นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหัวหน้าส่วนราชการที่ขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี หรือเป็นผู้ดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงหรือปลัดทบวง (6) ประธานวุฒิสภา ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการวุฒิสภา (7) ประธานสภาผู้แทนราษฎร ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (8) ผู้ว่าราชการจังหวัด ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด นายอำเภอ เจ้าหน้าที่ของส่วนราชการของจังหวัด เจ้าหน้าที่ของส่วนราชการอำเภอ หรือเจ้าหน้าที่ของสภาตำบล เว้นแต่กรณีที่กำหนดไว้แล้ว (9) ผู้บริหารท้องถิ่นหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่นแล้วแต่กรณี ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่น (10) ผู้ว่าราชการจังหวัด ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้บริหารท้องถิ่น หรือคณะผู้บริหารท้องถิ่น (11) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง เป็นผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร หรือผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้บริหารองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือในฐานะราชการในส่วนภูมิภาค (12) ผู้แทนของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐแล้วแต่กรณี ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ (13) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสั่งการหรือมอบหมายให้เอกชนปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเอกชนซึ่งได้รับคำสั่งหรือได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ดังกล่าว (14) ผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล หรือผู้ควบคุมชั้นเหนือขึ้นไปชั้นหนึ่งแล้วแต่กรณี ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่อื่นนอกจากที่กำหนดไว้ข้างต้น (15) เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ซึ่งไม่มีผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล หรือผู้ควบคุม

ยากที่จะให้เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเห็นว่า ตนเองได้กระทำการผิดพลาด หรือบกพร่อง เพราะหากเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเห็นว่า ตนเองได้กระทำการผิดพลาด หรือบกพร่อง คงจะไม่ทำสิ่งนั้นมาตั้งแต่ต้น นอกจากนี้ การพิจารณาคำอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่ง ยังเป็นผู้มีส่วนได้เสียขาดสภาพความเป็นกลางในการพิจารณาทบทวนคำอุทธรณ์อีกด้วย ไม่เป็นไปตามหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ว่า เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาทางปกครองจะต้องไม่เป็นคู่กรณีเอง เพราะการพิจารณาอุทธรณ์เป็นการพิจารณาทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตราดังกล่าวเช่นเดียวกัน เมื่อการพิจารณาอุทธรณ์ขาดสภาพความเป็นกลาง ก็เป็นการยากที่จะให้เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิมของตน การอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองจึงไม่มีผลใด ๆ อีกทั้งในบางกรณีการที่เจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองไป ก็ไม่อยู่ในฐานะจะแก้ไขอะไรได้ เพราะทำตามแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียนของหน่วยงาน หรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ในที่สุดก็ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้แก่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) พิจารณาอุทธรณ์นั้นต่อไป นอกจากนี้เป็นการเพิ่มขึ้นตอนในการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว ส่งผลทำให้ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่กำหนดก็นานออกไปอีก และหากให้ฝ่ายปกครองมีขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหลายชั้นและเกิดความล่าช้าเกินไป ปัญหาของประชาชนก็ไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยาได้ทันและตรงกับความต้องการ ข้อมกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก แม้อาจมองได้ว่า การให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองพิจารณาคำอุทธรณ์ก่อน เพราะเป็นผู้ที่ทราบเรื่อง และอยู่ในฐานะที่จะทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเองได้ดีที่สุด เป็นเหตุผลที่มองผิวเผินว่า เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้อุทธรณ์ แต่ในความเป็นจริงเป็นการคุ้มครองสิทธิที่มีผลเพียงแค่ว่าในทางหลักการหรือในทางทฤษฎีเท่านั้น

ประการที่สอง ปัญหาการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างระยะเวลาการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง โดยเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ทำคำสั่งทางปกครองใดโดยมีผลทางกฎหมายขึ้นแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ทันที และเมื่อฝ่ายปกครองได้มีมาตรการบังคับทางปกครองใดไปแล้ว การแก้ไข เยียวยาความเสียหายกับสิ่งที่บังคับไปแล้ว ไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามสภาพเป็นจริงได้ หากต่อมามีการยกเลิกเพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้บุคคลพ้นจากตำแหน่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่เยียวยาความเสียหายเรื่องสิทธิประโยชน์ในทางนิตินัยที่ได้รับซึ่งเป็นตัวเงินเท่านั้น ไม่อาจเยียวยาให้บุคคลคืนสู่ตำแหน่งตามพดตินัยดังที่เป็นอยู่เดิมได้¹⁷

¹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1202/2558, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 992/2556

ประการที่สาม ปัญหาการใช้สิทธิอุทธรณ์ของผู้มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีระยะเวลาสั้น และแตกต่างกันไปตามกฎหมายแต่ละฉบับไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน เช่น ให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐนั้นภายใน 7 วันทำการ¹⁸ หรือให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาต พักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 30 วัน¹⁹ หรือให้ต้องยื่นอุทธรณ์ภายใน 15 วัน²⁰ ประกอบกับระบบอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองเป็นระบบบังคับ ทั้งระบบอุทธรณ์บังคับทั่วไป และระบบอุทธรณ์บังคับเฉพาะ หากไม่มีการอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลา หรือมีการอุทธรณ์แต่ยื่นเกินเวลาที่กฎหมายกำหนด ย่อมตัดสิทธิผู้อุทธรณ์ไม่ให้มีการโต้แย้งคัดค้านผลของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นอย่างอื่น แม้จะเห็นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ทั้งยังเป็นการบังคับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองปิดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ไม่ให้พิจารณาคำสั่งทางปกครองซ้ำอีก และส่งผลเป็นการบังคับศาลปกครองไม่ให้รับคดีที่ไม่มีการใช้สิทธิอุทธรณ์ไว้พิจารณาพิพากษาควบคู่ไปด้วย เพราะไม่มีการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายในฝ่ายปกครองมาก่อนตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ในคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างมาก

2. ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของคู่กรณีในคำสั่งทางปกครอง ปัญหานี้เกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครอง แต่คู่กรณีไม่มีการอุทธรณ์ให้เจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ว่าจะคู่กรณีจะพอใจคำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่กรณีที่ไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์ก็ต้องรับสภาพไปตามเนื้อหาและข้อกำหนดตามเงื่อนไขของคำสั่งนั้น ทำให้ข้อพิพาทระหว่างบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้สิ้นสุดลงเพียงในชั้นเจ้าหน้าที่ ศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรภายนอก จึงไม่มีโอกาสตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้อีก และเนื่องจากการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของประเทศไทย ใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับเป็นหลักทั่วไป และเป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีของผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งและการรับฟ้องคดีของศาลปกครอง กล่าวคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้เป็นการเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวก่อน” เห็นว่า การที่พระราชบัญญัติในมาตราดังกล่าวใช้คำว่า ต้องมีการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการ

¹⁸ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 117

¹⁹ พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 70

²⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44

แก้ไขความเดือดร้อนก่อน ซึ่งหมายความว่าความถึงการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนั่นเอง หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ ก็ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผลของการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าว ก็ย่อมสิ้นสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งเหตุผลที่คู่กรณีไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอาจเป็นเพราะการอุทธรณ์มีความยุ่งยาก หรือผู้อุทธรณ์ไม่มีความรู้กฎหมายดีพอ หรือเกรงว่าต้องมีดำเนินการหลายขั้นตอนใช้เวลานาน หรืออาจเป็นเพราะการอุทธรณ์ไม่มีประโยชน์สำหรับตน แม้จะมีการแก้ไขเยียวยาให้ในภายหลังก็ตาม หรืออาจจะไม่ประสงค์ที่จะเป็นความกับหน่วยงานของทางราชการก็เป็นได้ ซึ่งไม่ว่าการไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะเกิดขึ้นเพราะเหตุผลใด ฝ่ายปกครองก็ไม่มีมาตรการหรือกลไกใดที่ประกันความเสมอภาคทางกฎหมายของคู่กรณีไว้เลย และไม่มีการควบคุมตรวจสอบได้เลยว่า คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่คู่กรณีไม่ได้อุทธรณ์นั้น ชอบด้วยกฎหมายและมีความเหมาะสมในเรื่องนั้นหรือไม่ หากต่อมาฝ่ายปกครองมีการออกคำสั่งทางปกครองกับบุคคลอื่น โดยอาศัยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายในลักษณะเดียวกันและได้วินิจฉัยโดยออกคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างออกไป หรือมีการวินิจฉัยเป็นอย่างเดียวกับกรณีอื่น ๆ ที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่คู่กรณีได้ใช้สิทธิอุทธรณ์ และเจ้าหน้าที่ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ที่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เปลี่ยนแปลงคำสั่งไปจากเดิม หรือมีการนำคดีไปฟ้องต่อศาล และศาลปกครองได้วินิจฉัยเพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมเห็นได้ชัดว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมเกิดความลักลั่นและมีผลทางกฎหมายแตกต่างกัน ทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายหลายมาตรฐาน ความยุติธรรมทางปกครองย่อมเกิดขึ้นเฉพาะผู้อุทธรณ์หรือเกิดขึ้นเฉพาะผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งนอกจากเป็นการขาดหลักประกันความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครอง ที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อประชาชนที่ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกันเป็นอย่างเดียวกันแล้ว ประชาชนยังขาดความเชื่อมั่นไว้วางใจในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองขึ้นได้อีกด้วย

3. ปัญหาการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแยกประเด็นปัญหาได้สองประการ

ประการแรก ปัญหาการไม่มีระบบควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง

ในปัจจุบันฝ่ายปกครองมีการออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองของผู้บังคับบัญชาเป็นจำนวนมากและแทบจะทุกเรื่อง ซึ่งยังไม่มีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว หากจะมีการควบคุมตรวจสอบก็ยังมีเพียงอยู่ในลักษณะการเสนอเรื่องผ่านผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น โดยมีจุดประสงค์

เดียว คือ การตรวจสอบความถูกต้องก่อนลงนามให้มีผลในทางปฏิบัติเท่านั้น ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด และบางกรณีหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติได้เข้าไปแทนที่ในการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ถือเป็นเหมือนหนึ่งว่า ผู้บังคับบัญชาได้ใช้ดุลพินิจตามกฎหมายของผู้บังคับบัญชาเสียเอง เช่น หนังสือเวียนกำหนดให้นายทะเบียนออกรูปขึ้นท้องที่อนุญาตให้บุคคลมีออกรูปขึ้นคนละสองกระบอกและไม่ซ้ำขนาดกัน อันเป็นการกำหนดนอกเหนือพระราชบัญญัติออกรูปขึ้น เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมออกรูปขึ้น พ.ศ. 2490²¹ และถ้าหากกรณีไม่เคยมีหนังสือเวียน หรือแนวทางปฏิบัติมาก่อน ท้ายที่สุดผู้บังคับบัญชาก็ต้องมีการออกหนังสือเวียน หรือกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อเป็นมาตรฐานในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นต่อไป หากปล่อยให้มีการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง หลุดพ้นการควบคุมตรวจสอบย่อมมีผลกระทบต่อฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองและผู้รับคำสั่งทางใดทางหนึ่งไม่ว่ามีผลโดยตรง หรือทางอ้อม

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

แม้ว่าโดยทั่วไปการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองอาจมองได้ว่าหากกรณีมีความสำคัญกว่าการตรวจสอบโดยศาลปกครอง เพราะการตรวจสอบโดยศาลปกครองเป็นการประกันสิทธิในเชิงแก้ไข ที่มีภายหลังคำสั่งทางปกครองเกิดผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนขึ้นแล้ว ซึ่งศาลปกครองก็ไม่สามารถก้าวล่วงไปตรวจสอบฝ่ายปกครองได้ทุกกรณี จะมีอำนาจตรวจสอบได้เฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติและมีการนำคดีมาสู่ศาลปกครอง และหากมีการฟ้องคดีต่อศาล ศาลปกครองก็ใช้ดุลพินิจตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ในปัจจุบันศาลปกครองวินิจฉัยว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่ได้เป็นคำสั่งทางปกครอง และไม่ได้กฎหมาย แต่เป็นเพียงขั้นตอนหรือมาตรการภายในของฝ่ายบริหาร เพราะตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติยังไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล เฉพาะตัวคำสั่งที่ฝ่ายปกครองแสดงออกต่อบุคคลภายนอกเท่านั้น ที่อยู่ในเงื่อนไขถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง ตัวอย่างเช่น หนังสือของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่แจ้งผู้บังคับบัญชาดำเนินการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ โดยไม่ต้องสอบสวนทางวินัย²² หรือกรณีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

²¹ หนังสือเวียนที่ มท. 0501/ว. 886 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2521

²² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คป. 42/2560

ว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539²³ หรือหนังสือเวียนอธิบายข้อกำหนด²⁴ เห็นว่า การที่ศาลปกครองตีความจำกัดขอบเขตกรณีดังกล่าวนี้เป็นการใช้ดุลพินิจจำกัดขอบเขตไม่ตรงต่อสภาพความเป็นจริงตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินในปัจจุบัน เพราะในปัจจุบันหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมตรวจสอบตามสายบังคับบัญชาตลอดหลั่นกันตามลำดับ ทั้งมีอำนาจเหนือการกระทำและต่อตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นโดยวิธีการออกหนังสือเวียน หรือกำหนดแนวทางปฏิบัติ กล่าวคือ ผู้ออกหนังสือเวียน หรือผู้กำหนดแนวทางปฏิบัติมีอำนาจลงโทษทางวินัย จนกล่าวได้ว่า หากให้ผู้บังคับบัญชาเลือก ระหว่างการขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชาโดยการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติกับการฝ่าฝืนกฎหมายปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมเลือกที่จะฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เสียดีกว่า เพราะผลของการฝ่าฝืนจะมีผลกระทบต่อคนแตกต่างกัน เช่น หากเลือกหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาอาจมีผลกระทบต่อตัวเจ้าหน้าที่ผู้ขัดคำสั่งนั้น โดยถูกลงโทษทางวินัยตามระเบียบวินัยข้าราชการ หากเลือกที่จะฝ่าฝืนกฎหมายและต่อมาศาลปกครองวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองมีอำนาจเพียงแค่พิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นตามมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองจะกระทบเฉพาะตัวคำสั่งทางปกครองนั้นเท่านั้น ไม่มีผลกระทบต่อตัวเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นเลย ปัญหาดังกล่าวข้างต้นไม่ว่าศาลปกครองใช้ดุลพินิจพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการอย่างไร ไม่ว่าจะเพราะเกรงว่าเป็นการก้าวล่วงใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเสียเองหรือไม่ การจำกัดขอบเขตดังกล่าวของศาลปกครอง ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงตามหลักการควบคุมตรวจสอบที่ศาลปกครองควรตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองได้ทุกประเภท

4. ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบ สอดส่อง ดูแล ให้คำแนะนำในการบังคับใช้กฎหมายปกครองและการทำคำสั่งทางปกครองให้แก่ฝ่ายปกครอง

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นองค์กรให้คำปรึกษา สอดส่อง และแนะนำดูแลเกี่ยวกับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และถือว่าเป็นองค์กรควบคุมภายในฝ่ายปกครององค์กรหนึ่ง ที่อยู่เป็นส่วนหนึ่งในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี อันเป็นฝ่ายบริหาร โดยมี

²³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 19/2559

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 969/2556

หน้าที่ประการหนึ่งก็เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองที่มีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายปกครอง ทั้งปรึกษาหารือ ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครอง ซึ่งเห็นว่าคณะกรรมการดังกล่าวมีปัญหาน้อยสองประการ คือปัญหาการจัดโครงสร้างภายในองค์กร และปัญหาอำนาจหน้าที่

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้าง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 7 บัญญัติให้มีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองคณะหนึ่ง ประกอบด้วยประธานกรรมการคนหนึ่ง ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงมหาดไทย เลขาธิการนายกรัฐมนตรี เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่น้อยกว่าห้าคนแต่ไม่เกินเก้าคนเป็นกรรมการ²⁵ ซึ่งเห็นว่า องค์ประกอบของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาจากผู้แทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นข้าราชการประจำ ระดับปลัดกระทรวงหรือเทียบเท่าจำนวน 4 คน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 5-9 คน ตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2544 มีสถิติการฟ้องหน่วยงานทางปกครองต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมากถึง 165,289 คดี²⁶ ทั้งที่มีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ทำหน้าที่คอยช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ ในการบังคับใช้กฎหมายปกครองและการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ย่อมสะท้อนสภาพปัญหาโครงสร้างภายในของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้อย่างหนึ่ง นอกจากนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีอยู่คณะเดียว โดยมีที่ปฏิบัติงานในส่วนกลางที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการดังกล่าวเป็นคณะกรรมการที่ทำงานไม่เต็มเวลา แต่ยังมีงานประจำที่ต้องปฏิบัติอยู่แล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยตำแหน่งทำให้ประสิทธิภาพการปฏิบัติหน้าที่ได้เพียงระดับหนึ่ง ไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับปัญหาของฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบงานตามกฎหมายหลายฉบับ และปัญหาการบังคับใช้กฎหมายปกครองส่วนใหญ่ อยู่ในราชการส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น อีกทั้ง มีระเบียบส่งเรื่องปรึกษาให้ความเห็นมีหลายขั้นตอน ตั้งแต่เรียกหน่วยงานที่หรือมาชี้แจง ส่งเอกสาร และนัดประชุม ต้องใช้

²⁵ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองปัจจุบัน มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 16 มิถุนายน 2563 ประกอบด้วย นายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ ประธานกรรมการ กรรมการโดยตำแหน่งจำนวน 4 คน ได้แก่ ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงมหาดไทย เลขาธิการนายกรัฐมนตรี เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 9 คน ได้แก่ นายันทวัตต์ บรรณานันท์ นายพนพล เสงเจริญ นายบุญอนันต์ วรรณพานิชย์ นายประสงค์ วินัยแพทย์ นายภัทรศักดิ์ วรรณแสง นายฤทัย หงส์ศิริ นายอัคริคม อินทภูติ นายเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล

²⁶ ข้อมูลตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครอง จนถึงวันที่ 30 เดือน เมษายน พ.ศ. 2563 ศาลปกครองสูงสุด จำนวน 48,070 คดี และศาลปกครองชั้นต้น 15 แห่ง จำนวน 117,219 คดี รวม 165,289 คดี ที่มาสำนักงานศาลปกครอง, รายงานผลการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ,<http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/03stattotalcourttotal.html> (สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2563).

เวลานาน ทำให้เกิดปัญหาอุปสรรคหลายด้าน ไม่สะท้อนกับปัญหาของฝ่ายปกครองที่ต้องการแก้ไข ปัญหาด้วยความรวดเร็วทันต่อความต้องการของประชาชน

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่ต่อเนื่องเชื่อมโยงกับปัญหา โครงสร้าง และต่างกระทบและส่งผลซึ่งกันและกัน เพราะหาก โครงสร้างไม่ดี ย่อมส่งผลเกิด ข้อบกพร่องต่ออำนาจหน้าที่ด้วย ในทางหลักวิชาการคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นองค์กรที่เป็นกลาง ไม่ใช่หน่วยงานภายในฝ่ายปกครองที่บังคับใช้กฎหมายปกครองโดยตรง ซึ่ง พระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 11 บัญญัติให้คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองมีหน้าที่หลายประการ²⁷ ในการควบคุมตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมาย ปกครองและความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองทั้งหลาย ซึ่งถือว่าเป็นการ ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองเชิงป้องกันรูปแบบหนึ่งเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาดูแล ให้คำแนะนำ หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายปกครองตามแนวทางสภากรรณการของประเทศอังกฤษ เนื่องจาก ขณะนั้นกฎหมายปกครองยังเป็นเรื่องใหม่เพราะยังไม่ได้จัดตั้งศาลปกครองยังไม่มีการพัฒนาหลัก กฎหมายปกครองมากนัก อีกทั้ง ไม่ใช่องค์กรระงับข้อพิพาททางปกครอง เป็นแต่เพียงให้ความเห็น หรือเสนอแนะทางกฎหมายและทางวิชาการตามที่หน่วยงานปกครองปรึกษาหารือ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 จนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2562) คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้คำปรึกษา แก่ฝ่ายปกครองไปจำนวน 236 เรื่อง²⁸ และในปี พ.ศ. 2562 เรื่องที่ผ่านความเห็นของคณะกรรมการ วิधिปฏิบัติราชการทางปกครองมีเพียงจำนวน 9 เรื่อง²⁹ ทั้งที่ฝ่ายปกครองมีกฎหมายปกครองอยู่ใน

²⁷ พระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 11 คณะกรรมการปฏิบัติราชการทาง ปกครองมีอำนาจหน้าที่ (1) สอดส่องดูแลและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (2) ให้คำปรึกษาแก่เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามที่เจ้าหน้าที่ร้องขอ (3) มีหนังสือเรียกให้เจ้าหน้าที่ หรือบุคคลอื่นใดมาชี้แจงหรือแสดงความเห็นประกอบการพิจารณา (4) เสนอแนะในการตราพระราชกฤษฎีกา และการออกกฎกระทรวงหรือประกาศตามพระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (5) จัดทำ รายงานเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพัฒนาและปรับปรุงการปฏิบัติราชการทางปกครองให้มีความเป็นธรรมและมี ประสิทธิภาพยิ่งขึ้น (6) เรื่องอื่นตามที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย

²⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กองกฎหมายปกครอง, ความเห็นของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติ ราชการทางปกครอง สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2563, จาก <http://www.krisdika.go.th/web/bureau-of-administrative-law/act3>

²⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กองกฎหมายปกครอง, ความเห็นของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติ ราชการทางปกครอง เมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2563, จาก <http://www.krisdika.go.th/web/bureau-of-administrative-law/act3#2562>

ความรับผิดชอบจำนวนมาก ข้อมสะท้อนถึงข้อบกพร่องของคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองในอำนาจหน้าที่เช่นกัน แสดงว่า คณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองยังไม่สามารถปฏิบัติงานให้บรรลุเจตนารมณ์ในการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวได้ ทำให้หน่วยงานฝ่ายปกครองขอหารือมายังคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อให้ความเห็นในปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพียงไม่กี่เรื่อง ซึ่งไม่สอดคล้องกับปริมาณคดีใน ศาลปกครองที่เกิดขึ้นจำนวนมากดังที่กล่าวแล้วข้างต้น ดังนั้น การมีคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองชุดเดียวไม่ได้ทำงานเต็มเวลา และในความเป็นจริงปัญหาในการปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายอยู่ในหน่วยงานระดับผู้ปฏิบัติ ที่มีสำนักงานตั้งอยู่ในส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น ที่ต้องการความรวดเร็วในการปฏิบัติงานให้ทันต่อความต้องการของประชาชน ทำให้การทำงานของคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองล่าช้า เพราะหากรอให้คณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองให้ความเห็น การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองในเรื่องนั้น ก็อาจเกินกรอบเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ทั้งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นแต่เพียงให้ความเห็น หรือเสนอแนะแนวทางกฎหมายตามที่หน่วยงานปกครองปรึกษาหารือ ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่ได้มีผลผูกพันฝ่ายทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น หน่วยงานทางปกครองที่ขอหารือจะตัดสินใจใช้อำนาจตามที่คณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองให้ความเห็น หรือให้คำแนะนำหรือไม่ก็ได้ จึงไม่มีสภาพบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อค้นหาสภาพปัญหา ความเป็นมา และความสำคัญของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
2. เพื่อศึกษาทำความเข้าใจความหมาย แนวคิด หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
3. เพื่อเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศกับประเทศไทย
4. เพื่อวิเคราะห์อภิปรายผลปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
5. เพื่อสรุป และเสนอแนะ ปรับปรุง แก้ไขการพัฒนา รูปแบบและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ทั้งระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง การพัฒนารูปแบบในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพขององค์กรที่

เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสม และสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย ให้เป็นเครื่องมือสนับสนุนและส่งเสริมการบริหารกิจการภาครัฐเพื่อประโยชน์ของประชาชน

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ทั้งกฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติแล้วก็ตาม แต่ยังคงพบว่ามีกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ยังขาดความชัดเจน เป็นปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ตลอดจนกฎหมายยังขาดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเพียงพอ ไม่สอดคล้องกับแนวคิด หลักการ เจตนารมณ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย และยังไม่สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศ พบว่า มีกระบวนการ กลไกในการควบคุมตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ หากมีการนำทฤษฎีทางด้านกฎหมายปกครอง และกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้อง รวมถึงรูปแบบ ระบบ กลไกและมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสม น่าจะสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์ส่วนรวม อันเป็นภารกิจของฝ่ายปกครองได้ดียิ่งขึ้น ในการวิจัยครั้งนี้ มีข้อสมมติฐาน 4 ประการ

(1) กรณีระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองมีความไม่เหมาะสม

(1.1) หากมีการลดขั้นตอนที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ย่อมลดระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ และทำให้การพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

(1.2) หากมีการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างการอุทธรณ์เป็นหลักทั่วไป ย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครอง และป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น จากผลของคำสั่งทางปกครอง ได้ทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย

(1.3) หากมีการเพิ่มระยะเวลาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่เหมาะสม และเกิดความสะดวกกับระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ และระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นหลักทั่วไป ย่อมเป็นการคุ้มครองผู้มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเพิ่มขึ้น มีความเสมอภาคเกิดมาตรฐานเดียวกัน

(2) กรณีคำสั่งทางปกครองขาดมาตรฐานการประกันความเสมอภาคของกลุ่มกรณีในคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์ หากมีรูปแบบและองค์การภายในฝ่ายปกครองควบคุม

ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการอุทธรณ์ที่เหมาะสม ย่อมขจัดปัญหาความแตกต่างในผลของคำสั่งทางปกครองและทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นมาตรฐานเดียวกัน

(3) กรณีปัญหาการไม่มีองค์ประกอบตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง

(3.1) หากมีองค์ประกอบหรือวิธีการภายในฝ่ายปกครองควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสม ย่อมทำให้การทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองนั้น สอดคล้องกับกฎหมายที่ได้มอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่นั้น ใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง

(3.2) หากศาลปกครองใช้นิติวิธีตีความขยายขอบเขตในการตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองนำมาเป็นมูลเหตุในการทำคำสั่งทางปกครองให้ตรงกับสภาพความเป็นจริง คาดว่าจะเป็นกลไกหนึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไปในอนาคต

(4) กรณีปัญหาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่เหมาะสม

(4.1) หากมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เหมาะสม น่าจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และช่วยลดข้อผิดพลาดในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองด้วย

(4.2) หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เหมาะสม คาดว่าเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานให้แก่ฝ่ายปกครองในการทำคำสั่งทางปกครองเกิดความชอบด้วยกฎหมายและเป็นที่ยอมรับจากประชาชน

1.4 ขอบเขตของการวิจัยและคำถามการวิจัย

1) ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้ จำเป็นที่ต้องศึกษาถึงข้อบกพร่องอันเป็นปัญหาและอุปสรรคในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ทั้งกฎหมาย แนวคิด ทฤษฎี และทางปฏิบัติเพื่อนำมาเป็นมาตรการในพัฒนารูปแบบและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในประเทศไทย ให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น สอดคล้องกับบริบทสังคมไทยและภารกิจของฝ่ายปกครอง

แม้ขณะนี้ประเทศไทยมีกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองหลายฉบับ อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติวิธี

ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ และกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ แล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีปัญหาหลายประการ เช่น ความเหมาะสมของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง การคุ้มครองความเสมอภาคของผู้ที่ไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง การขาดองค์การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง และการจำกัดขอบเขตการตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองของศาลปกครอง ปัญหาขององค์กรให้คำปรึกษาแนะนำในกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองแก่ฝ่ายปกครอง ทั้งปัญหาด้านโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ ปัญหาแนวคิด หลักการของกฎหมาย หรือปัญหาในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองและศาลปกครอง ตลอดจนความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติกฎหมายปกครอง จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาและทำข้อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ผู้วิจัยจะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทางปกครอง และองค์การควบคุมตรวจสอบของต่างประเทศ เพื่อนำมาประยุกต์ใช้กับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของประเทศไทย รวมทั้งจะทำการสัมภาษณ์เชิงลึกตุลาการศาลปกครอง ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และผู้มีประสบการณ์ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง โดยการสำรวจความคิดเห็นต่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในประเด็นปัญหาที่ตั้งในหัวข้อการวิจัย เพื่อนำมาเป็นข้อมูลสนับสนุนวิเคราะห์ เสนอแนะในงานวิจัย

2) คำถามการวิจัย

ผู้วิจัยได้ตั้งคำถามเป็นกรอบในการสัมภาษณ์เพื่อให้ได้คำตอบครอบคลุมตามวัตถุประสงค์และประเด็นที่ต้องการ กรอบคำถามที่สร้างขึ้นจะนำเสนอให้อาจารย์ที่ปรึกษาตรวจสอบความถูกต้องด้านเนื้อหา และนำมาปรับปรุงแก้ไขตามคำแนะนำเพื่อนำไปใช้ในการเก็บข้อมูลจริงต่อไป ในการสร้างกรอบของคำถามนั้น ประกอบด้วยข้อคำถามจำนวน 3 ตอน ได้แก่

ตอนที่ 1 ข้อมูลทั่วไปของผู้ให้สัมภาษณ์

ตอนที่ 2 คำถามปลายเปิดตามประเด็นปัญหาที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 ของงานวิจัย

ตอนที่ 3 ข้อคิดเห็น และข้อเสนอแนะอื่น ๆ

โดยมีสาระสำคัญในการกำหนดกรอบข้อคำถามในกระบวนการสัมภาษณ์สำหรับตุลาการศาลปกครอง ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ส่วนที่ 1 ประวัติส่วนตัว ของผู้ให้ข้อมูลในการสัมภาษณ์

ชื่อ.....

ตำแหน่ง.....

ส่วนที่ 2 คำถามปลายเปิดในประเด็นหลักตามปัญหาการวิจัย แต่ในการสัมภาษณ์จะมีประเด็นย่อย ๆ ซึ่งผู้สัมภาษณ์จะตั้งคำถามเพิ่มเติมตามความเหมาะสมในแต่ละสถานการณ์ จากการตอบคำถามของผู้ให้สัมภาษณ์แต่ละคน เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในข้อเท็จจริงนั้นในแต่ละประเด็น แต่อยู่ในกรอบตามประเด็นหลักที่ต้องการข้อมูลและความคิดเห็นตามประเด็นปัญหา ดังนี้

ปัญหาประเด็นที่ 1 ปัญหาความไม่เหมาะสมของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

คำถาม การอุทธรณ์โดยให้อุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์โดยตรง โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อผู้คำสั่งทางปกครองก่อน ท่านมีความเห็นอย่างไร

คำถาม หากท่านเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ในฐานะที่เป็นผู้คำสั่งทางปกครองเดิม ท่านจะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ และจะวินิจฉัยอุทธรณ์ไปในทิศทางใด

คำถาม การอุทธรณ์ไม่มีเหตุในการทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เหมาะสมกับระบบอุทธรณ์แบบบังคับที่ใช้อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ อย่างไร

คำถาม การนำระบบอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปมาใช้กับประเทศไทย เหมาะสมหรือไม่อย่างไร หรือจะนำระบบอื่น ๆ เช่น การอุทธรณ์เพื่อเลือก หรือการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ เช่น การไกล่เกลี่ย ประนีประนอม แทนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองได้หรือไม่ อย่างไร

คำถาม การกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง 15 วันตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เหมาะสมหรือไม่ อย่างไร

คำถาม การมีให้นำระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ หากกฎหมายเฉพาะมีการกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ไว้แล้ว จะมีปัญหาเกิดความแตกต่างของสิทธิการอุทธรณ์หรือไม่ อย่างไร

คำถาม ท่านมีความเห็นอย่างไร หากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายเฉพาะกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์เป็นระยะเวลาเดียวกัน เพื่อให้เกิดความสมดุลในระยะเวลาดังกล่าว

ปัญหาประเด็นที่ 2 ปัญหาการขาดหลักประกันความเสมอภาคของคู่กรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการใช้สิทธิอุทธรณ์

คำถาม การละสิทธิไม่ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง จะมีปัญหาความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ อย่างไร

คำถาม ท่านคิดว่าจะมีวิธีการคุ้มครองสิทธิ และประกันความเสมอภาคในกรณีเดียวกัน และมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียว แต่ผลของคำสั่งทางปกครองมีความแตกต่างกัน เพราะคู่กรณีไม่ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์

คำถาม ท่านคิดว่า ควรจะมีองค์กรในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่มีการอุทธรณ์หรือไม่ อย่างไร

ปัญหาประเด็นที่ 3 ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

คำถาม ท่านคิดว่า ศาลปกครองควรใช้หลักเกณฑ์ใด ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

คำถาม ควรจะมีองค์กรใดภายในฝ่ายปกครองในการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่เจ้าหน้าที่ใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง หรือไม่ อย่างไร

ปัญหาประเด็นที่ 4 ปัญหาคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ถาม โครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยตำแหน่งเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร และควรแก้ไข ปรับปรุง หรือไม่ อย่างไร

ถาม ท่านมีความเห็นอย่างไร หากมีการขยายโครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการไปสู่ระดับจังหวัด ครอบคลุมจังหวัด

ถาม อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปัจจุบันเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร และควรแก้ไข ปรับปรุง หรือไม่ อย่างไร

ถาม หากท่าน คิดว่า ควรมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ทุกจังหวัด คณะกรรมการดังกล่าว ควรมีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ อย่างไร

ส่วนที่ 3 ข้อคิดเห็น และข้อเสนอแนะอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ถ้าหากมี.....

1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

ส่วนที่ 1 วิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้า จากตำรา เอกสารทางวิชาการ เช่น ตำบทยกกฎหมาย วารสาร สารานุกรม ปทานุกรม พจนานุกรม คำพิพากษา รายงานประจำปี รายงาน เอกสารสิ่งพิมพ์อื่น ทั้งระดับปฐมภูมิ และทุติยภูมิ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายคำสั่งทางปกครอง ทั้งต่างประเทศและในประเทศ ตลอดจนงานวิจัยที่เกี่ยวข้องที่ตรงกับปัญหาการวิจัย อันประกอบไปด้วยข้อมูลทางวิชาการซึ่งมีประเด็นต้องศึกษาค้นคว้า คือ

1.1 ความหมายของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ทั้งความหมายการควบคุมตรวจสอบ ความหมายฝ่ายปกครอง ความหมายกฎหมายปกครอง ความหมายของคำสั่งทางปกครอง ลักษณะและประเภทของคำสั่งทางปกครอง

1.2 แนวคิดพื้นฐานและหลักการเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง แนวคิดเกี่ยวกับนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง คือ หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ประกอบด้วยรากฐานความคิด ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจ ประกอบด้วยที่มาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื้อหาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ หลักการใช้อุปินิจของฝ่ายปกครองและศาลปกครอง ประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะตามจุดประสงค์ของฝ่ายปกครอง ประกอบด้วยแนวคิดทั่วไป หลักว่าด้วยความเสมอภาคของประชาชนในการบริการสาธารณะ หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ หลักความเสมอภาคในการบริการสาธารณะ หลักการบริหารราชการแผ่นดิน คุณภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล หลักการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง หลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

1.3 หลักกฎหมายในการประกันความเป็นธรรมทางปกครอง ประกอบด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบ

ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 และหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค หลักการฟังความสองฝ่าย หลักการมีส่วนร่วม หลักความเป็นกลาง และหลักสุจริต

1.4 มาตรการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองจากคำสั่งทางปกครอง ประกอบด้วย การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ปรึกษา ประกอบด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง

1.5 วิธีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง คือ การควบคุมตรวจสอบด้านเนื้อหา ประกอบด้วย การควบคุมวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย การควบคุมการใช้ดุลพินิจปรับบท การควบคุมความเหมาะสม การควบคุมตามหลักกฎหมายทั่วไป และหลักการอื่น ๆ ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง การควบคุมตรวจสอบด้านรูปแบบ ประกอบด้วย การควบคุมขั้นตอน และการควบคุมระยะเวลาการให้เหตุผล การควบคุมตรวจสอบตามมาตรการภายในฝ่ายบริหาร ประกอบด้วยคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ

1.6 การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศ ประเด็นปัญหาาระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง และประเด็นปัญหาหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน ประเด็นองค์กรที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ สภากรรมการของสหราชอาณาจักร สถาบัน Médiateur ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และคณะกรรมการออมบุคคลแมนของราชอาณาจักรสวีเดน

ส่วนที่ 2 การสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview) ผู้วิจัยได้กำหนดระเบียบวิธีการวิจัยหรือกระบวนการวิจัย (Methodology) โดยการใช้กระบวนการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยการสัมภาษณ์เจาะลึกในลักษณะการออกแบบโครงสร้างของคำถามแบบไม่มีโครงสร้าง หรือการสัมภาษณ์แบบปลายเปิด ซึ่งเป็นกระบวนการวิจัยที่มีลักษณะยืดหยุ่น หรือมีการนำคำสำคัญ (Keywords) มาใช้ประกอบในการสัมภาษณ์ กล่าวคือ มีการร่างข้อคำถามที่มีลักษณะปลายเปิด ที่มีคำสำคัญและพร้อมที่จะมีการปรับเปลี่ยนถ้อยคำของข้อคำถาม ให้มีความสอดคล้องกับผู้มีส่วนร่วมในการวิจัย หรือผู้ให้สัมภาษณ์แต่ละคนในแต่ละสถานการณ์ที่มีเหตุการณ์หรือมีสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ ตุลาการศาลปกครอง ตลอดจนบุคคลที่มีประสบการณ์เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ตอบข้อคำถามจากการสัมภาษณ์อันทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่มีความหลากหลาย

และได้ข้อเท็จจริงทั้งในทางหลักการและทางปฏิบัติ ในมิติขอบเขตและรายละเอียดเชิงลึกเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

2.1 กลุ่มตัวอย่างที่ใช้ในการวิจัย

ผู้วิจัยได้กำหนดประชากรและกลุ่มตัวอย่างที่ใช้ในการวิจัยโดยประชากรเป็นผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และตุลาการศาลปกครอง ตลอดจนบุคคลผู้มีประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้ทราบแนวความคิดและทรรศนะด้านต่าง ๆ ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง ตามประเด็นปัญหาที่ตั้งไว้ในการศึกษา โดยกระบวนการวิธีการวิจัยลักษณะนี้ เปิดโอกาสให้ผู้ให้สัมภาษณ์แสดงความคิดเห็น หรือทรรศนะได้อย่างหลากหลายในทุกแง่มุม โดยผู้วิจัยสามารถสอบถามข้อเท็จจริงรายละเอียดปลีกย่อยที่สำคัญ และมีความน่าสนใจในแต่ละประเด็นของคำตอบจากผู้ให้สัมภาษณ์ อันทำให้ได้ข้อมูลที่มีความหลากหลายในมิติต่าง ๆ สำหรับเรื่องที่กำหนดกระบวนการวิจัย และมีการดำเนินการคัดเลือกกลุ่มตัวอย่าง ด้วยวิธีการสุ่มตัวอย่างแบบเจาะจง (Purposive Sampling) อันเป็นการเลือกตัวอย่างที่ผู้วิจัยได้พิจารณาเลือกเพื่อที่จะได้นำข้อมูลที่ได้รับจากกระบวนการวิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ดังกล่าวมาดำเนินการประมวลผลข้อมูลเพื่อวิเคราะห์ อภิปรายผล และเสนอแนะต่อไป โดยในการกำหนดกลุ่มตัวอย่าง ดังต่อไปนี้

2.1.1 กลุ่มตัวอย่าง: ผู้ทรงคุณวุฒิและนักวิชาการ ด้านกฎหมายปกครอง จำนวน 2 คน แยกเป็น

- 1) ทนายความของสภาทนายความ จำนวน 1 คน
- 2) ข้าราชการสำนักงานศาลปกครอง จำนวน 1 คน

2.1.2 กลุ่มตัวอย่าง: ผู้ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติซึ่งมีประสบการณ์เกี่ยวข้องกับการทำคำสั่งทางปกครองและควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง จำนวน 5 คน แยกเป็น

- 1) ข้าราชการ
 - 1.1) ผู้ว่าราชการจังหวัด จำนวน 1 คน
 - 1.2) นายอำเภอ จำนวน 1 คน
 - 1.3) พนักงานอัยการคดีปกครอง จำนวน 1 คน
- 2) ผู้บริหารและข้าราชการองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น
 - 2.1) นายกเทศมนตรีเทศบาลนคร จำนวน 1 คน
 - 2.2) ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบล จำนวน 1 คน

2.1.3 กลุ่มตัวอย่าง: ตุลาการศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

2.2 การวิเคราะห์ข้อมูล

2.2.1 การวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้จากการศึกษาเอกสารส่วนที่ 1 จะวิเคราะห์และอภิปรายผลให้เห็นว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศที่เกี่ยวกับปัญหาการวิจัย คือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน มีวิธีการควบคุมตรวจสอบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติของฝ่ายปกครอง และมีการจัดระบบ มีกลไกใดหรือองค์กรใดมาทำหน้าที่ให้คำปรึกษาในปัญหาการบังคับใช้กฎหมายแก่ฝ่ายปกครอง มีข้อดีข้อเสียประการใด แตกต่างและเหมือนกันกับประเทศไทยส่วนใดบ้าง หากนำมาประยุกต์ใช้กับประเทศไทยจะเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร

2.2.2 การวิเคราะห์ข้อมูลส่วนที่ 2 โดยการนำคำตอบจากการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก มาทำการวิเคราะห์ เพื่อสนับสนุน เสนอแนะที่เกี่ยวกับงานวิจัยต่อไป โดยผู้วิจัยมีลำดับขั้นตอนในการวิเคราะห์จากคำตอบที่ได้จากการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก ดังนี้

2.2.2.1 ผู้วิจัยจะนำข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ มาเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างของแต่ละบุคคล โดยจัดลำดับความสำคัญและคุณลักษณะของข้อมูล

2.2.2.2 นำข้อมูลที่ได้จัดลำดับความสำคัญแล้ว นำมาเปรียบเทียบกับข้อมูลกับเอกสารที่เกี่ยวข้องที่ได้จากการรวบรวมข้อมูล ไม่ว่าจะแนวคิด หลักการ ผลงานวิจัยเพื่อความถึงลักษณะที่คล้ายคลึงกันและแตกต่างกันของข้อมูล

2.2.2.3 นำข้อมูลที่ได้จากการเปรียบเทียบมาวิเคราะห์ต่อเชื่อมโยงเข้าด้วยกัน แสดงความสำคัญของข้อมูลที่ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อสะดวกในการเขียนรายงานที่ได้จากการศึกษา จะไม่ใช่ข้อมูลตัวเลข แต่จะเป็นข้อมูลเชิงพรรณนาที่มีรายละเอียดและเชิงลึก มีการอ้างอิงโดยตรงเกี่ยวกับที่มาของข้อมูลที่ได้จากการศึกษาค้นคว้า

ดังนั้น ข้อมูลเชิงคุณภาพที่ได้จากการตอบประเด็นสัมภาษณ์ (Interview Research) และข้อมูลจากการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จะถูกนำมาวิเคราะห์และประมวลผลเชื่อมโยงความสัมพันธ์ในแง่ต่าง ๆ ตามข้อเท็จจริง ทั้งในเชิงเหตุและผล เพื่อชี้ให้เห็นถึงบทบาท และความสำคัญของกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

2.3 สรุปผลและเสนอแนะ นำข้อมูลทั้งหมดที่ได้จากการศึกษา และที่วิเคราะห์มาสรุปผลให้เห็นภาพรวม เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะว่า จะนำวิธีการ มาตรการ กลไกใดของกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาประยุกต์ใช้ในการพัฒนารูปแบบ และวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ให้ตรงกับสภาพปัญหาที่ได้ตั้งไว้ในงานวิจัย เกิดความเหมาะสมกับบริบทสังคมไทย การบริหาร

ราชการแผ่นดินและภารกิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทย สามารถสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์ส่วนรวม เป็นเครื่องมือสนับสนุนและส่งเสริมการบริหารกิจการภาครัฐ ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เกิดประสิทธิผลเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนอย่างแท้จริง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้รับทราบถึงสภาพปัญหา ความเป็นมา และความสำคัญของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
2. ได้รับทราบและเข้าใจความหมาย แนวคิด หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
3. ได้รับทราบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศที่เปรียบเทียบกับประเทศไทย
4. ได้ผลการวิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
5. ได้ผลการสรุป และเสนอแนะปรับปรุง แก้ไขการพัฒนา รูปแบบและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ทั้งระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง การพัฒนารูปแบบในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสม และสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย

บทที่ 2

ความหมาย แนวคิด และหลักการทางทฤษฎีเพื่อการควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

2.1 ความหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

กระบวนการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจต่าง ๆ ทางปกครองของฝ่ายปกครอง นอกจากบัญญัติไว้เป็นหลักการทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังปรากฏรายละเอียดอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองหลายฉบับ กฎหมายลำดับรองเหล่านั้น เป็นบทบัญญัติให้ใช้อำนาจในทางปกครอง เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ ตรงตามหลักทั่วไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ในการทำกิจกรรมบริการสาธารณะ หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย อันเป็นประโยชน์ส่วนรวมซึ่งอยู่ในหน้าที่ของฝ่ายปกครอง¹ ไม่ว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตอน วิธีการในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง หรือกฎหมายที่องค์กรภายนอกฝ่ายปกครองคือ ศาลปกครองใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

กฎหมายปกครองนับเป็นกฎหมายมหาชนอย่างหนึ่ง ซึ่งในทางวิชาการเรียกกระบวนการวิธีการควบคุมตรวจสอบ การใช้อำนาจทางกฎหมายปกครองว่า นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน กล่าวคือ เป็นกระบวนการที่จะนำหลักการของกฎหมายมหาชน มาใช้ให้เกิดความเป็นธรรมสูงสุด เนื่องจากผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายปกครอง คือ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยปราศจากที่กฎหมายบัญญัติ หรือมากกว่าที่กฎหมายบัญญัติ หรือน้อยกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือเกินกว่าความจำเป็น จนทำให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องได้รับความเดือดร้อนเสียหาย จึงเป็นเหตุผลที่ต้องมีกระบวนการ วิธีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองเหล่านั้น

นอกจากนั้นยังกล่าวได้ว่า อำนาจการเมืองเป็นที่มาของกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะรัฐสภาเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย เมื่อรัฐสภาได้บัญญัติกฎหมายขึ้นแล้ว ผู้บัญญัติกฎหมายคือ บุคคล

¹ หลวงประดิษฐมนูธรรม, ความหมาย หลักและข้อบังคับ ซึ่งว่าด้วยระเบียบและวิธีดำเนินการของราชการฝ่ายตุลาการ และว่าด้วยความเกี่ยวข้องซึ่งเอกชนจะพึงมีแก่ราชการ คำอธิบายกฎหมายปกครอง พ.ศ. 2474 แก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2513, (กรุงเทพฯ: จัดพิมพ์โดยสภาทนายความ, 2543), น. 22.

ทั้งหลายที่อยู่ในรัฐสภานั้น ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตนเองบัญญัติขึ้นด้วยเรียกว่า นิติรัฐ ดังนั้น เมื่อการกระทำของรัฐ และองค์กรทั้งหลายที่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมาย แม้เป็นกฎหมายที่ตนเองบัญญัติขึ้นมาก็ตาม จึงแปลความได้ว่า กฎหมายจึงเป็นฐานรากของการกระทำทั้งหลายนั่นเอง

เมื่อการกระทำขององค์กรต่าง ๆ มีฐานรากมาจากกฎหมาย การใช้อำนาจตามกฎหมาย จะต้องกระทำตามรูปแบบ วิธีการ และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย หากการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจไม่เป็นไปตามรูปแบบ วิธีการ วัตถุประสงค์ดังกล่าวอันเป็นการฝ่าฝืน ข่มเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ต้องมีกลไกและกระบวนการควบคุมตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ซึ่งรัฐอาจมอบภาระนี้ให้กับหน่วยงานทางปกครองด้วยตนเอง องค์กรอิสระต่าง ๆ และศาล

สำหรับศาลกระบวนการตรวจสอบเป็นอย่างไร ขึ้นอยู่กับระบบศาลในประเทศนั้น ๆ บางประเทศมอบอำนาจการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ศาลยุติธรรม เช่น ประเทศอังกฤษ ราชอาณาจักรสเปน และประเทศสหรัฐอเมริกา บางประเทศมอบอำนาจให้ศาลปกครองเป็นองค์กรตรวจสอบ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมทั้งประเทศไทยด้วย²

ในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว เพื่อให้เป็นไปด้วยความถูกต้องเหมาะสมตามหลักนิติรัฐในการวินิจฉัยข้อกรณีอันเกิดจากการใช้อำนาจ ตามบทบัญญัติของกฎหมายปกครอง ไม่ว่าจะเกิดข้อกรณีในกระบวนการขั้นตอนก่อน หรือหลังจากการใช้อำนาจทางปกครองแล้ว หรือแม้กระทั่งเกิดข้อพิพาทในชั้นศาลปกครอง ผู้ที่ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องก็จะต้องนำนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมาวินิจฉัยควบคุมตรวจสอบให้เป็นธรรมในทุกกรณี

กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติในการประกันความเป็นธรรมทางปกครอง นับเป็นกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง ดังนั้น ในการศึกษาหลักกฎหมายมหาชน มิได้เน้นที่ตัวบทกฎหมายอย่างเดียว แต่เน้นการศึกษาที่ปรัชญา แนวคิด ทฤษฎีต่าง ๆ อันเป็นที่มาของหลักกฎหมายมหาชนด้วย การขาดความรู้ความเข้าใจพื้นฐานทางนิติปรัชญาของกฎหมายมหาชน ทำให้ยังคงยึดติดอยู่ในวิธีการมองปัญหา วิธีการคิดวิเคราะห์ และวิธีการวินิจฉัยปัญหาตามแบบแผนของกฎหมายเอกชน ดังนั้น ในการศึกษาวิจัยเรื่อง การพัฒนารูปแบบและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง นอกจากต้องศึกษาปรัชญา แนวคิด ทฤษฎีต่าง ๆ อันเป็นที่มาของหลักกฎหมายมหาชนแล้ว ยังมีความจำเป็นต้องศึกษาความหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบ ดังที่จะได้กล่าวต่อไปนี้

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก., กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 51-53.

คำว่า การควบคุมในทางปกครอง หมายถึง “การตรวจสอบประการหนึ่ง และการเยียวยาโดย ฝ่ายปกครองประการหนึ่ง” จากความหมายดังกล่าวเห็นว่า การควบคุมนั้นมีสองลักษณะ ทั้งการตรวจสอบและการเยียวยา ซึ่งคำว่า การตรวจสอบ คือ “การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการกระทำหรือมีนิติกรรมทางปกครองว่า ฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ดี ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง” ส่วนการเยียวยา คือ “การแก้ไขซึ่งความผิดพลาด ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ขึ้นแล้วแก่ประชาชนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งย่อมหมายถึงการควบคุม ภายหลังการกระทำ โดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น พอจะแบ่งการควบคุมในทางปกครองได้เป็นสองประเภท คือ การตรวจสอบก่อนการกระทำกับการเยียวยาภายหลังการกระทำเกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือ การควบคุมก่อนการกระทำมีลักษณะเป็นการสอบสวน สอดส่อง ดูให้ถูกต้อง ซึ่งสอดคล้องกับความหมายคำว่า ควบคุมตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ที่หมายถึง “ดูแล กำกับ ดูแล”³ และมีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า การปกครอง ที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมของกระทรวงธรรมการว่า หมายถึง “การคุ้มครอง ดูแล รักษา ควบคุม”⁴ ดังนั้น การควบคุมก่อนการกระทำ เป็นการป้องกันการกระทำที่กระทบต่อประชาชนนั่นเอง ซึ่งในการควบคุมก่อนการกระทำมีรูปแบบที่แตกต่างกันไป เช่น ผ่านการปรึกษาหารือภายในของฝ่ายปกครองก่อน หรือการให้ประชาชนรับรู้ข้อมูลข่าวสารก่อน หรือการแจ้งสิทธิให้ประชาชนทราบก่อน เพื่อให้ประชาชนได้แย่งคัดค้าน หรือต้องผ่านความเห็นชอบ หรือได้รับการอนุมัติก่อน หรือต้องรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก่อน หรือต้องผ่านการแสดงความคิดเห็นจากประชาชนก่อน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม การที่องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองหรือศาลปกครองได้วินิจฉัยคดี เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติอันเป็นบรรทัดฐานในแต่ละคดี ก็อาจกล่าวได้ว่า เป็นการควบคุมก่อนการกระทำครั้งใหม่ได้เช่นเดียวกัน เพราะเป็นการป้องกันและคุ้มครองสิทธิของประชาชน อันนำมาเป็นข้อพิพาทในองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง หรือศาลปกครองวินิจฉัยซ้ำอีกในอนาคต

ส่วนการควบคุมภายหลังการกระทำ เป็นลักษณะของการแก้ไขเยียวยา โดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด โดยการให้ประชาชนใช้สิทธิหยุด ยับยั้ง ชดเชย คุ้มครอง ทดแทน หรือเรียกคืนความเสียหาย และผลประโยชน์ที่สูญเสียไปจากการถูกละเมิด หรือ

³ ราชบัณฑิตยสถาน,พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2542, (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2542), อ้างคำว่า”ควบคุม”, 230.

⁴ หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หนังสืออธิบายกฎหมายปกครอง, พ.ศ. 2474 แก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2513, น. 20-21.

ถูกกระทบสิทธิของตนไม่ว่าโดยการกระทำหรืองดเว้นการกระทำจากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐ⁵ ซึ่งในการควบคุมหลังการกระทำมีรูปแบบที่แตกต่างกันไป ในที่นี้ย่อมหมายถึง ทั้งการควบคุมตรวจสอบภายหลังการกระทำจากองค์กรภายในฝ่ายปกครอง เช่น การร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชา ตามสายการบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการนั้น การอุทธรณ์ตามกฎหมาย หรือการอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมาย หรือการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการต่าง ๆ และการควบคุมตรวจสอบภายหลังการกระทำจากองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่า รัฐสภา องค์กรอิสระ องค์กรศาล ที่ต้องการคุ้มครองประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง⁶ เช่น การร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เป็นต้น สำหรับศาลเป็นการเยียวยาขององค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า ควบคุม เพราะศาลไม่ใช่องค์กรฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาฝ่ายปกครอง แต่เป็นองค์กรที่เป็นกลางปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรใด ซึ่งมีอำนาจเยียวยาภายหลังจากการกระทำเกิดขึ้น และมีผลเสียหายเกิดขึ้นแล้วจึงใช้คำว่า ตรวจสอบ กับการกระทำของฝ่ายปกครอง

อนึ่ง การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองไม่ว่าระยะก่อน หรือภายหลังการกระทำทางปกครองเกิดขึ้นแล้วดังกล่าวข้างต้น จะต้องกระทำควบคู่กันไปจะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้ อันเป็นการสกัดกั้นมิให้มีการละเมิดกฎหมาย และมีให้เกิดคดีความให้มากที่สุด เพราะการมีระบบการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง มีเป้าหมายเดียวกัน คือ การคุ้มครองประชาชนทั้งสิ้น

แต่อย่างไรก็ตาม การสกัดกั้นไม่ให้ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ประชาชนไม่อาจจะกระทำได้ทุกกรณี เพราะฝ่ายปกครองในแต่ละองค์กรมีภารกิจมากมาย และข้อจำกัดหลายเรื่อง ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง ภายหลังการกระทำทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว ก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่จะช่วยระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่สิ่งที่ต้องระวังในการควบคุมตรวจสอบ โดยวิธีนี้ จะต้องกระทำโดยไม่เป็นอุปสรรคต่องานประโยชน์ส่วนรวมอันเป็นภารกิจของฝ่ายปกครอง และควบคุมตรวจสอบเฉพาะเพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง หรือควบคุมตรวจสอบเพื่อให้ได้มาตรฐานทางเทคนิค หรือเพื่อคุ้มครองประชาชนเท่านั้น

ความหมายของฝ่ายปกครอง (The Administration)

การทราบความหมายคำว่าฝ่ายปกครอง ย่อมมีประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบว่า การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐนั้น แม้จะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง หากคำสั่งนั้น ไม่ได้เป็น

⁵ ชาวนะ ไตรมาส, “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใหม่: คนไทยใช้ประโยชน์ได้อย่างไร,”

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 4 (10), (มกราคม – เมษายน 2545), น. 501.

⁶ ชาลูนัย แสงศักดิ์, หนังสือการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), น. 12-13.

การกระทำของฝ่ายปกครองก็ย่อมหลุดพ้นจากการถูกควบคุมตรวจสอบ ฝ่ายปกครอง หมายถึง “หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการบริหาร”⁷ และเฉพาะราชการฝ่ายบริหารที่อยู่ในหน้าที่ฝ่ายปกครองเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ฝ่ายปกครอง ย่อมหมายถึง หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นทั้งหมด ได้แก่ บรรดาหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ดังนั้น องค์การของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครอง แท้จริงแล้วเป็นเพียงองค์การของรัฐฝ่ายบริหารประเภทหนึ่ง ส่วนฝ่ายตุลาการแม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ใช้อำนาจตุลาการ ไม่ได้อยู่ในสถานะใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “ฝ่ายปกครอง” ดังนั้น คำว่า “ราชการบริหาร” อันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เป็นคำที่สำคัญมากเพราะแยกให้เห็นว่า ไม่ใช่งานทางนิติบัญญัติ หรืองานทางตุลาการ และฝ่ายตุลาการซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นการใช้อำนาจตุลาการ ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารจึงไม่เป็นฝ่ายปกครองด้วย

ส่วนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ไม่ได้ให้ความหมายคำว่า “ฝ่ายปกครอง” เหมือนที่ใช้ในวงวิชาการ แต่ใช้คำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายถึง “กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง”⁸ ซึ่งเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คำว่า หน่วยงานทางปกครองที่ศาลปกครองใช้อำนาจในการตรวจสอบฝ่ายปกครอง ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่นเท่านั้น แต่ยังขยายขอบเขตในการตรวจสอบถึง รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครองจากรัฐด้วย ซึ่งอาจเป็นหน่วยงานเอกชนก็ได้ เช่น ให้อำนาจสภาพนายความซึ่งเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมาย ให้ใช้อำนาจทางปกครองในการออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลใด ๆ หรือมีอำนาจถอดถอนนายความในการว่าความ หรือมีอำนาจลงโทษนายความที่ประพฤติผิดจรรยาบรรณ หรือกรณีให้สถานตรวจสภาพรถเอกชน ซึ่งเป็นหน่วยงานเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองในการออกใบตรวจสภาพรถยนต์ ก่อนการต่อภาษีประจำปีกับกรมการขนส่งทางบก เป็นต้น

⁷ ประยูร กาญจนกุล, *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 34.

⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้จัดโครงสร้างหน่วยงานรัฐเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก ทั้งให้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ และหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นหน่วยงานที่เป็นกลาง และอิสระจากฝ่ายบริหาร หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นฝ่ายปกครองสมัยใหม่ อันได้แก่ องค์ของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ ในสังกัดของหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระด้วย

สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการให้ความหมายคำว่า ฝ่ายปกครองในความหมายสองนัย นัยแรกเป็นความหมายตามเนื้อหา คือ “การกระทำซึ่งเป็นการบริหารกิจการใด ๆ” นัยที่สองเป็นความหมายทั้งตามเนื้อหาและองค์กร คือ “การงานของรัฐหรือองค์กรของกลุ่มมหาชน ที่หมายถึงเจ้าหน้าที่และหน่วยงานทั้งหลาย”⁹

สำหรับฝ่ายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้ในความหมายสั้น ๆ ว่าหมายถึง “บุคคลใด ๆ ก็ได้ที่ใช้อำนาจรัฐได้”¹⁰ ซึ่งไม่ว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศไทย มีการให้ความหมาย ของคำว่า ฝ่ายปกครองที่ไม่แตกต่างกัน แม้จะใช้ถ้อยคำแตกต่างกันออกไปบ้าง แต่ย่อมหมายถึงหน่วยงาน หรือบุคคลที่ใช้อำนาจรัฐ ในการดำเนินกิจการทางปกครอง ตามกฎหมาย แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ความหมายของคำว่า ฝ่ายปกครองในความหมายที่กว้าง ที่หมายถึง บุคคลใดก็ได้ที่ใช้อำนาจรัฐ อันมีลักษณะคล้ายกับประเทศไทยที่หมายถึง หน่วยงานของรัฐโดยสภาพแล้ว ยังขยายรวมถึง หน่วยงานใด ๆ ก็ได้ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งไม่เหมือนสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่มุ่งเน้นเฉพาะงานขององค์กรรัฐหรือองค์กรของกลุ่มมหาชนอย่างเดียว

ดังนั้น โดยทั่วไปแล้ว หากมีการออกคำสั่งทางปกครอง และเป็นการออกคำสั่งโดยฝ่ายปกครองตามความหมายดังกล่าวข้างต้น ย่อมสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ทั้งสิ้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะองค์กร ที่ไม่ให้มีการควบคุมตรวจสอบ แม้จะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง เข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองก็ตาม เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้เฉพาะเรื่องมิให้ศาลปกครองมีการตรวจสอบได้แก่ การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทางทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการ เรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง

⁹ อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (พิมพ์ครั้งที่ 3), (กรุงเทพฯ: บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์, 2526), น. 2.

¹⁰ วิชัย วิวิตเสวี, “การควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองและการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในสหรัฐอเมริกา,” รัฐศาสตร์, 38 (6), (มิถุนายน 2533), น. 2.

ประเทศ ศาลล้มละลายและศาลชั้นอุทธรณ์¹¹ หรือพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับในการพิจารณาทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองกับองค์กรรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ในงานทางนโยบายโดยตรง การพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี และการวางทรัพย์ การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และสั่งการ ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา การดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ การดำเนินงานเกี่ยวกับการรับราชการทางทหาร หรือเจ้าหน้าที่ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักร จากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนา¹² เท่ากับว่า แม้องค์กรตามที่กล่าวมาข้างต้นมีการออกคำสั่งทางปกครอง ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะมีวิธีการควบคุมตรวจสอบอย่างไร ไม่ว่าจะการควบคุมตรวจสอบภายในองค์กรเหล่านั้นด้วยตนเอง หรือการตรวจสอบโดยศาลปกครอง และศาลปกครองจะใช้มาตรฐานใดตรวจสอบ จะนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรวจสอบหรือไม่ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคตามกฎหมาย ซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบต่อไปในอนาคต

2.2 ความหมาย ประเภทของคำสั่งทางปกครองและผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

2.2.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

ความหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

ดังได้กล่าวแล้วว่า หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยรวมเรียกว่า ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจรัฐและเป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยปราศจากที่กฎหมายบัญญัติหรือมากกว่าที่กฎหมายบัญญัติ หรือน้อยกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือเกินกว่าความจำเป็นกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังที่กล่าวแล้วข้างต้น ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือไม่ก็ตามจนทำให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องได้รับความเดือดร้อนเสียหาย จึงเป็น

¹¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9

¹² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4

เหตุผลจะต้องมีกระบวนการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจเหล่านั้น ให้ความเสียหายนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุด ซึ่งกระบวนการควบคุมตรวจสอบ เป็นวิธีการแก้ไข เยียวยาบรรเทาความเสียหายที่เกิดจากฝ่ายปกครอง อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในท้ายที่สุดนั่นเอง ก่อนที่จะทำความเข้าใจแนวคิด หลักการทางทฤษฎีที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จำเป็นต้องทราบความหมายของการควบคุมตรวจสอบ และความหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องก่อน เพราะหากขาดความรู้ความเข้าใจดังกล่าว ก็ย่อมทำให้การควบคุมตรวจสอบผิดพลาด บกพร่อง ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

คำสั่งทางปกครอง เป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในความหมายของการกระทำทางปกครอง บ้าง เช่น ประเทศอังกฤษ อยู่ในความหมายคำว่า Administrative Act คือ “การแสดงเจตนาออกของฝ่ายปกครอง”¹³ เป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในความหมายของคำว่า นิติกรรมทางปกครอง (Juristice Act) บ้าง เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และมีการใช้ถ้อยคำในหลายความหมายแตกต่างกันไป โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้คำว่า “Verwaltungsakt”¹⁴ ซึ่ง Otto Mayer ให้ความหมายนิติกรรมทางปกครองว่า “ถ้อยคำทางราชการของฝ่ายปกครองที่กำหนดต่อข้าแผ่นดินเป็นเรื่อง ๆ ว่าอะไรเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายสำหรับข้าแผ่นดิน” ที่นำมาใช้ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 (ปี ค.ศ. 1846-1924) แต่ปัจจุบันมีความหมายเชิงเป็น “คำสั่ง คำตัดสิน หรือมาตรการอื่นใดของทางราชการในทุกเรื่องที่หน่วยราชการแห่งหนึ่งหน่วยราชการแห่งใดได้ออกไปเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์บังคับกรณีใดกรณีหนึ่ง ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน และเป็นมาตรการที่เจาะจงให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อภายนอก”¹⁵ ดังนั้น จากความหมายดังกล่าวในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ย่อมหมายถึง เฉพาะคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกันคำว่า คำสั่งทางปกครอง อยู่ในความหมายของคำว่า นิติกรรมทางปกครองเช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยใช้คำว่า “acte juridiques administratifs”¹⁶ แต่ไม่ได้หมายถึงเฉพาะ เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างเดียว แต่ยังรวมถึง นิติกรรมทางปกครองอื่น ๆ ด้วย โดยมีการแบ่งนิติกรรมทางปกครอง ออกเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่าย

¹³ Zaim M. Nedjati, Administrative Law, (Cyprus: n.p., Nicosia, 1974), p.73.

¹⁴ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำในทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์*, 17 (3), (กันยายน 2530), น. 66.

¹⁵ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 35 และบุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 23-24.

¹⁶ เผด็จ โชคเรืองสกุล, “ระยะเวลาในฐานะที่เป็นขั้นตอนในการจัดทำนิติกรรมทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 4.

เดียว ที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย คือ คำสั่งทางปกครอง กับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป คือ กฎในทางปกครอง แต่คำว่า นิติกรรมทางปกครอง ไม่มีการให้คำนิยามไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร เพียงปรากฏเป็นถ้อยคำที่ใช้อยู่ในความหมายของนักวิชาการ และถูกพัฒนาขึ้นจากศาลปกครองสูงสุดของสภาแห่งรัฐเท่านั้น แต่มีเงื่อนไขว่า นิติกรรมทางปกครอง ต้องมีลักษณะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่รวมถึงนิติกรรมของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ และเป็นการทำนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น คือ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับ ซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ของปัจเจกชน ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาให้มีผลทางกฎหมายเป็นการเฉพาะราย หรือที่มีผลทั่วไป เช่น คำสั่งทางปกครอง กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง หรือระเบียบต่าง ๆ เป็นต้น¹⁷

ประเทศไทยมีการใช้คำว่า คำสั่งทางปกครอง อยู่ในหลายความหมายไม่ว่าอยู่ในความหมายของคำว่า การกระทำทางปกครอง หรืออยู่ในความหมายของคำว่า นิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นความหมายในทางวิชาการที่มีผู้ให้ความหมายหลากหลาย เช่น หมายถึง “การกระทำต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่บ้าง”¹⁸ หมายถึง “การใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายบ้าง”¹⁹ หมายถึง “การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางรัฐบาล หรือการกระทำทางตุลาการ และการกระทำนั้น มีลักษณะกำหนดว่า เป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของประชาชนบ้าง”²⁰ ส่วนคำสั่งทางปกครองที่มีความหมายทางกฎหมาย คือ คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ว่า หมายถึง “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ และการอื่นที่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง

¹⁷ มานิตย์ จุมปา, *การกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น. 11-18.

¹⁸ ประยูร กาญจนกุล, *คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), น. 151.

¹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่” (เอกสารวิชาการอบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บยส) รุ่นที่ 15, วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม), น. 7.

²⁰ มานิตย์ จุมปา, เล่มเดิม, น. 2-3.

ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง²¹ ซึ่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการตั้งรับ หรือไม่รับ คำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ หรือให้สิทธิประโยชน์ การอนุมัติ ตั้งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า การส่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอ หรือการดำเนินการใดในลักษณะเดียวกัน หรือให้สิทธิประโยชน์ การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน และการให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา²² ถือเป็นคำสั่งทางปกครองด้วย

ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่อยู่ในความหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นคำที่คิดค้นขึ้นและให้คำจำกัดความ สำหรับใช้เป็นกลไกในการควบคุม ตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดิน และการประกันสิทธิในทางศาลแก่ประชาชน และเป็นส่วนหนึ่งของความหมายคำว่า การกระทำทางปกครอง และเป็นส่วนหนึ่งของความหมายคำว่า นิติกรรมทางปกครอง ที่ปรากฏในทางวิชาการตามที่กล่าวมาข้างต้นด้วย หากมีการใช้คำว่า นิติกรรมทางปกครอง ก็ให้หมายถึงเป็นคำที่ใช้ในเชิงวิชาการที่ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง และหากจะกล่าวถึงการกระทำทางปกครอง ก็หมายถึง กฎ คำสั่งทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง หากจะกล่าวถึงคำสั่ง ให้หมายถึงคำสั่งในความหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในทางเนื้อหาที่หมายถึงการกระทำในทางปกครองทุกเรื่องที่มีผลในทางกฎหมายโดยตรงต่อสิทธิของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่ง หรือใช้มาตรการใด เช่น การที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งไม่อนุญาตตามคำขอ การที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต การที่แพทย์สภาก่อคำสั่งเพิกถอนใบประกอบวิชาชีพแพทย์ การที่สภากาชาดออกคำสั่งเพิกถอนใบประกอบวิชาชีพว่าความ การออกใบรับรองการตรวจสภาพรถของเอกชน หากเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง ที่มีใช้ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐอาศัยพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ การกระทำนั้นก็ไม่ใช่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น รัฐสภาลงมติให้ความเห็นชอบ หรือไม่เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติ การที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ตั้งสถานทูต การส่งทูตไปประจำต่างประเทศ หรือคณะรัฐมนตรีเสนอโยกย้ายต่อสภา พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม การที่เจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูลพิมพ์หนังสือราชการ การส่งใบแจ้งหนี้ค่าไฟฟ้าไปยังผู้ใช้บริการ เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อคำสั่งใดก็ตามเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามเงื่อนไขในบทนิยามศัพท์ตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ย่อมจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ ไม่ว่าจะเป็นการ

²¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5

²² กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือควบคุมตรวจสอบตามกฎหมายเฉพาะในแต่ละเรื่อง หรือการตรวจสอบโดยองค์กรศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.2.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครอง เป็นเครื่องมือประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครอง เกิดขึ้นก็เพื่อให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์บางประการ หรือมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนบางประการ เช่น การให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองได้เอง โดยไม่จำเป็นต้องให้เอกชนยินยอม หรือไม่จำเป็นต้องให้เอกชนยื่นคำขอ หรือให้ฝ่ายปกครอง มีอำนาจยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้เอง เป็นต้น คำสั่งทางปกครองไม่มีการแยกประเภทไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน แต่ปรากฏอยู่ในวงวิชาการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.2.2.1 คำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลบังคับกับคนทั่วไป โดยเป็นข้อกำหนดความสัมพันธ์ของสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายของบุคคล หรืออาจกล่าวได้ว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นนิติกรรมทางปกครอง ที่มีลักษณะผสมผสานระหว่างกฎและคำสั่งทางปกครองปกครอง²³ กล่าวคือ มีผลบังคับกับบุคคลทั่วไปอย่างกฎและมีลักษณะเป็นรูปธรรมอย่างคำสั่งทางปกครอง ซึ่งวรเจตน์ ภาศิริรัตน์กล่าวว่า คำสั่งทั่วไปทางปกครองหมายถึง “การแสดงเจตนาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครอง กำหนดกฎเกณฑ์ให้มีผลออกไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง”²⁴ จากความหมายข้างต้นเห็นว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไป ต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการกำหนดขึ้นมีลักษณะเป็นรูปธรรม เพราะเกิดผลกับบุคคลภายนอกทั่วไป ซึ่งโดยสภาพแล้วคำสั่งทางปกครองทั่วไปมีลักษณะใกล้เคียงกับคำสั่งทางปกครอง จึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์ในส่วนของคำสั่งทางปกครองมาใช้เท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของเรื่อง เพราะในความหมายโดยนัยแล้ว คำสั่งทางปกครองไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลบังคับเป็นการเฉพาะรายเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงคำสั่งทั่วไปทางปกครองด้วย กล่าวคือ หากการใช้อำนาจตาม

²³ กมลชัย รัตนสากววงศ์, “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของสหพันธรัฐเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, 17 (3), (สิงหาคม - ตุลาคม 2532), น. 46-47.

²⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก., *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546), น. 120-123.

กฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ถ้าไม่ใช่เป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย ก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ที่จะต้องควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งศาลปกครองเองก็ได้มีคำวินิจฉัยไว้ในหลายกรณีว่า เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป อันมีลักษณะเป็นคำสั่งเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแต่ไม่ระบุผู้รับคำสั่ง เช่น สัญญาจ้างราชการ เป็นคำสั่งทั่วไปในเรื่องราชการแต่ไม่ระบุเฉพาะเจาะจงว่าใครต้องอยู่ภายใต้คำสั่งนี้ แต่ผู้ที่ได้รับสัญญาจ้างราชการไม่ว่าใคร ก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนี้ หรือกรณีที่มหาวิทยาลัยมีข้อกำหนดให้ใช้ผลคะแนนการทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติขั้นพื้นฐาน O - NET มาพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาต่อในชั้นอุดมศึกษา²⁵ หรือประกาศคัดเลือกบุคคลเข้ารับการประเมินผลงานเพื่อดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น²⁶ หรือการประกาศรับบุคคลสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการ²⁷ หรือการประกาศหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการจัดระเบียบการจำหน่ายสินค้าในพื้นที่ผ่อนผัน²⁸ เป็นต้น โดยลักษณะแล้วคำสั่งทางปกครองทั่วไปไม่ใช่เป็นคำสั่งทางปกครองโดยสภาพ เพราะไม่มีการเจาะจงตัวผู้รับคำสั่ง แม้ไม่เจาะจงตัวผู้รับโดยตรงแต่ก็อาจอนุมานได้โดยนัยของตัวผู้รับคำสั่ง การที่ให้ถือว่าคำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นคำสั่งทางปกครองด้วย ย่อมเป็นการอุดช่องว่าง และการตีความหมายของคำสั่งทางปกครองให้ตรงกับความเป็นจริงมากขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบหลักความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง

กล่าวโดยสรุป คำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง อันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครองโดยมีลักษณะเป็นรูปธรรม มีผลบังคับเฉพาะกรณีและเกิดผลกับบุคคลทั่วไปที่ไม่สามารถระบุตัวผู้รับคำสั่งได้ แม้ว่าคำสั่งทางปกครองทั่วไปมีลักษณะผสมระหว่างกฎและคำสั่งทางปกครอง จึงไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้บังคับกับกฎหรือคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองทั่วไปได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น การจะนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทั่วไป จึงนำมาใช้ได้เท่าที่สภาพของคำสั่งทางปกครองทั่วไปนั้นจะเปิดช่องให้นำมาใช้ได้

2.2.2.2 คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย

คำสั่งทางปกครองเฉพาะรายหรือเป็นคำสั่งทางปกครองโดยสภาพ จากความหมายที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่อันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง เป็นรูปธรรมมีผล

²⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 303/2551

²⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 540/2552

²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 66/2553

²⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 517/2559

บังคับเฉพาะกรณีและเกิดผลกับบุคคลเฉพาะรายที่สามารถระบุตัวผู้รับคำสั่ง ซึ่งตรงกันข้ามกับคำสั่งทางปกครองทั่วไป ที่ไม่อาจจะระบุตัวผู้รับคำสั่งได้ อาจกล่าวได้ว่า ผู้ที่ถูกบังคับตามคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ถูกบังคับให้กระทำการ มิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการใดต้องกำหนดตัวบุคคลไว้ได้อย่างแน่นอน อาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลก็ได้ และเมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองเฉพาะรายก็ย่อมที่จะต้องควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เพราะมีหลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองทั่วไป โดยศาลปกครองได้ตีความและวินิจฉัยไว้เป็นจำนวนมาก เช่น คำสั่งของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าราชการจังหวัด ให้นายกเทศมนตรีชดใช้ค่าเสียหาย²⁹ หรือกรณีราชการส่วนท้องถิ่นไม่อนุมัติ ให้เบิกค่าใช้จ่ายเดินทางไปราชการของข้าราชการ³⁰ หรือกรณีที่กำหนดให้มีคำสั่งให้สารวัตรกำนันพ้นจากตำแหน่ง³¹ จากตัวอย่างคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นเป็นการตีความให้ตรงกับความหมายตามหลักเกณฑ์ที่ให้ไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากไม่ตรงกับหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เมื่อไม่เป็นคำสั่งทางปกครองก็ไม่อยู่ในเงื่อนไขการรับฟ้องคดีอันพ้นจากการถูกตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ ดังนั้น ในการตีความว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งในการตรวจสอบของศาลปกครอง

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ไม่ว่าจะเป็คำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือเป็คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย ก็อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน เพียงแต่การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไปกระทำไ้เท่าที่จะนำหลักเกณฑ์ ในความหมายของคำสั่งทางปกครองโดยสภาพเปิดช่องให้นำมาใช้ได้ หากไม่เป็คำสั่งทางปกครองทั่วไปก็หลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบ จะตีความให้เป็กฎในทางปกครองอีกไม่ไ้เช่นกัน เพราะกฎมีความหมายโดยเฉพาะแล้วว่ ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แม้กฎจะไม่มีกฎหมายควบคุมไว้เป็การเฉพาะ แต่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองตรวจสอบได้เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่มีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม ในราชอาณาจักรสเปนยังมีคำสั่งทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่งถือว่ เป็คำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉย (El Silencio Administrativo) ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1992³² ซึ่งนำมาใช้มากใน

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 239/2560

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 177/2560

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 732/2561

³² อนันต์ คงพันธ์เครือ, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยในระบอบกฎหมายปกครองสเปน,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 16 (1), (มกราคม - มีนาคม 2559), น. 1-20.

กลุ่มประเทศลาตินอเมริกา เกิดขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหากระบวนการทางปกครองที่ล่าช้าและไม่มีประสิทธิภาพ ทำให้คู่กรณีหรือผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถใช้ประโยชน์จากผลของคำสั่งทางปกครอง โดยการนิ่งเฉย มาใช้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตน คำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยเกิดขึ้นเมื่อมีการยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครองให้ออกคำสั่งทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองไม่ออกคำสั่งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ได้แจ้งการออกคำสั่งทางปกครองให้คู่กรณีทราบเป็นหนังสือ กฎหมายจึงกำหนดผลของการนิ่งเฉยดังกล่าวไว้ว่า การไม่ออกคำสั่งทางปกครองหรือการไม่แจ้งคำสั่งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด มีผลเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยแล้ว โดยถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยการนิ่งเฉยเชิงอนุญาติเสมอ คำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยก็ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยเช่นเดียวกัน เพียงแต่ในทางวิชาการไม่ได้แบ่งแยกประเภทไว้ อย่างในราชอาณาจักรสเปน เช่น การพิจารณาคำขออนุญาตของผู้มีอำนาจอนุญาตจะต้องดำเนินการพิจารณา และแจ้งผลการพิจารณาคำขอ ให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับคำขออนุญาต และถ้ามิได้แจ้งผลการพิจารณาคำขอ ให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าผู้มีอำนาจอนุญาตมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ และต้องออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอนั้น³³ หรือกำหนดให้คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ถ้าพิจารณาไม่เสร็จภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์³⁴ ยิ่งกว่านั้นในระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายเฉพาะให้การนิ่งเฉยมีผลเป็นคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยเชิงปฏิเสธ เช่น เมื่อนายกสภานายความได้รับสำนวนคดีมรรยาทนายความ ในกรณีเห็นว่ามีความผิดควรลงโทษตามมาตรา 52 แล้ว หากคณะกรรมการมิได้วินิจฉัย หรือแจ้งคำวินิจฉัยมายังประธานกรรมการมรรยาทนายความ ภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำนวน ให้ถือว่า คณะกรรมการมีคำสั่งขึ้นตามคำสั่งปฏิเสธการลงโทษของคณะกรรมการมรรยาทนายความ³⁵ อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยเชิงปฏิเสธในระบบกฎหมายสเปนใช้ในการกรณีที่การนิ่งเฉยทำให้เกิดการถ่ายโอนอำนาจในการควบคุมของรัฐที่กระทบต่อสาธารณะ หรืออำนาจในการบริการสาธารณะไปยังผู้ยื่นคำขอ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้น เช่น มีผู้ยื่นคำขอวางสิ่งของบนพื้นที่ หรือถนนสาธารณะ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่พิจารณาคำขอภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด จะถือว่าการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองนั้นจะเป็นการอนุญาตไม่ได้ เพราะการยื่นคำขอดังกล่าวอาจทำให้เกิดผลเป็นการถ่ายโอนอำนาจในการควบคุมของรัฐที่มีผลกระทบต่อสาธารณะ เท่ากับฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยในเชิงปฏิเสธนั่นเอง ดังนั้น

³³ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 มาตรา 8

³⁴ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 67

³⁵ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 76

เมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยแล้ว ไม่ว่าจะคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยประเภทใด ก็จะมีผลทางกฎหมายทันที โดยไม่ต้องมีการขอหนังสือยืนยันจากฝ่ายปกครองอีก และถือว่าสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองแล้ว และสามารถใช้อำนาจในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ส่วนจะเข้าเงื่อนไขเป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย ก็ต้องมาพิจารณาว่า มีการยื่นคำขอเพื่อให้ออกคำสั่งทางปกครองประเภทใด

2.3 ความหมาย ประเภทและผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

2.3.1 ความหมายของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

เนื่องจากไม่มีผู้ให้คำจำกัดความของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ เพียงแต่ได้มีการอธิบายหลักเกณฑ์ของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ตรงกันข้ามกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เหมือนกับการให้ความหมายเชิงปฏิเสธ ระหว่างนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางแพ่ง ดังนั้น หากจะค้นหาความหมายของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จะต้องศึกษาลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในความหมายเชิงปฏิเสธ³⁶ ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นความบกพร่อง ที่มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์และเป็นโมฆะแล้วแต่กรณี ย่อมขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นเกณฑ์ ซึ่งจะได้อธิบายในผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

อย่างไรก็ตาม ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบของศาลปกครอง ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น การให้ความหมายคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว จึงหมายถึง คำสั่งทางปกครองที่มีปัญหาด้านวิธีพิจารณาคดีปกครองที่มีปัญหาด้านการใช้ดุลพินิจ และคำสั่งทางปกครองที่มีปัญหาด้านเนื้อหาในตัว ของคำสั่งตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวนั่นเอง

แต่ในกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะกล่าวถึงคำสั่งทางปกครองไว้ในเชิงความหมายผ่านตามลำดับชั้นของกฎหมาย เพราะกฎเกณฑ์ในการกำหนดความชอบด้วยกฎหมาย กฎเกณฑ์แต่ละกฎเกณฑ์มิได้มีค่าอยู่ในระดับเดียวกัน คำสั่งทางปกครอง เป็นการกระทำทางกฎหมายที่อยู่ในระดับต่ำสุด กฎหมายใดอยู่ในลำดับชั้นใด จะพิจารณาจากผู้ใช้อำนาจในการออก

³⁶ สำนักงานศาลปกครอง, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, (กรุงเทพฯ: ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2547), น. 1.

กฎหมายเป็นหลัก ซึ่งโดยนัยนี้ รัฐธรรมนูญย่อมเป็นกฎหมายมีลำดับชั้นสูงสุด การใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมจะต้องชอบด้วยกฎหมายสูงสุดนี้เป็นอันดับแรก ประการต่อมา เมื่อการออกคำสั่งทางปกครองไม่ขัดต่อกฎหมายลำดับสูงสุดแล้ว ต้องมาพิจารณาต่อไปว่า การใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ได้มีการออกโดยอาศัยกฎหมายเฉพาะลำดับรองฉบับใด ซึ่งจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายลำดับรองฉบับนั้นด้วย ส่วนประการสุดท้าย ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องผ่านลำดับชั้นของบรรทัดฐานที่ศาลวางไว้ด้วย ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่ศาลใช้ผ่านการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย และตีความกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมเฉพาะกรณี³⁷

จากที่กล่าวมาข้างต้น ความหมายของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ย่อมมีความหมายสองประการ คือ คำสั่งทางปกครองนั้นขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการออกคำสั่งทางปกครองนั้น โดยเฉพาะเงื่อนไขในการใช้อำนาจ ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองมีเนื้อหาไม่เคารพต่อกฎเกณฑ์ที่เหนือขึ้นไปที่ใช้ในการออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร อันมีลักษณะปรับใช้ให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมในเฉพาะกรณี

2.3.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวได้ว่า เหตุผลประการเดียวที่ไม่มีความจำเป็นในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง คือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีปัญหาเรื่องความบกพร่องในความชอบด้วยกฎหมาย หากคำสั่งทางปกครองได้ออกมาโดยสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในเวลาที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในเวลาที่ออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นไปอย่างรุนแรงหรือเห็นเป็นประจักษ์ หรือต้องด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน หรือได้รับการพัฒนาขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ในกรณีอื่น ๆ หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้³⁸ ในการพิจารณาว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยทั่วไปอาจพิจารณาได้ทั้งในแง่แบบพิธีและในแง่เนื้อหา ซึ่งการแยกพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในแง่ดังกล่าว เพื่อจะช่วยให้การวินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมาย

³⁷ แหล่งเดิม, น. 2-5.

³⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก., เล่มเดิม, น. 139.

ปกครองเป็นไปอย่างมีระบบมากยิ่งขึ้น โดยจะใช้หลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่ง เพราะองค์กรทั้งหลายที่มีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบใช้อ้างเป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเสมอ ไม่ว่าจะองค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเองหรือองค์กรตุลาการซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทางวิธีสบัญญัติ หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางรูปแบบ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอก หรือไม่ชอบด้วยพิธี ซึ่งไม่ใช่ไม่ชอบด้วยเนื้อหาหรือสาระภายในของตัวคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นความบกพร่องในความสามารถ วิธีพิจารณา และแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นความไม่ชอบด้วยวิธีการ ในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง เพราะการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง จะต้องทำให้ถูกต้องตามรูปแบบดังกล่าว ก็เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้เกิดต่อประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจนั้น อันเป็นการควบคุมตรวจสอบทุกกรณีในการที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติก่อนออกคำสั่งทางปกครองไปสู่ภายนอก ย่อมเป็นผลดีให้ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่สามารถพิจารณาและสั่งการให้เกิดความรอบคอบ ไม่มีอคติ ไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น มีการรับฟังเหตุผลสามารถใช้อำนาจอย่างมีคุณภาพและอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งโดยปกติความไม่ชอบด้วยกฎหมายของรูปแบบในกฎหมายปกครองจะไม่เคร่งครัดมากนัก เพราะหากเคร่งครัดในรูปแบบมากเกินไปและทุกกรณี การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองอาจจะล่าช้ากระทบการบริการสาธารณะที่เป็นประโยชน์ส่วนรวมได้เช่นกัน กฎหมายจึงเคร่งครัดเฉพาะรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทางรูปแบบอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี ดังนี้

1.1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบกพร่องในด้านความสามารถหรือไม่มีอำนาจหรือปราศจากอำนาจคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือปราศจากอำนาจ อันเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น”³⁹ ส่วนคำว่า เจ้าหน้าที่ยังขยายความต่อว่า หมายถึง “บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดดำเนินการตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม”⁴⁰ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเหตุนี้ หมายถึงคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่มีอำนาจในเรื่องนั้น และคำสั่งทางปกครองที่ออกนอกขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่นั้น หรือกล่าวในทางกลับกัน

³⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 12

⁴⁰ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 5

เนื้อความในคำสั่งทางปกครองอาจชอบด้วยกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองไม่ได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในเรื่องนั้น หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้อยู่ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน โดยการก้าวก่ายอำนาจหรือแย่งชิงอำนาจ ในการก้าวก่ายอำนาจมีทั้งก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นหรือบุคคลอื่น และการก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่อื่น เช่น ก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชา หรือก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ของผู้ได้บังคับบัญชา เช่น ปลัดกระทรวงมหาดไทยถอนสัญชาติไทยแก่ผู้แปลงสัญชาติ ทั้งที่เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ผู้ว่าราชการจังหวัดออกคำสั่งอนุญาตให้บุคคลมีและใช้อาวุธปืน ซึ่งเป็นอำนาจของนายอำเภอ การก้าวก่ายอำนาจนี้รวมถึงการก้าวก่ายอำนาจเกี่ยวกับเขตแดนที่อยู่นอกเขตการปกครองที่ตนรับผิดชอบ ซึ่งไม่เกี่ยวกับกิจการที่อยู่ในเขตการปกครองของตน เช่น องค์การบริหารส่วนตำบลออกคำสั่งห้ามบุคคลทิ้งขยะ ทั้งที่เป็นอำนาจของเทศบาล และการก้าวก่ายอำนาจเกี่ยวกับเงื่อนไขอีกด้วย เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองได้รับการแต่งตั้งแล้วแต่ยังไม่ได้รับมอบหมายงานตามหน้าที่ หรือเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองครบวาระการดำรงตำแหน่งหรือครบอายุตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น

อำนาจของผู้ที่จะมีสิทธิออกคำสั่งทางปกครองนั้น อาจเกิดจากกฎหมายเฉพาะระบุไว้ เช่น บัญญัติให้นายอำเภอท้องที่เป็นผู้มีอำนาจอนุญาต เพิกถอนใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนในเขตรับผิดชอบ⁴¹ หรือพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตการจัดตั้งสถานบริการ สำหรับสถานบริการที่ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร หรือในส่วนภูมิภาคแล้วแต่กรณี⁴² หรือหากกฎหมายเฉพาะไม่ได้ระบุไว้ อำนาจนั้นอาจเกิดจากการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นกฎหมายทั่วไปไว้เป็นการล่วงหน้าก็ได้ เช่น การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทน โดยทั่วไปผู้รับมอบจะมอบอำนาจต่อไปไม่ได้ เว้นแต่หากมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้ว่าราชการจังหวัดจะมอบอำนาจให้ รองผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัด นายอำเภอ ปลัดอำเภอก็ได้⁴³ โดยจะมอบอำนาจต่อให้บุคคลอื่นไม่ได้ แต่ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะระบุไว้กฎหมายอาจกำหนดให้ผู้มีอำนาจมอบหมายบุคคล ให้ใช้อำนาจแทนก็ได้ เช่น กฎหมายกำหนดในการอนุญาตให้บุคคลประกอบกิจการ โรงงาน เป็นอำนาจของปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งที่

⁴¹ พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 6 ประกอบประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่อง แต่งตั้งนายทะเบียน เจ้าพนักงาน และเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 ข้อ 2

⁴² วิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพฯ: บริษัท เอ. พี. กราฟิค ดีไซน์และการพิมพ์ จำกัด, 2554), น. 48-50.

⁴³ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 39

ปลัดกระทรวงมอบหมาย⁴⁴ หรือกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองใดว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ จะต้องระบุเหตุผลหรือไม่ เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย⁴⁵ แม้กฎหมายไม่ได้ระบุผู้รับมอบตัวบุคคลที่มอบหมายไว้แต่หาใช่ว่าจะมอบหมายให้ใครเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นก็ ได้ แต่ในการมอบอำนาจกฎหมายคงไว้วางใจว่า บุคคลนั้นคงจะมอบหมายคนที่เหมาะสมต่อไปเท่านั้น โดยคำนึงถึงหลักการในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นกฎหมายทั่วไปด้วย

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยเหตุนี้ อาจเกิดขึ้นเพราะตัวผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็ได้ในสองลักษณะกล่าว คือ คิดว่าตนมีอำนาจกระทำได้แต่ในความเป็นจริงไม่มีอำนาจ หรือคิดว่าตนไม่มีอำนาจทั้งที่ในความเป็นจริงตนมีอำนาจ ไม่ว่าจะความเข้าใจดังกล่าวเกิดจากความเข้าใจผิด หรือใช้ดุลพินิจผิดพลาดก็ตาม เช่น ใช้ดุลพินิจคิดว่าตนไม่มีอำนาจกระทำการเป็นอย่างอื่น เนื่องจากมีหนังสือเวียนของผู้บังคับบัญชากำหนดแนวทางปฏิบัติไว้⁴⁶ ดังนั้น การพิจารณาเป็นคำสั่งทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายเหตุนี้หรือไม่ ต้องพิจารณาจากตัวเจ้าหน้าที่นั้นก่อนเป็นอันดับแรก ประการต่อมาพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่นั้นได้ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองอยู่ในพื้นที่ ในเวลาที่ตนมีอำนาจหน้าที่หรืออยู่ในอำนาจของคนอื่นหรือไม่

1.2) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการกระทำผิดขั้นตอน

การออกคำสั่งทางปกครองโดยการกระทำผิดขั้นตอน ถือเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทาง รูปแบบอย่างหนึ่ง การที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก่อน ก็เพื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองให้มีการออกคำสั่งทางปกครองให้เกิดความรอบคอบเกิดความโปร่งใส สำหรับขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง กฎหมายในแต่ละฉบับมักจะกำหนดขั้นตอนที่แตกต่างกัน เช่น กฎหมายฉบับหนึ่งอาจกำหนดขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองเรื่องหนึ่งไว้อย่างหนึ่ง แต่ในกฎหมายอีกฉบับกำหนดขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองไว้อีกอย่างหนึ่ง เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองแต่ละเรื่องมีความมุ่งหมายต่างกัน แต่ถึงอย่างไร หากกฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอนไว้ ก็ต้องนำขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะอ้างว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองมาใช้ อ้างในการไม่ปฏิบัติไม่ได้ เช่น ขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองในการอนุญาตบางเรื่อง

⁴⁴ พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 5 และมาตรา 12

⁴⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 37

⁴⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), น. 190.

กฎหมายกำหนดให้ต้องมีผู้ยื่นคำขอก่อน หรือต้องได้รับคำแนะนำ ความเห็นความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจเหนือกว่า ทั้งจากคณะกรรมการ หรือจากองค์กรอื่น หรือจะต้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น หรือรับฟังผู้ซึ่งจะได้รับผลกระทบก่อน

อย่างไรก็ตาม ขั้นตอนที่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุนี้ ต้องเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ หากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอน ไม่มีผลต่อการออกคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนเหล่านั้นก็ไม่ใช่เป็นสาระสำคัญอันจะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ขั้นตอนที่เป็นเพียงวิธีการดำเนินการอันเป็นแนวทางปฏิบัติ ซึ่งศาลปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังยอมรับในบางกรณี และถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกนั้นชอบด้วยกฎหมาย แม้ขั้นตอนเหล่านั้นมีสาระสำคัญก็ตาม เช่น ไม่เป็นการลิดรอนสิทธิหรือหลักประกันใด ๆ ของผู้ที่เกี่ยวข้อง หรือการปฏิบัติตามขั้นตอนจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ใด⁴⁷

สำหรับระบบกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองเช่นใดเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยขั้นตอนไว้ชัดเจน ซึ่งฝ่ายผู้ตรากฎหมายอาจไว้กว้างใจให้ศาลปกครองในฐานะเป็นองค์กรตรวจสอบ พัฒนาและตีความว่า คำสั่งที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนเช่นใดเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจทำคำสั่งทางปกครองโดยมีอคติ หรือขัดต่อหลักความเป็นกลาง⁴⁸ เห็นว่า แม้จะมองอีกแง่หนึ่งว่าการที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยมีอคติ หรือมีสภาพขัดต่อความเป็นกลาง อาจเป็นความไม่ชอบด้วยเหตุเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือปราศจากอำนาจ แต่จะเข้าเหตุแห่งการไม่สามารถหรือปราศจากอำนาจได้ จะต้องเป็นกรณีตัวเจ้าหน้าที่ไม่มีความสามารถหรือปราศจากอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับเหตุนี้ หรือกรณีการรับฟังคู่กรณีและให้โอกาสคู่กรณีมีโอกาสดูแลและแสดงพยานหลักฐานของตนเอง เช่น ในการจะมีคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการจะต้องมีแจ้งข้อกล่าวหา ให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นโต้แย้งเพื่อแก้ข้อกล่าวหา หรือเสนอพยานหลักฐานก่อน หรือต้องรับฟังหรือขอความเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้อง หรือผู้มีส่วนได้เสียก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง เหล่านี้เป็นบทบัญญัติของกระบวนการขั้นตอนก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติให้ครบถ้วน หากไม่ปฏิบัติย่อมกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบและเพิกถอนได้เพราะเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง

⁴⁷ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองไทย,” วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 153-156.

⁴⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 และมาตรา 16

1.3) คำสั่งทางปกครองที่กระทำผิดแบบ โดยทั่วไปในการออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายมักจะกำหนดแบบไว้หลากหลาย ทั้งรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยทำเป็นหนังสือ และหนังสือต้องมีลายมือชื่อของผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย⁴⁹ หรือคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายให้อำนาจทำโดยไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาได้ เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานตำรวจจราจรที่ออกคำสั่งทางวาจาห้ามจอดรถ หรือให้หยุดรถ หรือคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นรูปแบบอื่นได้ เช่น สัญลักษณ์ หรือป้ายสัญญาณต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานตำรวจจราจร⁵⁰ คำสั่งทางปกครองที่กระทำผิดแบบ อันทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เห็นได้ชัด คือ คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ หากในหนังสือไม่มีข้อความครบถ้วนตามที่กฎหมายต้องการ เช่น ไม่มีวัน เดือน ปี และลายมือชื่อของผู้ทำคำสั่ง หรือคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือไม่มีการอ้างข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนการใช้ดุลพินิจในคำสั่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่มีการยื่นคำขอ หรือไม่ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นก่อนออกคำสั่ง เหล่านี้เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายเรื่องแบบทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามแบบข้างต้น เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถแก้ไขให้สมบูรณ์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการเพิกถอนคำสั่งเดิมแต่อย่างใด แต่หากจะแก้ไขต้องกระทำก่อนสิ้นสุดระยะเวลาอุทธรณ์หรือ หากไม่มีการอุทธรณ์ต้องกระทำก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง หากมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ที่ไม่อาจกลับทำให้ชอบด้วยกฎหมายโดยการแก้ไขได้อีก แม้จะมีการให้สัตยาบันคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจก็ตาม หรือแม้จะได้ทำตามแบบให้สมบูรณ์ในภายหลังก็ตาม วิธีการแก้ไขข้อบกพร่องที่ทำให้คำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย คือ การออกคำสั่งทางปกครองนั้นใหม่

จากที่กล่าวมาทั้งหมด โดยสภาพคำสั่งทางปกครองที่มีความไม่ชอบด้วยรูปแบบ จะยังไม่ปรากฏผลออกไปสู่ภายนอก เพราะยังไม่ได้มีการทำคำสั่งทางปกครองในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคล เนื่องจากสิทธิหน้าที่ของบุคคลจะเกิดขึ้น ก็ต่อเมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมายแล้ว หากบุคคลใดได้รับความเดือดร้อนเสียหาย จากผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทางรูปแบบ เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่มีอำนาจ หรือปราศจากอำนาจ หรือความบกพร่องในเรื่องความสามารถของเจ้าหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง โดยการกระทำผิดขั้นตอนที่ เป็นสาระสำคัญ หรือความบกพร่องในวิธีพิจารณา เจ้าหน้าที่ออกคำสั่ง

⁴⁹ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 36

⁵⁰ มานิตย์ จุมปา, เล่มเดิม, น. 284.

ทางปกครองที่กระทำผิดแบบ หรือบกพร่องในแบบของคำสั่งทางปกครองตามที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ก็มีวิธีการในการระงับความเสียหายจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางรูปแบบให้หมดสิ้นไปได้หลายกรณี เช่น ร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองต่อผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินทั่ว ๆ ไป หรืออุทธรณ์ไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะที่อาศัยอำนาจในการออกคำสั่งนั้น หากกฎหมายเฉพาะที่อาศัยอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้กำหนดวิธีการระงับความเสียหายเรื่องนั้นไว้ ก็ต้องใช้วิธีการอุทธรณ์ตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรืออาจฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จะมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไปตามเงื่อนไขก่อนฟ้องคดี เช่น บางกรณีต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนหรือบางกรณีสามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้เลยโดยไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์ ตามแต่กฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองระบุไว้

แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใด กล่าวถึงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าเป็นลักษณะใด ซึ่งมีลักษณะเดียวกับประมวลวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่มีได้กำหนดลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้เช่นเดียวกัน อาจคงเป็นเพราะพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทย นำประมวล วิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นแนวทางในการยกร่าง จึงทำให้ไม่มีการกำหนดลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเอาไว้โดยเฉพาะ แต่ปล่อยให้พิจารณาจากตัวพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งฉบับมากกว่า

2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทางสารบัญญัติ หรือความไม่ชอบด้วยเนื้อหาสาระในตัวของคำสั่งทางปกครอง โดยที่คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในการพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมาย เจ้าหน้าที่จะต้องวิเคราะห์ข้อเท็จจริงของเรื่องไปตามเหตุผลอันเป็นเทคนิคเฉพาะด้านของศาสตร์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง อันทำให้การออกคำสั่งทางปกครองบรรลุเป้าหมาย ในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายดังกล่าว มูลเหตุจูงใจหรือสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจที่บุคคลภายนอกมองไม่เห็น ก็เป็นสิ่งสำคัญในการสร้างแรงผลักดันให้เกิดคำสั่งทางปกครองเช่นกัน⁵¹ ดังนั้น ในการศึกษาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทางเนื้อหา จำเป็นต้องศึกษาทั้งปัญหาความบกพร่องในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และเหตุจูงใจ ที่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจแบ่งได้ ดังนี้⁵²

⁵¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์, เล่มเดิม, น. 199.

⁵² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์, ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง,

2.1) การทำคำสั่งทางปกครองด้วยมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความบกพร่องในส่วนเจตนาซึ่งเป็นอัตวิสัย เพราะอัตวิสัยเป็นเรื่องเหตุผลในจิตใจที่ซ่อนเร้นอยู่ภายในที่บุคคลภายนอกไม่อาจเห็นต้นเหตุชักจูง มูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบหรือผิดเจตนารมณ์ของกฎหมายก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจเกิดจากเจ้าหน้าที่วิกลจริตไร้ความสามารถเอง หรือเห็นแต่ประโยชน์ส่วนตัว เงินทอง ทรัพย์สิน หรือประโยชน์แก่บุคคลอื่นใด หรือเกิดจากการถูกหลอกลวง ถูกข่มขู่ หรือเกิดจากมีเจตนาถั่นแถ้ง มุ่งร้ายต่อบุคคลทำให้เกิดคำสั่งทางปกครองผิดเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือนอกความมุ่งหมายของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มูลเหตุจูงใจในการทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นต้นเหตุที่ทำให้เกิดคำสั่งทางปกครองนั้น หากไม่มีผลเพียงพอให้เกิดคำสั่งทางปกครอง ก็ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2) การทำคำสั่งทางปกครองด้วยความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงซึ่งไม่มีอยู่จริง หรืออ้างข้อเท็จจริงผิด ซึ่งผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ควรอ้างข้อเท็จจริงนั้น เช่น ผู้บังคับบัญชาลงโทษทางวินัยข้าราชการ เพราะละเลยต่อหน้าที่ ทั้ง ๆ ที่ข้าราชการผู้นั้นมิได้ละเลยต่อหน้าที่ ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอาจเกิดจากการแสดงเจตนาวิปริตโดยสมัครใจของเจ้าหน้าที่เอง เช่น ถูกหลอกลวงโดยการข้อมูลอันเป็นเท็จ หรือให้ข้อมูลไม่ครบถ้วนให้เข้าใจในข้อเท็จจริงผิด หรือการรับสินบนหรือประโยชน์ต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่วิกลจริตเอง หรือเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลภายนอก อันเป็นการแสดงเจตนาวิปริตโดยไม่สมัครใจ เช่น การข่มขู่ บังคับให้ทำคำสั่งทางปกครอง ถือเป็น การแสดงเจตนาวิปริตเช่นกัน ซึ่งได้กล่าวแล้วในเรื่องมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การแสดงเจตนาวิปริตทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยเหตุนี้ ทำให้เกิดความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

2.3) การทำคำสั่งทางปกครองด้วยความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายเรื่องหนึ่ง แต่ความจริงกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นไม่มีอยู่ อาจเกิดจากไม่มีกฎหมายอยู่เลย หรือมีกฎหมายแต่ยังไม่ได้มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายได้ยกเลิกแล้ว การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้สามกรณี กรณีที่หนึ่ง เกิดจากการนำเอากฎหมายที่ไม่อาจใช้บังคับได้มาใช้บังคับกับเรื่องนั้น กรณีที่สอง เกิดจากการที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเข้าใจผิดคิดว่า ตนสามารถออกคำสั่งทางปกครองนั้นโดยอาศัยกฎระเบียบฉบับหนึ่งได้ แต่ปรากฏว่า กฎระเบียบฉบับนั้นเป็นกฎระเบียบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะระเบียบขัดต่อกฎหมายที่สูงกว่า เช่น กฎระเบียบออกโดยผู้ไม่มีอำนาจ หรือกฎระเบียบขัดกับพระราชบัญญัติ หรือ

อ้างหนังสือเวียนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่สาม เกิดจากการใช้บังคับกฎหมายโดยชอบ แต่ผู้
ออกคำสั่งทางปกครองตีความกฎหมายผิด

2.4) การทำคำสั่งทางปกครองด้วยความผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อ
กฎหมาย หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองตีความกฎหมายผิดพลาด เพราะในการ
ทำคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่จะต้องอ้างอิงข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุในการออกคำสั่งเสมอ หากนำ
ข้อเท็จจริงนั้นมาพิสูจนความชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เรียกว่า เป็นความผิดพลาดในการปรับ
ข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย เช่น นายกเทศมนตรีปฏิเสธอนุญาตในการก่อสร้างอาคาร โดยอ้าง
ว่า การก่อสร้างจะกระทบต่อทัศนียภาพของสถาปัตยกรรมแห่งหนึ่ง ทั้งที่ข้อเท็จจริงแล้ว การ
ก่อสร้างไม่กระทบต่อสิ่งปลูกสร้างเช่นนั้น

2.5) การทำคำสั่งทางปกครองไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อันเป็น
ขั้นตอนสุดท้ายของการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นการบิดเบือนหรือบิดผันอำนาจตามที่
กฎหมายต้องการ โดยปกติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้บรรลุความ
มุ่งหมายซึ่งประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น แต่ในบางกรณี กฎหมายก็กำหนดในการออกคำสั่งทาง
ปกครอง มีจุดมุ่งหมายในการรักษาสิทธิและเสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน ซึ่ง
ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ เป็นสำคัญ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย
ด้านวัตถุประสงค์นี้ เกิดขึ้นได้สองกรณี⁵³ กรณีที่หนึ่ง กรณีกฎหมายมีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์
ส่วนรวม แต่มีการบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์ของเอกชน เช่น นายกเทศมนตรีสั่งห้ามรถยนต์วิ่ง
ผ่านบ้านหลังหนึ่ง เพื่อเอาใจเจ้าของบ้านหลังนั้น กรณีที่สอง กรณีการบิดเบือนอำนาจโดยมี
วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของสาธารณะอื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายต้องการ
เช่น นายกเทศมนตรีสั่งห้ามนักท่องเที่ยวเปลี่ยนเสื้อผ้าบนชายหาด แต่ให้เปลี่ยนในสถานที่ที่
เทศบาลจัดไว้ให้โดยเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ เพื่อหารายได้ให้แก่เทศบาล แต่หากวัตถุประสงค์หลักชอบ
ด้วยกฎหมายแต่บุคคลอื่นได้รับประโยชน์ไปด้วย ถือว่าไม่เป็นเหตุที่จะนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการ
บิดเบือนอำนาจ เช่น คำสั่งเวนคืนที่ดินเพื่อใช้สร้างทางเชื่อมต่อระหว่างเมือง แต่เส้นทางนั้น
บริษัทเอกชนรายหนึ่งได้รับประโยชน์จากเส้นทางผ่านไปด้วย ถือว่าวัตถุประสงค์หลักคือส่วนรวม
บรรจบกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน

อย่างไรก็ตาม ความไม่ชอบด้วยคำสั่งทางปกครองทางสารบัญญัตินี้ วรเจตน์ ภาคีรัตน์
กล่าวว่า “ให้รวมถึงการออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
ที่เป็นฐานอำนาจด้วย แม้ว่าฐานของกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองจะเป็นกฎหมายระดับ
พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจใน

⁵³ มานิตย์ จุมปา, เล่มเดิม, น. 239.

การตรา แต่กฎหมายดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วย หากคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยอาศัยฐานทางกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำสั่งทางปกครองก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”⁵⁴ ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยหลักกฎหมายทั่วไปของคำสั่งทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพิ่มเติมอีก

ดังนั้น ในการแบ่งประเภทความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายให้เป็นระบบมากขึ้นเท่านั้น เพราะความไม่ชอบของคำสั่งทางปกครองประเภทใด ก็เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น ส่วนจะมีผลทางกฎหมายแค่ไหน เพียงใด ก็ขึ้นอยู่กับเหตุบกพร่องของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้บัญญัติเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ชัดเจน และไม่ได้ครอบคลุมทั้งหมดตามที่กล่าวมาข้างต้น แม้จะได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไว้บ้าง แต่ก็เป็นเหตุในความไม่ชอบทางรูปแบบหรือวิธีบัญญัติเท่านั้น ทำให้ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไม่เข้าใจว่า การออกคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายจะต้องใช้เกณฑ์ใดบ้าง ผู้ควบคุมตรวจสอบจะอาศัยหลักเกณฑ์ใด

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ที่ศาลปกครองใช้อำนาจในการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทางไว้หลายกรณี ซึ่งสามารถแยกประเภทของความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน ประเภทที่หนึ่ง ความไม่ชอบทางรูปแบบ คือ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผู้ไม่มีอำนาจ คำสั่งทางปกครองที่ออกนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ ประเภทที่สอง ความไม่ชอบด้านเนื้อหา คือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยไม่สุจริต คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น คำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร และคำสั่งทางปกครองที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ประเภทที่สาม คือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยขั้นตอนและวิธีการของการทำคำสั่งส่วนคำสั่งทางปกครองใดเป็นไปตามที่กล่าวข้างต้น ต้องอาศัยการตีความของศาลปกครองในแต่ละคดี โดยเฉพาะหากการทำคำสั่งทางปกครองที่สำคัญผิดในข้อกฎหมายสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ปรับบทกฎหมายผิด หรือคำสั่งทางปกครองไม่เป็นไปตามหลักกฎหมาย

⁵⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, (กรุงเทพฯ: บริษัท เอ. พี. กราฟิค ดีไซน์ และการพิมพ์ จำกัด, 2554), น. 65.

ทั่วไป ก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย อันครอบคลุมเงื่อนไขในการรับฟ้องคดีทั้งหมด เป็นต้น

2.3.3 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นคำสั่งที่มีผลในทางกฎหมายเสมอ แต่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีผลทางกฎหมายหรือไม่มีผลในทางกฎหมายก็ได้⁵⁵ เพราะ โดยทั่วไปแล้วเมื่อคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีผลทางกฎหมายสมบูรณ์ จนกว่าจะถูกเพิกถอน และแม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจจะไม่ถูกเพิกถอนก็ได้ เพราะหากให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ทุกกรณี ประโยชน์ส่วนรวมที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปแล้วตามคำสั่งทางปกครองย่อมถูกระงับ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายบางกรณีมีระดับของความรุนแรงที่แตกต่างกันไป หลักกฎหมายปกครองจึงมีความจำเป็นต้องจำแนกระดับของความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลแตกต่างกันด้วย ทั้งนี้ เพื่อประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองและคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม

ดังนั้น หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นไปอย่างรุนแรง หรือเห็นประจักษ์ชัด หรือต้องด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน หรือได้รับการพัฒนาขึ้นโดยคำพิพากษาของ ศาลปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งที่เป็นโมฆะ สำหรับในกรณีอื่นๆ ที่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้⁵⁶ เพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายก็ได้ จึงไม่อาจนำกฎหมายเอกชนมาเปรียบในผลของความไม่ชอบได้ เพราะในกฎหมายเอกชนหากการกระทำใด ๆ มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วย่อมไม่มีผลในทางกฎหมายใด ๆ จากการศึกษาผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถแบ่งผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนี้

1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่เกิดขึ้นเลย หรือคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ หมายถึง “คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรง หรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเห็นเป็นที่ประจักษ์”⁵⁷ กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันสำคัญของเอกชน โดยที่กฎหมายไม่ให้

⁵⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก., เล่มเดิม, น. 164.

⁵⁶ แหล่งเดิม, น. 139.

⁵⁷ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, หลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554),

อำนาจไว้เลยแม้แต่น้อย ผลที่ตามมา คือ เมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย องค์การฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ความโมฆะของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ได้รับการพัฒนาในวงวิชาการและศาลปกครองในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือราชอาณาจักรสเปน ซึ่งพอประมวลเหตุความบกพร่อง ที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะมี ดังต่อไปนี้⁵⁸ คำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมาเป็นหนังสือแต่ไม่ปรากฏในหนังสือนั้นว่า หน่วยงานใดเป็นหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎหมายกำหนดให้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ แต่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยวาจา คำสั่งทางปกครองจะสมบูรณ์เมื่อมีพิธีการมอบเอกสารสำคัญให้ คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งกระทำการแต่ไม่อาจปฏิบัติได้จริงตามคำสั่งนั้น เช่น คำสั่งทางปกครองให้รื้อถอนอาคาร แต่ความเป็นจริงอาคารถูกรื้อไปแล้ว คำสั่งทางปกครองที่ออกอยู่นอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ คำสั่งทางปกครองที่จะส่งผลให้ผู้รับคำสั่งนั้นต้องได้รับ โทษทางอาญา คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี คำสั่งทางปกครองที่ผู้ขออนุญาตและผู้อนุญาตเป็นบุคคลคนเดียวกัน คำสั่งทางปกครองขององค์การที่ไม่มีอยู่จริงตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองโดยมีความประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัว คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่พ้นหน้าที่ไปแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากความไม่สมัครใจของเจ้าหน้าที่ หรือคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง หรือคำสั่งทางปกครองที่ให้ตนเองได้รับประโยชน์ เป็นต้น ซึ่งในระบบกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วย ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งต้องอาศัยการตีความของนักวิชาการหรือศาลปกครอง เพื่อจะได้พัฒนาในอนาคต

เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ ย่อมมีผลหลายประการ กล่าวคือ ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น และย่อมไม่มีผลในทางกฎหมายใด ๆ เจ้าหน้าที่ก็ไม่อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้นให้สมบูรณ์ได้ แม้เวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตาม ความเป็นโมฆะย่อมมีผลย้อนหลังนับตั้งแต่วันทำคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความเสียหายเปล่าขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ หากไม่มีผู้ใดกล่าวอ้าง ศาลปกครองเท่านั้นที่อาจหยิบยกประเด็นความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองพิจารณาเองเพราะถือเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชน และพิพากษาแสดงความเสียหายเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และ ไม่มีความจำเป็นต้องฟ้อง

⁵⁸ *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG* (กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์) ค.ศ. 1976 มาตรา 44, *René Chapus, Droit Administratif Général*, Tome I (4e édition, 1988), p. 633-634., Allan R. Brewer - Carias, *Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse* (1992), p. 88.

หรือลบล้างโดยองค์กรใด ได้แต่ประกาศความเป็น โฆษะหรือความเสียหายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น⁵⁹ แต่อย่างไรก็ตาม มีผลต่อเนื่องตามมาจากคำสั่งทางปกครองเป็น โฆษะอีกอย่างน้อยสองประการ คือ ไม่จำเป็นต้องยื่นอุทธรณ์เพื่อให้มีการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายภายในฝ่ายปกครอง ก่อนที่จะใช้สิทธิร้องขอให้ศาลปกครองแสดงความเป็น โฆษะ แม้กฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นจะกำหนดให้ยื่นอุทธรณ์ก่อนก็ตาม อีกประการหนึ่ง ทรัพย์สิน หรือสิทธิประโยชน์ ที่ถูกบังคับหรือถูกระงับจากผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ จะต้องชดใช้คืน และศาลปกครองก็สามารถออกคำสั่งบังคับให้ได้เช่นกัน⁶⁰

จากที่กล่าวข้างต้น แม้ว่าระบบกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วย ความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งต้องอาศัยการตีความของนักวิชาการหรือศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานหลายคดี โดยนำแนวทางของต่างประเทศที่ได้กล่าวข้างต้น และเมื่อศาลปกครองได้พัฒนาหลักดังกล่าวแล้ว ย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องนำคำวินิจฉัยนั้น มาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องและเพื่อประโยชน์แก่การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองต่อไป

2) คำสั่งทางปกครองที่มีผลตามกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนในภายหลัง เรียกว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถึงขนาดรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด แม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีผลในทางกฎหมายอยู่ กล่าวคือ สามารถบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เพียงแต่เป็นเหตุถูกเพิกถอนในภายหลังเท่านั้น หรือในบางกรณีแม้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในภายหลัง ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ความบกพร่องนั้นก็หมดไป และจะนำมากล่าวอ้างว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกไม่ได้ ในการเยียวยาจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือหากไม่มีการอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่จะต้องกระทำให้เสร็จก่อนนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้องคดียังศาลปกครอง เช่น คำสั่งทางปกครองโดยไม่มีผู้ยื่นคำขอ เมื่อกฎหมายกำหนดให้ยื่นคำขอก่อน คำสั่งทางปกครองซึ่งไม่ได้รับฟังคู่กรณีที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง หรือรับฟังคู่กรณีโดยไม่สมบูรณ์ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน⁶¹ คำสั่งทางปกครองผิดพลาดหรือบกพร่องเล็กน้อย เช่น

⁵⁹ René Chapus, *Droit Administratif Général*, p. 731., Allan R. Brewer - Carias, *Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse*, 89.

⁶⁰ อัญชริกา มุลมา, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*, 8 (1), (พฤษภาคม 2558), 130.

⁶¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41

พิมพ์ผิด ใส่ตัวเลขผิด คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องการไม่ได้จัดแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะไม่อาจกระทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใด เพราะไม่ได้มีการเยียวยาเลย หรือเยียวยาหลังสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือเยียวยาหลังจากนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้องคดียังศาลปกครองแล้ว มีทางเดียวที่ทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นหมดไป คือ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

สรุปจากที่กล่าวทั้งหมดข้างต้น การออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ การทำคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น การทำคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น การทำคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ย่อมเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หากความไม่ชอบนี้เกิดจากการปฏิบัติขัดต่อหลักความเสมอภาค ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หากเป็นการกระทำขัดต่อหลักความได้สัดส่วน ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือเป็นการสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนโดยสมควร

2.4 แนวคิด และหลักการทางทฤษฎีเพื่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

การศึกษาแนวคิด และหลักการทางทฤษฎีเพื่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง มีส่วนช่วยให้การพิสูจน์สมมติฐานเป็นไปอย่างมีเหตุผล เพราะแนวคิดและหลักการทางทฤษฎีได้รับการคิดค้น พัฒนาสร้างขึ้นและได้รับการยอมรับอยู่ทั่วไปในสากล ซึ่งใช้แก้ไขปัญหาต่าง ๆ หรืออธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในสังคม สามารถนำไปประยุกต์และปฏิบัติให้เข้ากับบริบทในสังคมนั้น ๆ ดังนั้น การศึกษาแนวคิด และหลักการทางทฤษฎีเพื่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จึงมีประโยชน์ในการศึกษา ค้นคว้า เพื่อพิสูจน์หรือหาคำตอบปัญหาต่าง ๆ ตามหัวข้อในงานวิจัยนี้ อย่างไรก็ตาม เพียงการศึกษาแนวคิด และหลักการทางทฤษฎีเฉพาะกฎหมายปกครอง เพื่อพิสูจน์สมมติฐานในงานวิจัยดังกล่าวยังไม่เพียงพอ เพราะแนวคิด และหลักการทางทฤษฎีบางเรื่อง ต้องนำแนวคิด และ

หลักการทางทฤษฎีของกฎหมายมหาชนมาใช้ร่วมด้วย เนื่องจากกฎหมายมหาชนเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทั้งหลายเช่นเดียวกัน ซึ่งอาจกล่าวได้ ดังนี้

2.4.1 แนวคิดเกี่ยวกับนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

นิติวิธี (Juristic Method) เป็นวิธีการคิด วิเคราะห์เพื่อนำมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายหรือปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่เกิดขึ้น หรือเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย ที่อาจเกิดจากความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจ ซึ่งไม่มีกฎหมาย หรือกฎหมายที่มีอยู่ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ดังกล่าว⁶² นิติวิธีจึงเป็นเครื่องมือในการค้นหาคำตอบเพื่อหยั่งทราบว่า ถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีความหมายว่าอย่างไร โดยเฉพาะถ้อยคำของตัวบทกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง เช่น ถ้อยคำว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คำว่า ประพฤติตนเป็นที่เสื่อมเสีย หรือคำว่า เพื่อประโยชน์ส่วนรวม เป็นต้น ซึ่งการขังน้ำหนักของถ้อยคำแต่ละคำที่ไม่เจาะจงดังกล่าว ไม่อาจทำให้ได้ผลลัพธ์ที่ดีที่สุด เพียงแต่นำมาพิจารณาว่า นิติวิธีใดมีความสมเหตุสมผลมากกว่ากัน เพราะถ้อยคำตามตัวบทกฎหมายไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยลำพัง แต่จะต้องยึดโยงกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์และระบบกฎหมายด้วย ในการค้นหาวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายก็มีนิติวิธีที่ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณา จากเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมาย เพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายซึ่งเป็นเป้าหมายสุดท้าย⁶³ ดังนั้นนิติวิธีกับตัวบทกฎหมายจึงไม่อาจแยกออกจากกันได้ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นเพียงตัวอักษรที่แสดงออกซึ่งความคิด อันเป็นเครื่องมือในการชี้ขาดหาความแน่นอนในการวินิจฉัยปัญหา ตัวหนังสือจึงไม่ใช่กฎหมายที่แท้จริง แต่ตัวความคิดที่แสดงออกผ่านตัวหนังสือต่างหาก คือกฎหมายที่แท้จริง⁶⁴ นิติวิธีจึงมีความสำคัญยิ่งต่อผู้ใช้กฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายมหาชน เป็นระบบกฎหมายหนึ่งที่แยกออกจากระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายอาญา จึงมีนิติวิธีสำหรับใช้และตีความกฎหมายมหาชนขึ้น โดยเฉพาะ ซึ่งบรรศักดิ์ อูวรรณ โฉม กล่าวว่า นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน หมายถึง “วิธีการคิด วิเคราะห์ และวิธีนำเสนอความคิด หรือการพิจารณาปัญหาอย่างเป็นระบบในกฎหมายมหาชน” ผู้ใช้หรือผู้ตีความกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด เช่น ผู้บัญญัติกฎหมายมีหน้าที่คิดวิเคราะห์และนำเสนอความคิด

⁶² ปวีศร เลิศธรรมเทวี, นิติวิธีว่าด้วยการตีความ: หลักการทั่วไป กรอบทฤษฎีและแนวปฏิบัติ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 46 (3), (กันยายน 2560), น. 730.

⁶³ มานิตย์ วงศ์เสวี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 31-35.

⁶⁴ สมยศ เชื้อไทย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 ฉบับใช้เรียน (พิมพ์ครั้งที่ 9), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 7-9.

เป็นบทบัญญัติในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลมีหน้าที่คิด วิเคราะห์และนำเสนอความคิดเป็นคำพิพากษา นักกฎหมายมหาชนทั่วไป มีหน้าที่คิดและวิเคราะห์แล้วนำเสนอความคิดในรูปงานเขียนต่าง ๆ ผู้บังคับใช้กฎหมาย มีหน้าที่คิด วิเคราะห์และนำเสนอความคิด ในรูปคำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง

ดังนั้น การคิดตามนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน ต้องไม่นำกฎหมายเอกชนมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมายมหาชน เช่น จะนำหลักความเสมอภาคตามกฎหมายเอกชนมาใช้กับรัฐ หรือฝ่ายปกครองทุกกรณีไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายมหาชนมีนิติวิธีเฉพาะ ในหลักการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับเสรีภาพส่วนบุคคลไว้แล้ว โดยถือว่าประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของเอกชนเสมอ หรืออาจจะกล่าวได้ว่า วิธีคิดตามหลักกฎหมายมหาชน ตั้งอยู่บนความไม่เสมอภาค ซึ่งให้ออกสิทธิ ฝ่ายปกครองที่จะดำเนินกิจกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน ไม่ว่า การกำหนดการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การสร้างโครงสร้างพื้นฐาน เป็นต้น

สำหรับฝ่ายปกครองเอง แม้จะมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะและมีเอกสิทธิ์ก็ตามแต่ประการสำคัญต้องระลึกอยู่เสมอว่า การนำนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และใช้เอกสิทธิ์ทางปกครองเพิ่มขึ้นมากเท่าใดสภาพของนิติรัฐจะลดลงตามลำดับท้ายที่สุดสิทธิและเสรีภาพตามปรัชญาทางกฎหมายมหาชน ที่มุ่งรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับเสรีภาพส่วนบุคคล ก็เป็นเพียงอุดมคติเกิดขึ้นไม่ได้ในความเป็นจริง ดังนั้น ในการรักษาสมดุลทั้งสองฝ่ายจึงอยู่ที่ความพอเหมาะพอประมาณ ให้เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน⁶⁵ ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในเรื่องหลักแห่งความได้สัดส่วนในงานวิจัยเล่มนี้ต่อไป อาจกล่าวได้ว่า วิธีการคิดทางกฎหมายมหาชนทั่วไปซึ่งนำมาใช้กับผู้ใช้อกฎหมายมหาชนทุกฐานะ ไม่ว่าผู้บัญญัติกฎหมาย ผู้ตัดสินใจคดี หรือผู้ใช้อกฎหมายในฐานะอื่น ๆ นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนแบ่งได้ ออกเป็นสองระดับ คือ ประการแรก เป็นนิติวิธีหลักในการคิดปฏิเสธมิให้นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ กับวิธีการคิดในการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมและสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชน อีกประการหนึ่ง เป็นนิติวิธีประกอบในการเปรียบเทียบกฎหมายและการวิเคราะห์กฎหมายโดยวิธีการทางสังคมวิทยา อันช่วยทำให้วิธีการคิดในระดับแรกสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้⁶⁶

⁶⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก., เล่มเดิม, น. 291-431.

⁶⁶ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, หลักกฎหมายมหาชน, น. 307-310.

2.4.1.1 นิติวิธีหลัก

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า นิติวิธีหลักเป็นวิธีการคิดปฏิบัติหรือนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายมหาชน กับวิธีการคิดในการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชน

1) การคิดปฏิบัติหรือนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายมหาชน เหตุผลเนื่องมาจากประโยชน์ของมหาชน ที่จัดทำบริการสาธารณะ ได้กระทำเพื่อคนหมู่มาก หากให้ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลมีความเท่าเทียมกับประโยชน์ของรัฐ และยินยอมให้ปัจเจกชนกระทำตามความคิดเพื่อประโยชน์ตนเองแล้ว ภารกิจของฝ่ายปกครองที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมก็เกิดขึ้นมาได้ เช่น รัฐจะเอาที่ดินสร้างระบบชลประทานเพื่อประโยชน์ส่วนรวม จะต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนเช่นเดียวกับความยินยอมในทางแพ่งไม่ได้ จากความคิดดังกล่าว ทำให้ประโยชน์ส่วนรวมเหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน โดยสภาพ ในที่สุดก็เกิดระบบกฎหมายมหาชน โดยลายลักษณ์อักษรผ่านผู้มีอำนาจตรากฎหมาย ตัวอย่างเช่น รัฐสภาออกพระราชบัญญัติการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 ให้อำนาจฝ่ายปกครองบังคับเอาที่ดินจากปัจเจกชนมาเป็นของรัฐ โดยที่ไม่ปัจเจกชนยินยอม หรือการกำหนดให้การเข้ารับราชการของบุคคลไม่เป็นสัญญาจ้างในทางแพ่ง จึงไม่อาจนำหลักสิทธิและหน้าที่ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างในทางแพ่งมาใช้ไม่ได้ ดังนั้น กฎหมายมหาชนโดยลายลักษณ์อักษรจึงเพิ่มมากขึ้นไปด้วย จนกลายเป็นกฎหมายหลักที่ครอบงำกฎหมายเอกชน และเมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชนย่อมทำให้มีเอกสิทธิ์ตามไปด้วย และไม่อาจนำหลักความเสมอภาคและเสรีภาพอย่างกฎหมายเอกชนมาใช้ในกิจกรรมต่าง ๆ ไม่ได้ เช่น กิจกรรมการศึกษา สร้างถนน ไฟฟ้า ประปา หรือกิจกรรมที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงปลอดภัย ดังนั้น นิติวิธีตีความว่า สิ่งใดเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือไม่ พิจารณาได้จากลักษณะกิจกรรมที่จะต้องมีความต่อเนื่อง มีการเปลี่ยนแปลงให้ทันต่อความต้องการของคนหมู่มาก รวมถึงความเสมอภาคในการจัดทำกิจกรรมด้วย ส่วนวิธีการหรือเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้เพื่อให้กิจกรรมต่าง ๆ บรรลุเป้าหมาย คือ การกอนิติสัมพันธ์โดยฝ่ายเอกชนไม่สมัครใจในรูปนิติกรรมทางปกครอง เช่น การออกกฎ ออกคำสั่งทางปกครอง หรือการทำสัญญาทางปกครองต่าง ๆ และหากมีข้อกรณีเกิดขึ้นจากกิจกรรม วิธีการที่ฝ่ายปกครองดำเนินไปเหล่านี้ ก็ย้อมนำไปสู่การพิจารณาคดีของศาลปกครอง ไม่ใช่ศาลยุติธรรม ซึ่งมีนิติวิธีในการควบคุมตรวจสอบโดยเฉพาะ ที่มีความแตกต่างไปจากการควบคุมตรวจสอบตามระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายอาญา

แต่อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติหรือนำกฎหมายเอกชน มาใช้กับปัญหาทางกฎหมายมหาชนโดยเด็ดขาดนั้น ไม่อาจกระทำได้ทุกกรณี เพราะนิติวิธีบางอย่างระหว่างกฎหมายมหาชนกับ

กฎหมายเอกชนมีหลักเกณฑ์ร่วมกันและเชื่อมโยงมีความสัมพันธ์กันอยู่ ซึ่งเกิดจากมีช่องว่างของกฎหมาย เช่น มีการนำนิติวิธีในการตีความนิติกรรมทางปกครองคือคำว่าคำสั่งทางปกครอง และตีความนิติกรรมทางแพ่ง ในลักษณะยึดโยงกัน กล่าวคือ ความหมายของถ้อยคำเกือบเป็นอย่างเดียวกันกับนิติกรรมในทางแพ่ง แตกต่างเพียงผู้แสดงเจตนาต้องเป็นฝ่ายปกครอง และจุดประสงค์ในการแสดงเจตนาเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น⁶⁷ หรือการนำนิติวิธีวินิจฉัยในเรื่องหลักการส่งคืนทรัพย์สินที่ได้มาโดยไม่มีสิทธิในกฎหมายปกครอง ที่เอกชนได้กระทำการใดไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ฝ่ายปกครองก็นำนิติวิธีเรื่องลาภมิควรได้ในทางแพ่งมาใช้ในการจ่ายค่าทดแทนแก่เอกชน⁶⁸ เป็นต้น

โดยทั่วไปการห้ามนำกฎหมายเอกชนมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชนดังกล่าว ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายมหาชนปรากฏช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นเท่านั้น เมื่อปรากฏช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น จะต้องพิจารณาและคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนในเรื่องนั้น ๆ ว่า เปิดโอกาสให้มีการอุดช่องว่างของกฎหมายหรือไม่ เพียงใด ซึ่งช่องว่างของกฎหมายที่จะนำนิติวิธีมาใช้ดังกล่าวข้างต้น ต้องไม่ใช่กรณีที่กฎหมายมหาชนกำหนดให้นำกฎหมายเอกชนมาใช้โดยอนุโลม ซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายได้รู้ล่วงหน้าแล้วว่า มีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น⁶⁹ แต่ต้องเป็นช่องว่างของกฎหมายอย่างแท้จริง กล่าวคือ ผู้บัญญัติกฎหมายไม่อาจคาดการณ์ หรือรู้ล่วงหน้าได้ว่ามีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดนำกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย มาใช้ในกฎหมายปกครองหลายกรณี เช่น วินิจฉัยอาการท้องเสีย เป็นเหตุสุดวิสัยตามนัยมาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷⁰ หนังสือรับสภาพหนี้กรณีพิศัญญาลาศึกษาเป็นนิติกรรมตามมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷¹ เนื้อหาในหนังสือรับสภาพหนี้ เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความและเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 850 และมาตรา 349 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷² การพิศัญญาทางปกครองกำหนดเบี้ยปรับตามมาตรา 379 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷³ อายุความตามหนังสือรับสภาพความรับผิดชอบการพิศัญญา

⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก., เล่มเดิม. น. 327-330.

⁶⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน*, น. 336.

⁶⁹ แหล่งเดิม, น. 341.

⁷⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 673/2560

⁷¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 891/2560

⁷² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 715/2560

⁷³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1266/2560

ลาศึกษาต่อตามมาตรา 193/28 และมาตรา 193/25 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷⁴ การนำหลักกฎหมายเรื่องการแจ้งคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ในการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง⁷⁵ การนำข้อความคิดเกี่ยวกับคำเสนอและคำสนองทางแพ่งมาใช้ในสัญญาทางปกครอง⁷⁶ การนำความรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐ⁷⁷ การนำอายุความความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดตามมาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้กับอายุความตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539⁷⁸ การนำอายุความสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 1754 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน กรณีเจ้ามรดกกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ⁷⁹ เป็นต้น การนำกฎหมายเอกชนมาใช้ในกฎหมายปกครองข้างต้น บางกรณีเป็นการนำนิติวิธีมาใช้โดยตรง เช่น ในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิด บางกรณีนำนิติวิธีมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป เช่น การทำสัญญา การบอกเลิกสัญญาทางปกครอง เหตุสุดวิสัย เบี่ยงปรับ บางกรณีนำนิติวิธีมาใช้ในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่น การแจ้งการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

การนำนิติวิธีดังกล่าวมาใช้ในทางกฎหมายมหาชนของไทย เห็นว่า ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นจากสถาบันของกฎหมาย แต่ไม่ได้เกิดขึ้นจากผู้ใช้กฎหมายเช่นฝ่ายปกครองโดยตรง ในกรณีที่กฎหมายปกครองเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย ไม่ว่าจะไม่มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนั้นไว้ หรือมีความไม่ชัดเจนจนไม่อาจตีความได้ ศาลปกครองก็นำวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในนิติวิธีทั่วไปมาใช้ได้ โดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะที่สำคัญของกฎหมายปกครอง เช่น หลักว่าด้วย ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ที่ผู้บัญญัติกฎหมายเลือกที่จะตรากฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง ส่วนใหญ่แสดงถึงคุณค่าของสิ่งต่าง ๆ ไม่ว่าจะบุคคล สิ่งของ สัมคม ตัวอย่างถ้อยคำที่แสดงถึงคุณค่า เช่น คำว่า ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี น่ารังเกียจ นำอันตราย ทрудโทรม ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมรุนแรง เป็นต้น⁸⁰ ซึ่งบัญญัติให้ผู้ใช้อำนาจเกิดดุลพินิจทั้งสิ้น ในทางนิติวิธีผู้บัญญัติกฎหมายต้องการให้ผู้ใช้อกฎหมายมีการตีความ ส่วนในการอุดช่องว่างของ

⁷⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1271/2559

⁷⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 589/2561

⁷⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1020/2560

⁷⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 197/2553

⁷⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 491/2551

⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 676/2559

⁸⁰ วรพจน์ วิสสุตพิณย์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*

(พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 126.

กฎหมาย เป็นกรณีที่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนั้นไว้ หรือกฎหมายมีความไม่ชัดเจนจนไม่อาจตีความได้ ในการนำนิติวิธี โดยการอุดช่อง โดยนำกฎหมายอื่นมาใช้ต้องระลึกลักษณะที่ จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่จะไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เฉพาะกรณีที่ประชาชนทั่วไปไม่อาจคาดการณ์ถึงผลทางกฎหมายได้ อันเป็นข้อยกเว้นของหลักกว่าด้วย ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ เช่น การนำหลักกว่าด้วย การหักกลบลบหนี้มาใช้ในหนี้ทางปกครอง ย่อมทำให้หนี้ระงับไปทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการนำหลักกว่าด้วยการชำระหนี้บกพร่องมาใช้ในการชำระหนี้ในทางปกครอง ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ความรับผิดชอบในมูลหนี้ที่ชำระบกพร่องนั้น ซึ่งย่อมเป็นผลร้ายต่อบุคคลอันขัดต่อหลักการดังกล่าวข้างต้นได้⁸¹ ส่วนกรณีอื่น ๆ ที่สถาบันทางกฎหมาย เช่น ศาลปกครองได้นำนิติวิธีมาใช้ เช่น การขยายหลักคำว่าสัญญาทางปกครอง⁸² การนำเอกเทศสัญญาตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในสัญญาทางปกครอง⁸³ หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล นำนิติวิธีมาใช้ในการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง⁸⁴ เป็นต้น เห็นว่า ปัญหาดังกล่าวคงจะเกิดจากการที่ฝ่ายปกครอง ไม่สามารถนำนิติวิธีในกฎหมายมหาชนผ่านกระบวนการคิดอย่างเป็นระบบ โดยคำนึงถึงลักษณะของกฎหมายมหาชนตามสภาพ โดยเฉพาะกฎหมายปกครอง ดังนั้น สถาบันทางกฎหมายอื่น ๆ จึงจำเป็นต้องสร้างบรรทัดฐานให้ฝ่ายปกครอง ในการใช้การตีความกฎหมายหรือการนำนิติวิธีเชิงปฏิเสธมาใช้ ในการแสวงหาจุดร่วมในผลลัพธ์ให้เกิดขึ้นได้ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นำกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายปกครองมาเป็นแนวทางในการนำเสนอวิธีคิด เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายตามขั้นตอนดังนี้ ขั้นตอนแรก ต้องพิจารณาว่า กฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรสามารถนำมาใช้ได้หรือไม่ ขั้นตอนที่สอง เมื่อกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรนำมาใช้ไม่ได้ ไม่ว่าจะขาดความชัดเจน หรือไม่สามารถตีความได้ ต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมายปกครองกำหนดให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้เป็นการเฉพาะหรือไม่ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 บัญญัติกรณีที่มีการ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ โดยให้มีผลย้อนหลัง ในการคืนเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับไปให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ

⁸¹ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, น. 366-367.

⁸² มติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6 /2544

⁸³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 689/2561

⁸⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, น. 349.

โดยอนุโลม⁸⁵ กรณีนี้ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติเชื่อมโยงให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้โดยเฉพาะแล้ว เป็นต้น ขั้นตอนที่สาม หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายปกครองกำหนดให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้เป็นการเฉพาะ ต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมายปกครอง กำหนดให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้เป็นการทั่วไปหรือไม่ เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 ได้บัญญัติถ้อยคำ ที่ใช้ในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายปกครอง เช่น คำว่า ความเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรส ความเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ ความเป็นนายจ้างหรือลูกจ้าง⁸⁶ เห็นว่า ในการตีความถ้อยคำดังกล่าว สามารถนำสถานะและความสัมพันธ์ทางกฎหมายของถ้อยคำดังกล่าวมาใช้พิจารณา ความเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรส ความเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ ความเป็นนายจ้างหรือลูกจ้าง ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 ได้ ในกรณีนี้ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติเชื่อมโยงให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้เป็นการทั่วไปแล้ว ขั้นตอนทีสี่ หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายปกครองกำหนดให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้เป็นการทั่วไป ต้องพิจารณานำกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนี้อาจเป็นกฎหมายแพ่งหรือ กฎหมายอาญาก็ได้ ตัวอย่างเช่น ศาลปกครองสูงสุดนำข้อความคิดเกี่ยวกับคำเสนอและคำสนองทางแพ่ง มาใช้ในการเกิดสัญญาทางปกครอง⁸⁷ ขั้นตอนสุดท้าย หากไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรใด ๆ จึงต้องพิจารณาตามจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่ว ๆ ไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ในการเลือกนำกฎหมายอื่นมาใช้ จะต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติในกฎหมายนั้น มีข้อคิดทางกฎหมายคล้ายคลึง กับบทบัญญัติในกฎหมายปกครองหรือไม่ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เปรียบเทียบกันว่า สามารถนำกฎหมายอื่นมาใช้มากน้อยเพียงใด⁸⁸

จากที่กล่าวมาเห็นว่า นิติวิธีเชิงปฏิบัติเกิดขึ้นจากความจำเป็น ที่ผู้บัญญัติกฎหมายให้อำนาจรัฐ เพื่อให้ฝ่ายปกครอง ดำเนินกิจกรรมสาธารณะบรรลุผลเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม ดังนั้น ผู้ใช้กฎหมายจะนำนิติวิธี โดยนำวิธีคิดตามหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับกฎหมายมหาชนไม่ได้ เพราะกฎหมายมหาชน มีแนวคิด ทฤษฎี วิธีการตีความ การใช้ที่ไม่มีอยู่ในกฎหมายเอกชน และจะยึดหลักการตีความตามตัวอักษรแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้อีกเช่นกัน และต้องทำให้นักกฎหมายเคยชินต่อระบบกฎหมายมหาชน ได้โดยสภาพ กล่าวคือ ทำให้เห็น โดยประจักษ์ถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน โดยไม่ต้องออกกฎหมายระบุเป็นเรื่อง ๆ ให้ฝ่าย

⁸⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51

⁸⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13

⁸⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1020/2560

⁸⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, น. 341-344.

ปกครองมีอำนาจอยู่เหนือประโยชน์ส่วนบุคคล และจะนำกฎหมายเอกชนมาใช้เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้นโดยผ่านนิติวิธีที่เป็นระบบที่กล่าวข้างต้นเท่านั้น เมื่อรัฐฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมใด ก็ย่อมหมายถึง ดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น ซึ่งก็ต้องคิดในเชิงปฏิเสธว่า ถ้าฝ่ายปกครองมีการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตัว การกระทำนั้นย่อมเป็นการบิดผันการใช้อำนาจและเสียไปโดยสิ้นเชิง อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลักแล้ว แม้เอกชนจะได้รับประโยชน์ส่วนตัวไปด้วยการกระทำนั้นก็ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายมหาชนจึงสร้างขึ้นมาก็เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม การนำนิติวิธีเชิงปฏิเสธดังกล่าวมาใช้ในการตีความประโยชน์ส่วนรวม ย่อมเป็นการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในวิธีที่ถูกต้อง

2) วิธีการคิดในการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชน เป็นนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ เพราะการสร้างสมดุลเป็นเป้าหมายสูงสุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมหาชน หรือเป็นหัวใจของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน⁸⁹ และขณะเดียวกันก็เป็นหัวใจหลักของการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองที่จะขาดเสียไม่ได้เช่นกัน หากให้ความสำคัญกับประโยชน์ส่วนรวมมากเกินไป ย่อมเป็นการลดการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองลงเรื่อย ๆ กลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจ และทำให้ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายควบคุมประชาชนอย่างไร้ขีดจำกัดในที่สุด เมื่อฝ่ายปกครองควบคุมประชาชนอย่างไร้ขีดจำกัด สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ค่อย ๆ หดไปเช่นเดียวกัน ซึ่งตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมที่แท้จริงจะยอมให้สิ่งนี้เกิดขึ้นไม่ได้ หรือหากให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากเกินไป เท่ากับรัฐฝ่ายปกครองลดสถานะความเป็นรัฐลง กล่าวคือ เห็นประโยชน์ส่วนรวมเท่าเทียมกับประโยชน์ส่วนตัวแต่ละคน การบริหารงานและการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะย่อมเสียหายและไม่อาจสำเร็จได้ ดังนั้น สภาพที่พึงประสงค์ คือ การสร้างดุลยภาพระหว่างสองสิ่งดังกล่าวข้างต้น อยู่ที่นิติวิธี โดยมีเป้าหมายไม่ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองมากเกินไป และไม่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร เมื่อคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม ย่อมเป็นการตีความนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนให้เกิดจุดสมดุลอย่างแท้จริง สิ่งใดเป็นประโยชน์ส่วนรวม สิ่งใดเป็นสิทธิและเสรีภาพในระบบกฎหมายมหาชน มีนิติวิธีจากบทบัญญัติในกฎหมายนั้น ๆ เช่น มีถ้อยคำว่า บำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ ป้องกันโรคติดต่อ รักษาโบราณสถาน โบราณวัตถุ เพื่อประโยชน์แก่การศึกษา สร้างสาธารณูปโภค สาธารณูปการ เหล่านี้เป็นต้น ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายจะต้องนำนิติวิธีตีความถ้อยคำ และเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับลักษณะกิจกรรมตามสังคมในเวลานั้น ๆ พิจารณา⁹⁰

⁸⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เล่มเดิม, น. 332.

⁹⁰ แหล่งเดิม, น. 336.

ส่วนสิทธิและเสรีภาพเป็นความต้องการที่ตรงกันของแต่ละคน จึงเป็นประโยชน์ส่วนรวมในตัวเอง การดำเนินการของฝ่ายปกครองแม้เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมก็ต้องไม่ทำลายสิทธิและเสรีภาพของบุคคล อันเป็นประโยชน์ส่วนรวมอย่างหนึ่งเหมือนกัน หากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลถือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายร้ายแรงที่สุด⁹¹ ดังนั้น นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์จึงอยู่ในฐานะเป็นนิติวิธีที่นำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยตรง สำหรับปัจจัยที่ต้องพิจารณาในการรักษาสมดุลดังกล่าวมีหลักการย่อยหลายหลัก เช่น หลักการป้องกันตนเองในการได้รับทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้ง หลักสิทธิที่ได้รับไปแล้ว หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักความมั่นคงของกฎหมาย เป็นต้น⁹² รายละเอียดจะได้ศึกษาในงานวิจัยเล่มนี้ต่อไป

2.4.1.2 นิติวิธีประกอบ⁹³

นิติวิธีประกอบในกฎหมายมหาชนไม่ได้นำมาใช้ในกระบวนการคิด วิเคราะห์ ในการแก้ปัญหาทางกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยตรง แต่เป็นการเปรียบเทียบกฎหมาย และการวิเคราะห์กฎหมายโดยวิธีการทางสังคมวิทยาวิธีคิดวิเคราะห์เพื่อทำให้เข้าถึงนิติหลักรวดเร็วยิ่งขึ้น

1) การเปรียบเทียบกฎหมาย

การศึกษาการเปรียบเทียบกฎหมาย เพื่อคิดวิเคราะห์ว่า หลักกฎหมายมหาชนระบบใดเหมาะสม ในการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวม กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น นำเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ราชอาณาจักรสเปน และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาเปรียบเทียบกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของประเทศไทย เรียกว่าการเปรียบเทียบแบบจุลภาค⁹⁴ หรือการเปรียบเทียบการควบคุมตรวจสอบ หนังสือเวียนแนวทางปฏิบัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ มาเปรียบเทียบกับการควบคุมตรวจสอบ หนังสือเวียนแนวทางปฏิบัติของประเทศไทย หรือเปรียบเทียบหลักเกณฑ์และองค์การ การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองระหว่างประเทศไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และราชอาณาจักรสวีเดน เป็นต้น ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในงานวิจัยต่อไปในบทที่ 3

⁹¹ แหล่งเดิม, น. 347-362.

⁹² แหล่งเดิม, น. 366-367.

⁹³ แหล่งเดิม, น. 369-413.

⁹⁴ แหล่งเดิม, น. 371.

การเปรียบเทียบกฎหมาย หมายถึง “การเปรียบเทียบกฎหมายที่สถาบันในระบบกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งอาจนำมาแก้ไขปัญหาในเรื่องใดเรื่องหนึ่งของระบบกฎหมายหนึ่งกับแนวทางของอีกระบบหนึ่ง”⁹⁵ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นวิธีการที่ศึกษาถึงทางแก้ต่าง ๆ ต่อปัญหาอย่างเดียวกัน โดยกฎหมายที่ต่างกันไปพร้อม ๆ กัน⁹⁶ สำหรับประโยชน์ในการเปรียบเทียบนั้นก็เพื่อนิติบัญญัติ เพื่อการใช้กฎหมาย เพื่อการตีความกฎหมาย เพื่อสร้างเอกภาพของกฎหมาย ดังนั้น ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ย่อมหมายถึง การเปรียบเทียบเพื่อการใช้และการตีความของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในฐานะเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง อันเกิดจากความมีช่องว่างของกฎหมายที่กฎหมายมิได้บัญญัติเรื่องนั้นไว้โดยตรง หรือบัญญัติไว้แต่ไม่ชัดเจนเคลือบคลุม ตลอดจนทำให้ศาลปกครอง ซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ในการสร้างบรรทัดฐานที่ได้มาตรฐาน ให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพต่อไป

การเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน จะเพียงยึดตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพียงประการเดียวไม่ได้ เพราะข้อเท็จจริงเกิดขึ้นและเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ดังนั้น การเปรียบเทียบเพื่อเชื่อมโยงกฎหมายลายลักษณ์อักษรกับทางปฏิบัติจึงเป็นสิ่งจำเป็น เช่น เกิดทฤษฎีบริการสาธารณะของ Duguit ซึ่งมีอิทธิพลเหนือศาลปกครองฝรั่งเศส⁹⁷ และเป็นทฤษฎีที่ใช้ในการตีความและควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง ที่อ้างว่ากระทำไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมที่ได้รับการยอมรับในปัจจุบัน ดังนั้น ในความเป็นจริงแม้การเปรียบเทียบกฎหมายมหาชนไทยกับต่างประเทศจะทำค่อนข้างยาก เพราะระบบกฎหมาย การปกครอง จารีตประเพณีแตกต่างกัน แต่ก็มีคามจำเป็นเพื่อสร้างหลักกฎหมายมหาชนที่ดี แม้กระทั่งการหยิบยืมส่วนที่ดีของระบบต่าง ๆ มาใช้กับประเทศไทย เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเสมอภาค หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ หลักความได้สัดส่วนในคำสั่งทางปกครอง หลักความมั่นคงแห่งกฎหมาย หลักการป้องกันตนเอง หลักการมีส่วนร่วม หลักความเป็นกลาง หลักความสุจริต หลักฟังความหลายฝ่าย หลักการบริการสาธารณะ ฯลฯ เพื่อสร้างบรรทัดฐานในคำพิพากษาหรือในการบัญญัติกฎหมายดังเช่นในต่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบเพื่อนำหลักกฎหมายมาใช้ นั้น ผู้ใช้กฎหมายจะต้องระลึกอยู่เสมอว่า กฎหมายที่แก้ปัญหาในเรื่องนั้น มีบทบัญญัติที่ครบถ้วนสมบูรณ์อยู่แล้วหรือไม่ สามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่ากฎหมายภายใน หรือต่างประเทศในฐานะบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ได้หรือไม่ และประการสำคัญ การนำมาใช้จะมีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด ซึ่ง

⁹⁵ อมร จันทรสมบูรณ์, *กฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), น. 16.

⁹⁶ ขวัญชัย สันตสว่าง, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), น. 2.

⁹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก., เล่มเดิม, น. 394.

จะต้องไม่เป็นการขยายความมากไปกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากนำมาใช้ในกฎหมายปกครอง จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือประชาชนทั่วไป ที่ไม่อาจคาดหมายถึงผลทางกฎหมายล่วงหน้าได้ อันเป็นข้อยกเว้นของหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจของฝ่ายปกครอง การเปรียบเทียบกฎหมาย ในกรณีนี้ย่อมมีข้อจำกัดอัน อาจกระทบต่อความเชื่อพื้นฐานและระบบคุณค่าของรัฐ ดังนั้นการเปรียบเทียบกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้การคิด วิเคราะห์นิติวิธีหลักได้รวดเร็วยิ่งขึ้นเท่านั้น ในที่นี้ขอยกตัวอย่าง นิติวิธีในการ เปรียบเทียบกฎหมายระหว่างกฎหมายปกครองภายในกับกฎหมายปกครองต่างประเทศ กรณีคู่ สมรสของนายกเทศมนตรีจะทำสัญญาจ้างก่อสร้างถนนกับเทศบาล โดยนายกเทศมนตรีลงนามใน สัญญา ถือว่าสัญญาจ้างดังกล่าว นายกเทศมนตรีเป็นผู้มีส่วน ได้เสียตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หรือไม่จะต้องพิจารณา ดังนี้ จะต้องพิจารณาว่า หลักเกณฑ์ในกฎหมายปกครอง บัญญัติ เรื่องส่วนได้เสียไว้ครบถ้วนสมบูรณ์หรือไม่ เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของเรื่องความมีส่วนได้เสีย ก็เพื่อป้องกันมิให้ความอคติของนายกเทศมนตรี ที่เกิดจากสถานะและความสัมพันธ์ความเป็นสามี ภรรยา ตามตัวอย่างดังกล่าว มาทำให้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราชการและไม่เป็นธรรมต่อบุคคลที่ เข้าร่วมแข่งขัน เพื่อเข้าทำสัญญาจ้างกับเทศบาลเพื่อให้เกิดความเป็นกลาง นอกจากนี้ถ้อยคำ ความมี ส่วนได้เสีย เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะที่ไม่เฉพาะเจาะจง จำเป็นต้องอาศัยการตีความโดยคำนึงถึง วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการพิจารณาทางปกครองไว้ แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวครอบคลุมเฉพาะการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่ รวมถึงการทำสัญญาทางปกครองด้วย แต่อย่างไรก็ตาม การเข้าทำสัญญาทางปกครองหาใช่เป็นการ แสดงเจตนาเหมือนในกฎหมายแพ่ง แต่เป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายเทศบาล กำหนด ต้องถือว่าเป็นการพิจารณาทางปกครองอย่างหนึ่งเช่นกัน แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะมุ่งเน้นเพียงการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ประกอบกับ กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอชื่อหรือจ้างถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ด้วย ดังนั้น กระบวนการพิจารณาก่อนทำสัญญาจ้างเป็นการพิจารณาทางปกครอง กรณีสามารถนำ หลักความเป็นกลางตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับความมี ส่วนได้เสียตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1976 บัญญัติเรื่องการพิจารณา เพื่อออกคำสั่งทางปกครองให้รวมถึงการทำสัญญาทางปกครองด้วย⁹⁸

⁹⁸ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมนี ค.ศ. 1976 มาตรา 9 บัญญัติไว้ว่า วิธีปฏิบัติ

2) การวิเคราะห์กฎหมายโดยวิธีการทางประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา

นิติวิธีประกอบในกฎหมายมหาชน โดยวิธีการทางประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา ก็เป็นนิติวิธีหนึ่งที่ใช้ในการคิดวิเคราะห์ ดีความกฎหมายมหาชนสามารถเข้าใจนิติวิธีหลักคดียิ่งขึ้น ซึ่งการวิเคราะห์ประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นการรวมกฎเกณฑ์ทุกชนิดของกฎหมายในอดีต ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร และที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น จารีตประเพณี ในลักษณะที่สัมพันธ์กับพฤติกรรมของบุคคล และสิ่งแวดล้อมในสังคมที่เป็นสาเหตุของกฎหมายและผลของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งนำมาใช้เป็นประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบในปัจจุบันว่า เพราะเหตุใดระบบกฎหมายที่เปรียบเทียบนั้นเหมือนกันหรือแตกต่างกัน เช่น การเปรียบเทียบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง การเปรียบเทียบสถานะของหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ การเปรียบเทียบองค์การในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองซึ่งตรงกับปัญหาในงานวิจัยเล่มนี้ ซึ่งจะกล่าวต่อไปในบทที่ 3 เป็นต้น

ส่วนการวิเคราะห์สังคมวิทยาทางกฎหมาย เป็นการศึกษาถึงความจริงทางกฎหมายคุณค่าทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นการใช้กฎเกณฑ์เพื่อประโยชน์ในการตีความและใช้กฎเกณฑ์ตามบทบัญญัตินั้น ๆ โดยมีมุ่งเหตุทางสังคมที่ก่อให้เกิดกฎหมายและผลทางสังคมที่กฎหมายก่อให้เกิดขึ้น⁹⁹ ทั้งในด้านเหตุและผลของกฎเกณฑ์และพฤติกรรม ซึ่งสังคมวิทยาทางกฎหมายเป็นประโยชน์ต่อการใช้กฎหมาย ให้เกิดความเป็นธรรมและต่อการพัฒนากฎหมาย โดยการเพ่งเล็งว่าใครเป็นผู้ได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์จากกฎหมายนั้น ในลักษณะเป็นเครื่องมือในการควบคุมสิ่งที่เอื้อประโยชน์ ให้แก่กลุ่มอำนาจในด้านใดด้านหนึ่งของสังคม¹⁰⁰ ประโยชน์ของสังคมวิทยาทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยให้การตีความกฎหมายมีความเป็นธรรม เช่น กรณีมีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ หรือการที่ศาลตีความไปตามตัวบทกฎหมายไว้ ซึ่งอาจตีความบทบัญญัติไปตามทฤษฎีหรือเป็นการตีความไปตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งไม่ถูกต้องตรงกับความเป็นจริงที่เป็นอยู่ในสังคมก็ได้ ยกตัวอย่าง กรณีที่กฎหมายประกาศให้เป็นพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ แต่ประชาชนอาศัยอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวมาตั้งแต่บรรพบุรุษและต่างยึดถือว่าเป็นป่าของชุมชน ในการรักษาและใช้ประโยชน์ เห็นว่า เป็นกรณีที่กฎหมายกับความเป็นจริงในการยึดถือ นั้น มีลักษณะสวนทางกันที่เป็นอยู่ในสังคม ในการเปรียบเทียบตามนิติวิธีแต่ละแบบ ทำให้สามารถเข้าใจกฎหมายได้อย่างลึกซึ้งและรอบด้านยิ่งขึ้น เห็นว่า การวิเคราะห์กฎหมายโดยวิธีการทางประวัติศาสตร์และสังคม

ราชการทางปกครอง หมายถึง การดำเนินการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ที่มีผลออกไปสู่ภายนอกที่มีผลเป็นการตรวจสอบเงื่อนไขต่าง ๆ ในการเตรียมการและออกคำสั่ง ทั้งนี้ ให้รวมถึงการออกคำสั่งทางปกครองด้วย

⁹⁹ Jean Carbonnier, *Sociologie Juridique*, (Paris: PUF, 1994), p. 14-16.

¹⁰⁰ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, *หลักกฎหมายมหาชน*, น. 355.

วิทยา เป็นนิติวิธีซึ่งต้องนำมาใช้ประกอบกฎหมายมหาชน จะทำให้ผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะฝ่ายปกครองตีความกฎหมาย สร้างและพัฒนากฎหมายได้ดียิ่งขึ้น

สรุป นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมีสองกรณี คือ ห้ามนำกฎหมายเอกชนมาใช้ในการแก้ปัญหาทางกฎหมายมหาชน กับการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ส่วนนิติวิธีประกอบเป็นวิธีการคิด โดยนำประวัติศาสตร์ทางสังคมและกฎหมายมาเปรียบเทียบ เพื่อให้นิติวิธีหลักทั้งสองประการดังกล่าวสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ดังนั้น การนำข้อความคิดทางกฎหมายมหาชน การใช้ การตีความและวิธีคิด วิธีการ รวมถึงทัศนคติในระบบกฎหมายที่เรียกว่านิติทางกฎหมายมหาชน มาใช้กับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมทำให้ฝ่ายปกครองเข้าถึงแก่นแท้ในการทำคำสั่งทางปกครอง และสามารถนำไปใช้ปรับกับความสัมพันธ์กับหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เหมาะสมกับภารกิจที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา ให้เกิดความยุติธรรมและคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม โดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นความมุ่งหมายของกฎหมายมหาชนได้ตลอดไป การนำนิติวิธีมาใช้ในการตีความกฎหมายมหาชน อย่างน้อยก็เป็นการให้ความยุติธรรมเฉพาะคดี ถ้ามีคดีเช่นนั้นเกิดขึ้นอีก ก็มีแนวบรรทัดฐาน และยังเป็นทางให้ฝ่ายนิติบัญญัตินำไปแก้ไขปัญหาในกฎหมายฉบับนั้น ได้อีกด้วย

2.4.2 หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

กระบวนการยุติธรรมในการทำคำสั่งทางปกครองมีระบบควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง เริ่มตั้งแต่กระบวนการพิจารณาก่อนทำคำสั่งทางปกครองจนนำไปสู่การตัดสินใจ คือ การทำคำสั่งทางปกครองให้มีผลตามกฎหมาย และหลังจากการตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครองแล้ว ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง และหากไม่พอใจในผลของการพิจารณาอุทธรณ์ก็มีสิทธิโต้แย้งนำไปสู่ศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรสุดท้ายที่ทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองยุติลง ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขเยียวยาทุกข์ที่ฝ่ายปกครองก่อให้เกิดแก่บุคคล ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั่วไปภายหลังจากฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ในลักษณะการแก้ไขเยียวยา ก่อนที่จะศึกษาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจดังกล่าว จำเป็นจะต้องทราบอำนาจของฝ่ายปกครองทั่วไปก่อนว่ามีลักษณะอย่างไร เพราะสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถูกกระทบกระเทือนเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าวเช่นกัน

อำนาจของฝ่ายปกครองโดยทั่วไปอาจแยกได้ดังนี้¹⁰¹ ประการที่หนึ่ง อำนาจในการออกกฎ หมายถึง อำนาจทั่วไปที่กฎหมายในทางปกครองแม่บทได้ให้อำนาจเรียกว่า กฎในทางปกครอง ในการกำหนดรายละเอียดและการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ประการที่สอง อำนาจในการสั่งการใด ๆ หมายถึง อำนาจสั่งการของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามหลักบริหารราชการแผ่นดินทั่วไป ประการที่สาม อำนาจในการปฏิบัติราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรี หรือผู้บังคับบัญชา เช่น อำนาจในการสืบสวน สอบสวนข้อเท็จจริง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาวินิจฉัยสั่งการตามอำนาจที่มีอยู่ หรืออำนาจในการควบคุมตรวจสอบในการปฏิบัติหน้าที่ราชการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ คำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือมติของคณะรัฐมนตรี ตามลำดับชั้นในสายงานของระเบียบบริหารราชการแผ่นดินปกติ ประการที่สี่ อำนาจบังคับใช้มาตรฐานในการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมาย และเป็นกรอบให้มีมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งเห็นว่า ขอบเขตอำนาจตามที่กล่าวข้างต้น เป็นอำนาจทั่วไปของฝ่ายปกครอง ที่ใช้การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน นอกเหนือจากกฎหมายเรื่องนั้น ได้ควบคุมตรวจสอบเป็นการเฉพาะแล้วก็ตาม อาจเกิดจากผู้บังคับบัญชาขึ้นตรวจสอบ หรือมีการร้องเรียนตามสายการบังคับบัญชา ซึ่งเห็นว่า หากมองในด้านคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้วย่อมเป็นผลดี เพราะประชาชนสามารถเลือกให้ฝ่ายปกครองคุ้มครองสิทธิได้หลายช่องทาง ทั้งตามที่กฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ หรือหากกฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติไว้ ก็ใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายกลาง หรือใช้สิทธิตามขอบเขตอำนาจที่ฝ่ายปกครองมีอยู่เป็นการทั่วไปตามที่กล่าวแล้วข้างต้นก็ได้ ซึ่งยอมแล้วแต่ผู้ที่ได้รับผลกระทบตามคำสั่งทางปกครองนั้นจะเลือกว่า ช่องทางใดเป็นผลดีกับตน อาจใช้ทั้งสองช่องทางพร้อม ๆ กันก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบตามคำสั่งทางปกครองใช้สิทธิหลายช่องทางพร้อม ๆ กัน ย่อมเป็นความซ้ำซ้อน เพราะนอกจากคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเดียวกันควรได้รับการพิจารณาครั้งเดียวแล้ว ความคาดหวังในผลของการให้มีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง ไปในทิศทางตามที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองต้องการก็น้อย เช่นเดียวกัน เพราะผู้พิจารณาตามขอบเขตอำนาจทั่วไปเป็นฝ่ายปกครองด้วยกันทั้งสิ้น การประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรโดยช่องทางอื่น เช่น องค์กรที่เป็นอิสระ หรือองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง เช่น ศาลปกครองย่อมเป็นหนทางที่ดีกว่า ดังนั้น การศึกษาถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่า กฎหมายรับรอง คุ้มครองให้เพียงใด จะเป็นประโยชน์ทำให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบ

¹⁰¹ ถาวร เกียรติทับทิว, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2532), น. 241-245.

จากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กล่าวมาข้างต้น ทราบว่า คนมีสิทธิและเสรีภาพอยู่อย่างไร กรณีใดเป็นสิทธิ กรณีใดเป็นเสรีภาพ เพื่อที่จะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นได้ถูกต้อง โดยเฉพาะผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครอง

2.4.2.1 แนวความคิดพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อกล่าวถึงสิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) ของประชาชนนั้น หลายคนคงเข้าใจว่า สิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องเดียวกัน เพราะมองเพียงว่า เราได้แสดงการใช้สิทธิและเสรีภาพออกไปอย่างไร และมีใครมาโต้แย้งการใช้สิทธิและเสรีภาพของเราหรือไม่เท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาว่า สิ่งที่ถูกหมายรับรองให้ นั่น คือสิทธิ หรือคือเสรีภาพ ทั้งที่ความจริงแล้ว สิทธิกับเสรีภาพก็มีความแตกต่างกัน เพราะหากว่าเป็นสิ่งเดียวกันแล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องใช้คำที่แตกต่างกัน คำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” ได้ถูกนำมาเขียนหรือพูดติดกันเป็นคำเดียวกันคือ “สิทธิเสรีภาพ” และใช้จนกลายเป็นความเคยชินว่าเป็นคำเดียวกัน แต่ควรเขียนแยกกัน กรณีหากนำมาใช้คู่กันก็ควรใช้คำสันธานเชื่อมเป็น สิทธิและเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม การที่จะแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพออกจากกันอย่างเด็ดขาดนั้น เป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้ เพราะแม้ว่าโดยสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพนั้นจะมีความแตกต่างกันอยู่ก็ตาม แต่ในการใช้การตีความก็ต้องนำมาวินิจฉัยประกอบกันเสมอ ในขณะที่เดียวกันการที่ละเลยไม่พิจารณาที่เนื้อหาว่า สิ่งที่ถูกหมายได้รับรองให้ นั้นเป็นสิทธิ หรือเป็นเสรีภาพ โดยยังปล่อยให้มีการใช้กันอย่างสับสนอยู่ต่อไป ก็เป็นสิ่งที่ไม่สมควรเช่นกัน เพราะอาจทำให้มีการบิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยอาศัยช่องว่างดังกล่าวได้ ดังนั้น การศึกษาเรื่องสิทธิและเสรีภาพต้องศึกษาตั้งแต่แนวคิด ความแตกต่าง ทั้งสิทธิและเสรีภาพ โดยทั่วไป และสิทธิและเสรีภาพตามวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย

แนวความคิดเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ เกิดจากความคิดที่ถือว่า มนุษย์นั้นมีสิทธิและเสรีภาพอยู่แล้วตามกฎธรรมชาติที่ติดตัวมาแต่เกิดจนกระทั่งตาย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชน แต่ตรงกันข้ามกับแนวคิดของกฎหมายบ้านเมืองที่เห็นว่า หากถือว่าทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพ เท่าเทียมกันตามแนวคิดธรรมชาติแล้วก็ไม่มีความจำเป็นในการบังคับซึ่งกันและกัน หากไม่มีการลดสิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนลงมา การกระทบกระทั่งตลอดจนการขัดแย้งและความไม่สงบเรียบร้อย ก็จะเกิดขึ้นในสังคมได้ ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาสและถูกจำกัดเสรีภาพ การมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุให้เกิดการไร้เสรีภาพในที่สุด¹⁰² ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพจะเกิดขึ้นได้ก็โดยกฎหมายเท่านั้น หากไม่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองแล้ว ย่อมไม่อาจทราบได้ว่า สิทธิและเสรีภาพมีอยู่แค่ไหน เพียงใด และมีอยู่ภายในขอบเขตเท่าใด ย่อมเป็นข้อถกเถียงกันโดยไม่

¹⁰² วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์, 2523), น. 242-243. และสมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 47-48.

มีที่สิ้นสุด¹⁰³ ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายคุ้มครอง รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ ผู้ใช้อำนาจปกครองจึงมีหน้าที่ต้องกระทำการหรือมีหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำ เพื่อให้เป็นไปตามเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพตามที่กฎหมายคุ้มครอง รับรองนั้น เช่น ต้องดำเนินการให้บุคคลได้รับการศึกษา ได้รับการบริการทางสาธารณสุข ได้รับความเสมอภาคในสิทธิและเสรีภาพทางกฎหมาย เป็นต้น¹⁰⁴

การศึกษาเรื่องสิทธิและเสรีภาพ จำเป็นจะต้องศึกษาควบคู่กัน ไป เพราะหากบุคคลมีสิทธิแล้ว บุคคลนั้นย่อมมีเสรีภาพในการกระทำหรือละเว้นการกระทำให้ตรงตามสิทธิและเสรีภาพนั้น เพียงแต่สิทธิเป็นขอบเขตต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิหรืออาจจะไม่ใช้สิทธินั้นได้ โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตน เช่น สิทธิในทางกฎหมายมหาชนเป็นสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐ โดยหน่วยงานของรัฐ กระทำการ หรือไม่กระทำการใด ๆ เพื่อตนได้ แต่ต้องเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นแต่โดยกฎหมายเท่านั้น¹⁰⁵

2.4.2.2 ความแตกต่างระหว่างสิทธิกับเสรีภาพ

ความแตกต่างระหว่างสิทธิและเสรีภาพ ยังไม่มีเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ชัดเจน แต่หากมีการกำหนดให้ชัดเจนว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายรับรองให้ นั้นเป็นสิทธิหรือเป็นเสรีภาพ ก็นับว่าเป็นประโยชน์ไม่น้อยเกณฑ์ในการแบ่งที่สำคัญ คือ อำนาจบังคับ ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิและผู้ทรงเสรีภาพทราบได้ว่า ในกรณีใดที่เขามีอำนาจบังคับให้บุคคลอื่นต้องกระทำการ เพื่อรองรับการใช้สิทธิของตน และในกรณีใดที่เขาไม่มีอิสระที่จะกระทำการแต่ไม่มีอำนาจบังคับให้บุคคลอื่นกระทำการใด ให้เป็นประโยชน์แก่ตน เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญเองได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า สิ่งใดบ้างที่เป็นสิทธิและสิ่งใดบ้างที่เป็นเสรีภาพ ในขณะที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ กลับมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป ทำให้ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพไม่อาจทราบได้ว่า จะใช้สิทธิหรือเสรีภาพของตนได้มากน้อยเพียงใด หรือมีอำนาจบังคับบุคคลอื่นให้กระทำการที่เป็นประโยชน์ให้แก่ตนได้หรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับว่า เจ้าหน้าที่จะคุ้มครองและ รับรองให้กับประชาชนเพียงใดมากกว่า

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทวณิช อธิบายว่า สิทธิและเสรีภาพนั้น มีความแตกต่างกันอยู่ที่ สิทธิเป็นประโยชน์ เป็นเรื่องที่บุคคลชอบที่จะเรียกร้องเอาจากบุคคลอื่น หากเป็นการ

¹⁰³ ธีรกร วิทิตานนท์, *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพฯ: บริษัท วี. พรินท์ จำกัด, 2554), น. 55.

¹⁰⁴ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, น. 241.

¹⁰⁵ ชนินทร์ ดิชาวัน, “สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย,” รวมบทความกฎหมายมหาชน: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย (กรุงเทพฯ: บริษัท พี เพรส จำกัด, 2552), น. 156-167.

เรียกร้องเอาแก่บุคคลทั่วไปก็เป็นสิทธิในทางเอกชน ถ้าเป็นการเรียกร้องเอาจากรัฐสิทธินั้นก็ เป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ส่วนเสรีภาพนั้น คือ ประโยชน์ในลักษณะที่ บุคคลจะกระทำการใด ๆ โดยไม่ถูกบังคับหรืออยู่ภายใต้อาณัติอันเป็นสิ่งที่ไม่ต้องเรียกร้องหรือ ดำเนินการเพื่อใช้ แต่เสรีภาพนั้นจะส่งผลให้บุคคลผู้ทรงเสรีภาพนั้นปลอดภัยจากการถูกบังคับให้ กระทำหรือไม่กระทำการอยู่แล้ว ตลอดเวลาที่ยังมีเสรีภาพนั้นคุ้มครองอยู่¹⁰⁶ ส่วนบรรเจิด สิงคะเนติ กล่าวสรุปได้ว่า สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอัน ใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำ การอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปราศจากแทรกแซงหรือครอบงำ จากบุคคลอื่นเสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด¹⁰⁷ และพจนานุกรมของ มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ดให้ความหมายคำว่า สิทธิ คือ ทางเลือกหรือผลประโยชน์ที่มีกฎหมายหรือ กฎศีลธรรมยอมรับนับถือ ส่วนเสรีภาพ คือ อิสระเสรีที่ไม่มีสิ่งกีดกันหรือแทรกแซง¹⁰⁸

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพนั้นก็ก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน ซึ่งบางครั้งอาจจะเรียกว่า สิทธิใน เสรีภาพ กล่าวคือ เสรีภาพนั้นก่อให้เกิดสิทธิในการที่จะเรียกร้องมิให้บุคคลอื่น หรือรัฐกระทำการ อันเป็นการลิดรอน ขัดขวางในเรื่องใด ๆ และหากมีการลิดรอนเสรีภาพดังกล่าว ผู้ทรงเสรีภาพก็ ย่อมมีสิทธิในการร้องขอหรือเยียวยาเพื่อหยุดการลิดรอนเสรีภาพนั้นคือองค์กรศาล เพราะศาลเป็น องค์กรสุดท้ายที่เป็นอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้แทรกแซงขององค์กรใด และมีมาตรฐานในการพิจารณา คดีที่แน่นอน

เห็นว่า การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพอย่างชัดเจนตามที่กล่าวข้างต้น คงไม่สามารถ กระทำได้ในทุกกรณี เพราะในบางเรื่องก็ไม่สามารถกำหนดชัดว่า เป็นสิทธิหรือเป็นเสรีภาพ หรือ ในบางกรณีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองทั้งสิทธิและเสรีภาพ จึงจำเป็นต้องใช้คำรวมกันไป เพื่อให้ บุคคลได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ ในการใช้ถ้อยคำจึงจำต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม และความ มุ่งหมายของกฎหมายนั้นประกอบกันด้วย ดังนั้น ในด้านของประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิและ เสรีภาพ เมื่อเข้าใจความแตกต่างระหว่างสิทธิและเสรีภาพแล้ว ก็ต้องใช้สิทธิและเสรีภาพของตนให้ ถูกต้องเหมาะสมด้วย เพราะแม้ว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพจะเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ ตน แต่ก็ต้องคำนึงความเสียหายที่ผู้อื่นได้รับและประโยชน์ของสังคมประกอบกันด้วย หากมีการใช้

¹⁰⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, น. 47-48.

¹⁰⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 51.

¹⁰⁸ Lain McLean, *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, (New York: Oxford University Press, 1996), p. 192 p. 433.

สิทธิและเสรีภาพมีแต่จะสร้างความเดือดร้อนเสียหายให้แก่บุคคลอื่น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

2.4.2.3 สิทธิและเสรีภาพตามจุดประสงค์ของฝ่ายปกครอง

สิทธิและเสรีภาพเป็นคุณค่าสูงสุดที่จะต้องให้การเคารพและให้ความคุ้มครองโดยตรงจากผู้ใช้อำนาจ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายประชาชนด้วยตนเอง ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามจุดมุ่งหมายของงานทางปกครอง คือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามหลักกฎหมายมหาชนทั้งรัฐธรรมนูญทั่วไป และกฎหมายปกครอง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1) สิทธิและเสรีภาพตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป¹⁰⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยืนยัน รับรองว่า ทุกคนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามสอดคล้องกับปณิธานสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายที่มีหน้าที่บริการประชาชน การบริการใดที่กระทำแล้วจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะกระทำได้อีกเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้น องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐย่อมมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่กระทำการขัดขวางไม่ให้ประชาชนได้รับสิทธิและเสรีภาพนั้น ในขณะที่ประชาชนจะต้องใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยไม่ไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและของส่วนรวม จึงจะเป็นสังคมที่มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างแท้จริง¹¹⁰ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสามารถแยกออกได้เป็นสองประเภท คือ สิทธิมนุษยชน และสิทธิพลเมือง¹¹¹ สิทธิและเสรีภาพทั้งสองประการดังกล่าว แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้รับรอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพข้างต้นแล้วก็ตาม แต่เมื่อทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพแล้ว มักจะใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขต ซึ่งถ้าปล่อย

¹⁰⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25-49

¹¹⁰ ออม รักษาสัตย์, *การเมืองการปกครองไทยตามรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ วี.เจ. พรินติ้ง, 2544), น. 206-209.

¹¹¹ ศาตราจารย์ Georg Jellinek แยกประเภทของสิทธิ ดังนี้ ประเภทแรก คือ สิทธิในกลุ่มของ status negativus เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการปฏิเสธอำนาจรัฐ ซึ่งรัฐจะเข้ามากระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดไม่ได้ เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น สิทธิประเภทนี้เป็นเป็นสิทธิมนุษยชน ประเภทที่สอง คือ สิทธิในกลุ่มของ status positivus เป็นสิทธิเรียกร้องเอาจากรัฐให้กระทำการเพื่อให้ราษฎรรับประโยชน์ทางใดทางหนึ่ง เช่น สิทธิได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ สิทธิได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน สิทธิได้รับการบริการสาธารณสุข สิทธิในทางศาล ประเภทที่สาม สิทธิในกลุ่มของ status activus เป็นสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมกับรัฐ เช่น สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง สิทธิในการรวมตัวเป็นสมาคม สิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการเลือกตั้ง เป็นต้น สิทธิประเภทที่สองและสิทธิประเภทที่สามเป็นสิทธิในฐานะพลเมือง

ให้เป็นไปเช่นนั้นบ้านเมืองอาจเดือดร้อนและวุ่นวายได้ จึงจำเป็นต้องมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่นกัน ในการจำกัดขอบเขตสิทธิและเสรีภาพมีวัตถุประสงค์หลายประการด้วยกัน ซึ่งพอจะประมวลได้ดังนี้ เช่น เพื่อคุ้มครองผู้อื่นและสังคม เพื่อคุ้มครองการละเมิดจากรัฐ เพื่อคุ้มครองจากการละเมิดของเอกชน เพื่อให้รัฐมีหน้าที่บางประการในการจัดกิจกรรมที่เกิดจากสิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย แต่ขณะเดียวกัน หากเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้โดยชัดแจ้ง เช่นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ร้ายแรงที่สุดไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมาย ถือว่าเจ้าหน้าที่ไม่มีการกระทำนั้น ๆ เลย ส่วนการละเมิดสิทธิและเสรีภาพเกิดจากเจ้าหน้าที่กระทำเกินอำนาจ ทำผิดแบบ ข้นตอน วิธีการที่เป็นสาระสำคัญ หรือผิดวัตถุประสงค์ แม้จะขัดรัฐธรรมนูญ การกระทำนั้นยังมีผลก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต้องปฏิบัติตามอยู่ จนกว่าเจ้าหน้าที่หรือศาลจะยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขการกระทำนั้น

แต่อย่างไรก็ตามเห็นว่า การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังที่กล่าวข้างต้น ยังมีช่องว่างตามหลักการพื้นฐานดังกล่าว เพราะหากปล่อยให้ไปตามบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ประชาชนจึงจะมีสิทธิและเสรีภาพได้ ยังไม่เป็นการคุ้มครองประชาชนอย่างแท้จริง การคุ้มครองที่แท้จริงจะเกิดขึ้น เมื่อมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามหลักความชอบธรรมต่างหาก ไม่ใช่เพียงแต่เป็นการคุ้มครองตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น เพราะมีหลายกรณีที่ไม่มีความหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติครอบคลุมถึง เช่น สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา สิทธิที่จะอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดี สิทธิที่จะมีความสงบ ฯลฯ หากจะมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อประชาชนเท่านั้น

ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ ย่อมมีผลผูกพันรัฐและองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐโดยตรงในการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงการตีความกฎหมายทั้งปวงด้วย คำสั่งทางปกครองใดที่ออกโดยขัดต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ดังกล่าว ก็อาจถูกยกเลิก เพิกถอน และเยียวยาผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น¹¹² แต่ยังมีสิทธิและเสรีภาพอีกอย่างหนึ่ง คือ สิทธิในการได้รับความเสมอภาค ความเสมอภาคในที่นี้ คือ ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายต่อการใช้อำนาจมหาชน หมายถึงเป็นการเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน หากมีกรณีที่รัฐจะปฏิบัติไม่เท่าเทียมกัน ในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญเหมือนกัน รัฐจะต้องให้เหตุผลสนับสนุนไม่ว่าเหตุผลตามรัฐธรรมนูญ หรือเหตุผลอื่น ๆ ว่าการเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹¹³ ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อหลักความเสมอภาคต่อไป ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครอง

¹¹² บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3), น. 56.

¹¹³ แหล่งเดิม, น. 57.

หลักประกันเรื่องสิทธิและเสรีภาพ ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองที่สำคัญ เช่นเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการควบคุมตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองนั้นขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เช่น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง มีการเลือกปฏิบัติอันเป็นการขัดต่อความเสมอภาคหรือไม่ การตีความความถ้อยคำต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติของฝ่ายปกครองเป็นการขัดต่อความเสมอภาคหรือไม่ เป็นต้น¹¹⁴

2) สิทธิและเสรีภาพตามหลักกฎหมายปกครอง

ดังได้กล่าวแล้วว่า สิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั้งปวงมีที่มาจากสิทธิและเสรีภาพตามที่เป็นบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้จะไม่ได้ครอบคลุมสิทธิและเสรีภาพทั้งหมดตามหลักความเป็นธรรมก็ตาม ซึ่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นเรื่องทั่วไป อันเป็นที่มาของสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง นอกจากจะต้องควบคุมตรวจสอบตามสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีสิทธิและเสรีภาพตามหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่นำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะเช่นกัน เช่น หลักสิทธิในการป้องกันตนเองในการพิจารณาเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง หลักความเสมอภาคของคำสั่งทางปกครอง หลักพิจารณาทางปกครองต้องมีความได้สัดส่วนของจุดมุ่งหมายที่ฝ่ายปกครองต้องการกับการรักษาสิทธิของบุคคล หลักการไม่มีผลย้อนหลังของคำสั่งทางปกครองเรื่องสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว หลักเรื่องการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญของเอกชน¹¹⁵ ซึ่งจะได้ศึกษาในหัวข้อหลักกฎหมายต่อไปต่อไป

แต่อย่างไรก็ตาม แม้สิทธิและเสรีภาพตามหลักกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายรับรองไว้โดยตรงเป็นการทั่วไปที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองใดจะต้องนำมาปฏิบัติ เพื่อให้ตรงกับสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายรับรองนั้น คือ สิทธิและเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹¹⁶ ได้แก่

¹¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ* (รายงานผลการวิจัย), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์บริษัท มิสเตอร์ก็้อปปี, 2551), น. 27-28.

¹¹⁵ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, *ปรัชญาและกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ม.ป.ป.), น. 213-214.

¹¹⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 23-24, มาตรา 27, มาตรา 30-31, มาตรา 37 และมาตรา 44

1) สิทธิได้รับการแจ้งผลกระทบที่มีต่อตนและสิทธิได้รับทราบข้อเท็จจริง¹¹⁷ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองอากระทบทสิทธิของผู้ต้องอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ต้องให้ออกาสผู้นั้นทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งหมายความรวมถึง การแจ้งผลกระทบต่อสิทธิที่จะเกิดขึ้นนั้นด้วย เพื่อให้คู่กรณีสามารถโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้โดยเหมาะสม การออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนสิทธิดังกล่าว ย่อมถือเป็นความบกพร่องของการพิจารณาซึ่งคู่กรณีอาจขอให้เพิกถอนกระบวนการเดิมและเริ่มกระบวนการใหม่ได้ การให้ออกาสแก่คู่กรณีอาจเกิดขึ้นได้ ทั้งกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้ริเริ่มด้วยตนเอง หรือเมื่อได้รับคำขอจากคู่กรณีคนหนึ่งคนใดก็ได้ เช่น จะออกคำสั่งให้ปิดโรงงานก็ต้องแจ้งให้เจ้าของโรงงานทราบก่อนมีคำสั่งปิดโรงงาน แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองมิใช่การพิจารณาของศาลปกครอง การจะดำเนินการอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่ฝ่ายปกครองจะต้องตัดสินใจดำเนินการให้เหมาะสมและเกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมเป็นหลัก ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นมีข้อมูลมากขึ้นและเป็นการรับฟังความอย่างรอบด้านประกอบการพิจารณาก่อนการตัดสินใจ แต่ในกรณีที่อาจเกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการโดยทันทีโดยไม่ต้องให้ออกาสแก่คู่กรณีนั้นก่อนก็ได้

1) สิทธิที่มีที่ปรึกษาและผู้ทำการแทน¹¹⁸

สิทธิที่มีที่ปรึกษาและผู้ทำการแทนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของบุคคล เพื่อจะได้คอยช่วยเหลือให้คำแนะนำ เพราะคำสั่งทางปกครองบางเรื่องอาจมีความละเอียดซับซ้อนที่ต้องใช้ความรู้เฉพาะด้าน ดังนั้น การมีที่ปรึกษาจึงจำเป็นต้องขยายเป็นสิทธิที่จะมีที่ปรึกษาในทุกด้าน นอกเหนือไปจากที่ปรึกษาทางด้านกฎหมาย แต่สิทธิดังกล่าวมิได้เฉพาะกรณีที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่เท่านั้น เช่น ตอบคำถามหรือให้การ หรือยื่นเอกสารอันเป็นพยานหลักฐานใด ๆ ต่อเจ้าหน้าที่ โดยกฎหมายให้ถือเป็นคำให้การหรือเป็นการกระทำของคู่กรณีนั่นเอง หากเป็นการดำเนินการอย่างอื่นที่มีใจเรื่องที่ต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ เช่น การสอบสวนถ้อยคำพยาน การรวบรวมเอกสารพยานหลักฐานการพิจารณาทำความเข้าใจ เช่นนี้คู่กรณีก็ไม่มีสิทธิดังกล่าว และตัวแทน ทนายความหรือที่ปรึกษา ก็ไม่มีสิทธิเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองด้วยเช่นเดียวกัน และในการแต่งตั้งผู้แทนกฎหมายได้รับรองสิทธิของคู่กรณีในการตั้งบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว ให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแทนตนในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้¹¹⁹

¹¹⁷ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 30

¹¹⁸ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 23-24

¹¹⁹ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 24

ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับการตั้งตัวแทนผู้รับมอบอำนาจในกระบวนการพิจารณาตีปกรอง แต่หากเรื่องใดเป็นเรื่องที่เห็นได้ว่า คู่กรณีมีหน้าที่ต้องกระทำการนั้นด้วยตนเอง ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจที่จะให้เฉพาะแต่ตัวคู่กรณีเท่านั้นต้องเป็นผู้กระทำด้วยตนเอง

2) สิทธิได้รับคำแนะนำและได้รับแจ้งสิทธิหน้าที่ในกระบวนการพิจารณา¹²⁰ สิทธินี้เป็นไปตามหลักนิติธรรมว่า บุคคลย่อมไม่สูญเสียสิทธิเพราะความไม่รู้ การไม่ได้รับความช่วยเหลือหรือเพราะไม่มีประสบการณ์ กฎหมายจึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่จะต้องแจ้งสิทธิหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบตามความจำเป็นแก่กรณี การแจ้งสิทธิหน้าที่ดังกล่าวกฎหมายมิได้กำหนดรูปแบบหรือเวลาไว้ จึงเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะเห็นเป็นการเหมาะสมว่าจะแจ้งเรื่องใดในขั้นตอนใด การแจ้งสิทธินี้ย่อมรวมถึงการให้คำแนะนำที่ถูกต้องและชัดเจนด้วย หากเจ้าหน้าที่มิได้ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดคู่กรณีย่อมมีสิทธิขอให้ดำเนินการใหม่และกรณีเกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ก็อาจจะต้องรับผิดชอบด้วย

3) สิทธิขอตรวจดูเอกสารของเจ้าหน้าที่¹²¹

คู่กรณีมีสิทธิขอตรวจดูเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจง หรือป้องกันสิทธิของตนได้ เพียงแต่ถ้ายังไม่ได้ทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิขอตรวจดูเอกสารอันเป็นต้นร่าง คำวินิจฉัย เมื่อคู่กรณีขอตรวจดูเอกสารเจ้าหน้าที่ต้องใช้เวลาและชนิดของเอกสารเท่าที่คู่กรณีจำเป็นต้องรู้ เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือเพื่อป้องกันสิทธิของตนได้ แต่สิทธินี้แยกต่างหากจากสิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 อันเป็นสิทธิทั่วไป (รายละเอียดดูในภาคผนวก ข.)

4) สิทธิได้รับการพิจารณาโดยรวดเร็ว

ในการพิจารณาทางปกครองที่ล่าช้าเกินไปอาจทำให้ประโยชน์ของคู่กรณีเสียหายได้ การพิจารณาทางปกครองใดเกิดความล่าช้ากว่าคือ มีการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเวลาที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่กรณีมีสิทธินำคดีไปฟ้องศาลปกครองได้ ซึ่งในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 กำหนดกรอบระยะเวลาการพิจารณาของเจ้าหน้าที่กำกับอยู่ไว้ในคู่มือประชาชน (รายละเอียดดูในภาคผนวก ข.)

5) สิทธิได้ทราบเหตุผลของคำสั่งทางปกครอง¹²²

การที่กฎหมายบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ก็เพื่อให้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้ตรวจสอบว่า เหตุผลที่อ้างในคำสั่งนั้น ทั้งข้อเท็จจริงและ

¹²⁰ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 27

¹²¹ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 31

¹²² พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 37

ข้อกฎหมายถูกต้องหรือไม่ มีการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมหรือไม่ ซึ่งเป็นประโยชน์ให้คู่กรณีพิจารณาว่าสมควรจะคัดค้านหรือโต้แย้งคำสั่งนั้นหรือไม่ ถ้าเห็นว่า เหตุผลที่อ้างมานั้นไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม ผู้นั้นก็จะสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไป

6) สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน¹²³

เหตุผลของการให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานพิสูจน์ข้อโต้แย้งของตนเป็นประโยชน์สองประการ ประการแรก ทำให้การพิจารณาทางปกครองในการจัดทำคำสั่งนั้นมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองย่อมจะได้รับข้อเท็จจริงที่ถูกต้องอย่างรอบด้านทั้งข้อเท็จจริงที่สนับสนุนการตัดสินใจเลือกใช้มาตรการของฝ่ายปกครอง และข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุผลของคู่กรณี ประการที่สอง คู่กรณีได้มีโอกาสป้องกันสิทธิของตนเองด้วย

7) สิทธิได้รับแจ้งวิธีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง¹²⁴

การอุทธรณ์และการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นสิทธิประการหนึ่ง ตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองจึงไม่ยุติเพียงขั้นตอนของเจ้าหน้าที่ในชั้นต้น คือ ชั้นผู้ทำคำสั่งนั้นเท่านั้น ซึ่งในกฎหมายแต่ละเรื่องจะมีหลักเกณฑ์เฉพาะระยะเวลาในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่แตกต่างกันไป ดังนั้น เพื่อให้ประชาชนหรือผู้ถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองต้องเสียสิทธิเพราะความไม่รู้ในเรื่องการอุทธรณ์ กฎหมายจึงกำหนดให้คำสั่งทางปกครองใดที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ต้องระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วย หมายความว่า การระบุวิธีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งข้างต้น ถ้ามีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายเฉพาะกำหนดเรื่องการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งไว้อย่างไร ก็ต้องระบุตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้นั้น หากไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ก็ต้องระบุการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามแบบบังคับทั่วไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และถ้าเป็นขั้นตอนสุดท้ายภายในฝ่ายปกครองก็ต้องแจ้งหลักเกณฑ์การใช้สิทธิฟ้องคดีปกครองไว้ด้วย และแม้สิทธินี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่า ใช้บังคับเฉพาะกับคำสั่งทางปกครองที่บังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ แต่โดยสภาพแล้ว การระบุวิธีการอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้น ในกรณีคำสั่งด้วยวาจา หรือคำสั่งที่เป็นสัญญาณ เช่น สัญญาณไฟจราจร โดยสภาพย่อมปฏิบัติตามมาตรานี้ไม่ได้อยู่แล้ว

8) สิทธิได้รับการพิจารณาโดยสมบูรณ์

¹²³ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 30

¹²⁴ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 44

การพิจารณาทางปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครองเป็นความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ หากการพิจารณาทางปกครองที่ดีย่อมแสดงถึงประสิทธิภาพในการบริหารงานของรัฐด้วย แต่ในขณะเดียวกัน ประชาชนซึ่งเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นคู่กรณีกับฝ่ายปกครองก็ควรได้รับการปฏิบัติที่ถูกต้องตามกฎหมาย เหมาะสมเป็นธรรมด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น ในการพิจารณาทางปกครองจึงถือเป็นสิทธิของคู่กรณี ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นเอกชนจะต้องได้รับการพิจารณาโดยสมบูรณ์ครบถ้วน รอบด้าน และเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงทุกแง่มุม มิใช่พิจารณาโดยมุ่งจะรักษาแต่ประโยชน์ของฝ่ายปกครองเท่านั้น การพิจารณาจะต้องคำนึงถึงสิทธิอันเป็นประโยชน์ของคู่กรณีด้วย ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาทางปกครองในฝ่ายปกครอง จึงยึดหลักการไต่สวนเช่นเดียวกับการพิจาราคดีของศาลปกครอง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและครบถ้วน โดยมีได้รับฟังเฉพาะแต่ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่น่าเสนอโดยคู่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงเป็นฐานของคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

จากที่กล่าวมาทั้งหมดสิทธิและเสรีภาพจะเกิดขึ้นจริงได้แค่ไหน เพียงใด ย่อมอยู่ที่การควบคุมตรวจสอบโดยการใช้สิทธิเรียกร้องได้หลายช่องทางและหลายองค์กร ดังนี้

1. การใช้สิทธิร้องเรียนต่อองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติซึ่งเป็นหน่วยงานงานหลัก ในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ของบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น เสนอแนะต่อหน่วยงานให้มีการแก้ไข ระวังความเดือดร้อน หรือความไม่เป็นธรรมในการใช้อำนาจโดยมิชอบทำให้มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงให้หน่วยงานนั้นพิจารณาปรับปรุงแก้ไข ขั้นตอนการปฏิบัติงานต่าง ๆ ให้เกิดความเป็นธรรมด้วย¹²⁵ หรือเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสม ในการป้องกันแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน¹²⁶

2. การใช้สิทธิทางศาล หากการกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครอง เป็นการกระทำในลักษณะการออกกฎ การปฏิบัติการทางปกครอง และการออกคำสั่งทางปกครอง ก็อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะต้องตรวจสอบการละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้น¹²⁷ หากเป็นการกระทำในลักษณะอื่น ๆ

¹²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 230

¹²⁶ รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มาตรา 247

¹²⁷ รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มาตรา 197

ที่ใช้สิทธิทางศาลยุติธรรม¹²⁸ ส่วนการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายที่เข้าข่ายการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญก็อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย¹²⁹

ส่วนเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองใด มีการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพ หรือไม่ย่อมถูกควบคุมตรวจสอบตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้¹³⁰ คำสั่งทางปกครองอยู่ในขอบเขตของสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ คำสั่งทางปกครองที่แทรกแซงสิทธิและเสรีภาพเป็นไปตามเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หากการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย การแทรกแซงนั้นได้กระทำไปเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นหรือมีวัตถุประสงค์อย่างอื่นหรือไม่ การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ การแทรกแซงกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ การแทรกแซงใช้เฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งหรือไม่ การกล่าวอ้างการแทรกแซงได้กล่าวอ้างมาตราของสิทธิและเสรีภาพที่มีการแทรกแซงหรือไม่ และการแทรกแซงได้กำหนดองค์ประกอบและผลของกฎหมายแน่นอนชัดเจนเพียงพอหรือไม่ ดังนั้น หากคำสั่งทางปกครองใดได้เป็นไปตามเกณฑ์การตรวจสอบดังกล่าวข้างต้น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่มีปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิและเสรีภาพแต่อย่างใด ส่วนการควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครองตามสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การควบคุมตรวจสอบก็ต้องมีการควบคุมตรวจสอบให้เป็นไปตามเงื่อนไขในพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้นด้วย

กล่าวโดยสรุป สิทธิและเสรีภาพ เป็นหลักประกันการคุ้มครองประชาชนอันเป็นเป้าหมายของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับรอง คุ้มครองอันเป็นหลักการทั่วไป ส่วนกฎหมายปกครองไม่ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ได้บัญญัติรับรอง คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่เป็นคู่กรณี หรือบุคคลที่อาจกระทบต่อการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ไว้โดยตรง อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญและกฎหมายจะได้รับการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ มีปัญหาว่า หากผู้ทรงสิทธิไม่ได้ใช้สิทธิและเสรีภาพนั้น หรือมีการสละสิทธิและเสรีภาพจะมีผลตามกฎหมายหรือไม่ เพียงใด เห็นว่า การที่ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ใช้สิทธิหรือสละสิทธิ ก็เพียงแต่มีผลเฉพาะตัวผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพนั้น ไม่มีผลทำให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ไม่ต้องผูกพันต่อสิทธินั้น

¹²⁸ รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มาตรา 194

¹²⁹ รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มาตรา 210

¹³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ,

แต่อย่างไร รัฐหรือเจ้าหน้าที่ยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายรับรองไว้ทุกประการ ส่วนการละสิทธิ เป็นการยินยอมให้รัฐแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น เจ้าหน้าที่ที่ค้นเคหาสถาน โดยได้รับความยินยอมจากเจ้าของบ้าน แต่ในบางกรณี การไม่ใช้หรือละสิทธิและเสรีภาพก็ไม่ได้ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด หมายความว่า การละสิทธิมิได้ทำให้มาตรการของรัฐชอบด้วยกฎหมายเสมอไป ซึ่งในเรื่องดังกล่าวมีแนวคิดแตกต่างกัน แนวคิดหนึ่งเห็นว่า การไม่ใช้หรือการละสิทธิอาจทำได้โดยนำหลักการทั้งทางแพ่งและทางอาญาโดยถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งถือในลักษณะเดียวกันกับการละสิทธิในทางกฎหมายมหาชนที่กระทำได้โดยฝ่ายเดียวโดยมีผู้รับการแสดงเจตนา การละสิทธิในกรณีนี้จะมีได้เฉพาะที่ไม่อยู่ในขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่น ขอมสละชีวิตและร่างกายไม่ได้ อีกแนวทางหนึ่ง เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพไม่ใช่สิทธิที่จะจำหน่าย จ่าย โอนกันได้ เพราะสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นประโยชน์มหาชนซึ่งย่อนำไปสู่ประโยชน์ของสังคมโดยรวม ผลประโยชน์โดยรวมเหล่านี้จึงไม่อาจยินยอมในการสละได้ เมื่อพิจารณาทั้งสองแนวคิดประกอบกัน ย่อมเห็นว่า สิทธิและเสรีภาพบางอย่าง หากเป็นไปเพื่อประโยชน์โดยรวมแล้วไม่อาจสละสิทธิได้ เพราะกระทบกับประโยชน์ของบุคคลอื่น ๆ หากเป็นสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่มีความมุ่งหมายคุ้มครองบุคคล ย่อมสละได้เพียงบางอย่างและการสละจะต้องได้รับความยินยอมโดยอิสระและสมัครใจปราศจากการกดดัน หลอกลวง¹³¹ ในอีกด้านหนึ่งนั้น สิทธิและเสรีภาพโดยหลักทั่วไปย่อมมีผลผูกพันต่อองค์กรใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ตามภาระหน้าที่ที่องค์กรนั้นมีหน้าที่ต้องผูกพันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีความผูกพันในการออกกฎหมาย และกำหนดรายละเอียดให้ตรงกับหลักสิทธิและเสรีภาพ ไม่ว่าจะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่คิดตัวมาแต่กำเนิด หรือสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ส่วนฝ่ายบริหารจะต้องมีความผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพในลักษณะการใช้อำนาจจะขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ ไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายลำดับรอง การออกคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งการกระทำอื่น ๆ ในทางปกครองด้วย สำหรับฝ่ายตุลาการมีความผูกพันอยู่กับสิทธิและเสรีภาพ ในส่วนที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีของศาล ที่จะต้องวินิจฉัยให้สอดคล้องกับหลักสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะตรวจสอบการกระทำของรัฐฝ่ายต่าง ๆ¹³²

ดังนั้น หากกฎหมายห้ามมิรัฐเข้าไปควบคุมการใช้สิทธิของประชาชนมากเท่าใด ประชาชนนั้นก็จะมีเสรีภาพในการใช้สิทธิมากขึ้นตามไปด้วย ในการศึกษาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง นอกจากต้องศึกษาเพื่อทราบหลักสิทธิและ

¹³¹ แหล่งเดิม, น. 66-67.

¹³² แหล่งเดิม, น. 75-79.

เสรีภาพ เพื่อใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการใช้ดุลพินิจ ซึ่งได้รับการยอมรับและนำมาใช้เป็นสากล เพราะหลักการดังกล่าวนำมาปรับใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเสมอ รวมถึงหลักการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นลักษณะการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไทย เป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบให้สอดคล้องกับการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองตามบริบทของไทยด้วย

2.4.3 หลักนิติรัฐ

การศึกษาหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมในเบื้องต้น ไม่ควรสับสนกับหลักนิติธรรม เพราะทั้งสองแนวคิดนั้นแม้จะมีที่มาที่คล้ายคลึงกันแต่ก็มีความแตกต่างในตัวเองอย่างมีนัยยะสำคัญ กล่าวคือ หลักนิติรัฐ มีการอธิบายที่เริ่มตั้งต้นจากระดับ โครงสร้างรัฐ อธิบายความสูงสุดของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ รัฐธรรมนูญภายใต้การจัดโครงสร้างที่เป็นระบบไม่ว่าจะเป็นการวางลำดับชั้นของกฎหมาย หรือการวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการตรวจสอบถ่วงดุลไว้ในรัฐธรรมนูญในการจำกัดอำนาจรัฐ ส่วนหลักนิติธรรม ต้องการลดอำนาจของผู้ปกครองลงจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และอยู่เหนือกฎหมายบ้านเมือง หลักนิติธรรมเพียงเรียกร้องให้ทุกคนส่วนมีสิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน ไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่ง สถานะใด ๆ ก็ตาม

“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เป็นคำกล่าวที่ใช้รับรองและตรวจสอบสถานะความมีอยู่จริงของนิติรัฐ¹³³ ส่วนจะมีการบัญญัติคำว่า นิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใดหรือไม่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญแต่อย่างใด แต่ความสำคัญอยู่ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งหลายได้ใช้อำนาจมีที่มาจากกฎหมายหรือไม่ และเมื่อมีการใช้อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายแล้ว อำนาจที่ใช้ไปนั้นขัดต่อหลักกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กฎหมายหรือไม่เท่านั้น โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่สูงสุดมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ เพื่อถ่วงดุล ปกป้อง ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับนิติรัฐ ซึ่งต้องมีความเสมอภาคมีความชัดเจน มีความแน่นอน และพอสมควร

¹³³ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, ความหมายและองค์ประกอบของนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 256.

แก่เหตุ¹³⁴ อันเป็นแก่นแท้ของนิติรัฐที่สมบูรณ์ และเป็นหนทางในการจำกัดอำนาจตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยอาศัยกฎหมายเป็นแกนกลางในการปกครองราษฎร เพื่อให้เกิดความชอบธรรมแก่ผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ดังนั้น นิติรัฐจึงเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมืองผู้ถูกปกครองเท่านั้น¹³⁵

2.4.3.1 ที่มาของหลักนิติรัฐ

รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่พระมหากษัตริย์และข้าราชการบริหารมีฐานะอยู่เหนือกฎหมายต่าง ๆ ที่ตนสร้างขึ้น กฎเกณฑ์จะมีขึ้นเพื่อบังคับเฉพาะแต่ประชาชนผู้อยู่ภายใต้ปกครองเท่านั้น¹³⁶ ทำให้เกิดแนวคิดในการปกครองให้พระมหากษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่สร้างขึ้นด้วยและให้มีการใช้อำนาจภายใต้กฎหมายเหล่านั้น จึงเรียกการปกครองนี้ว่า นิติรัฐหรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย¹³⁷ “นิติรัฐ” เป็นคำภาษาเยอรมัน คือ คำว่า “กฎหมาย” (Rech) และ คำว่า “รัฐ” (Staat)¹³⁸ เมื่อแปลรวมกันก็หมายถึง รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมาย หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การปกครองที่ไม่ใช่การปกครองโดยมนุษย์ มนุษย์เป็นเพียงใช้กฎหมายแทนรัฐเท่านั้น ดังนั้น การปกครองแล้วแต่อำเภอใจจึงเกิดขึ้นไม่ได้ตามความหมายของนิติรัฐ เมื่อการปกครองตามอำเภอใจเกิดขึ้นไม่ได้ ก็ย่อมเป็นผลดีแก่ประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองนั่นเอง ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของ Robert von Mohl ที่ว่า “หัวใจของมโนทัศน์ว่าด้วยนิติรัฐ คือ เสรีภาพของปัจเจกชน” จากเหตุผลดังกล่าว จึงนำไปสู่การปลดปล่อยตนเองให้พ้นจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยการปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ. 1789 ในเวลาต่อมา โดยเชื่อว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีเหมือนกัน ไม่มีใครเกิดมาในฐานะที่เป็นทาส มนุษย์ทุก ๆ คน มีความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิดได้ด้วยตนเอง การเข้าถึงเหตุผล หมายถึง การเข้าถึงกฎหมายธรรมชาติ ที่ไม่ต้องให้ใครช่วยตีความให้และเป็นสิทธิที่ติดตัวมาตามธรรมชาติตั้งแต่กำเนิด เช่น สิทธิในชีวิต และร่างกาย โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐและกฎหมายบ้านเมือง¹³⁹ ต่อมา มีการนำหลักนิติรัฐมาบัญญัติให้เป็นหลักการในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ของรัฐธรรมนูญที่ปรีดี

¹³⁴ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, *นิติรัฐไม่เหมือนนิติธรรม*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 314-315. และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 326-328.

¹³⁵ กิจบัติ ก้องเบญจกุล, *กฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), น. 21.

¹³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 113.

¹³⁷ สุรพล นิติไกรพจน์, *สังคมแห่งนิติรัฐ*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 215.

¹³⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,” *จุลนิติ*, (มกราคม – กุมภาพันธ์ 2555): น. 50.

¹³⁹ แหล่งเดิม, น. 53.

พนมยงค์ กล่าวว่า “ความเจริญแห่งกฎหมายปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ เนื่องมาจาก ลัทธินิติรัฐ”¹⁴⁰

2.4.3.2 องค์ประกอบของลัทธินิติรัฐ

ดังได้กล่าวแล้วว่า เสรีภาพของปัจเจกบุคคลเป็นหัวใจว่าด้วยนิติรัฐ แต่จากการศึกษา เสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะปรากฏเป็นจริงได้ ต้องมีการจำกัดอำนาจรัฐลงด้วยองค์ประกอบ ดังนี้

1) องค์ประกอบในทางรูปแบบ หมายถึง “การจำกัดอำนาจรัฐลงตามกระบวนการทาง รัฐธรรมนูญหรือที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้”¹⁴¹ เช่น มีการกำหนดหลักการแบ่งแยกอำนาจ กำหนดเงื่อนไขของการกระทำทางปกครอง กำหนดหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี กำหนดหลักความรับผิดชอบของรัฐ วางหลักความมั่นคงของกฎหมาย หลักความได้สัดส่วน และหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ เป็นต้น¹⁴² โดยมีความมุ่งหมายประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลในระบบกฎหมาย สำหรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการที่ป้องกันมิให้ใช้อำนาจรัฐ ไปรวมอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้แบ่งแยกการใช้อำนาจไปยังองค์กรอื่น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุล และคานอำนาจซึ่งกันและกัน ส่วนหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เป็นหลักการให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และกรณีที่มีการกระทำทางปกครอง ที่เป็นก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องมิกฎหมายให้กระทำเช่นนั้นได้ ส่วนหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี รัฐต้องเปิดโอกาสให้บุคคล นำพยานหลักฐานต่าง ๆ สนับสนุนและหักล้างข้อกล่าวหาได้ และรัฐต้องรับฟังเพื่อให้ประชาชนมีสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณา ไม่ว่าชั้นเจ้าหน้าที่และชั้นศาลได้อย่างเต็มที่¹⁴³ ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

2) องค์ประกอบในทางเนื้อหา

แม้ว่าจากหลักคิดที่ว่า การทำให้ลัทธินิติรัฐเป็นจริงขึ้นมาได้ คือ มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยให้ประชาชนสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีชอบ และทำให้ปัจเจกชนเสียหาย¹⁴⁴ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนสามารถยกขึ้นใช้ยื่นรัฐและ

¹⁴⁰ ปรีดี พนมยงค์, *ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชน*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 279.

¹⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ลัทธินิติรัฐและหลักนิติธรรม”, น. 55.

¹⁴² Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, 2, Auflage, Munchen 2001, p. 215.

¹⁴³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ลัทธินิติรัฐและหลักนิติธรรม*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 326-327. และบุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *ความหมายและองค์ประกอบของนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย*, น. 253-265.

¹⁴⁴ *Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de L'Etat*, (Paris, 1920) p. 488.

ป้องกันการถูกละเมิดจากรัฐ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย เป็นต้น แต่ในอีกด้านหนึ่งรัฐก็สามารถดำเนินคดีกับประชาชนได้เช่นเดียวกัน หากประชาชนฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงแต่กฎหมายที่ตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่ประชาชนคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่า หากคนใดกระทำสิ่งใดไป จะเกิดผลทางกฎหมายอย่างไร¹⁴⁵ โดยกฎหมายนั้นจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือว่าไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมายด้วย เช่น กฎหมายที่ตราขึ้นในปัจจุบันต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายต่อบุคคล ที่ได้กระทำการจบลงไปแล้วในอดีต เหตุผลก็เพราะว่า การกระทำในอดีตไม่มีบุคคลใดสามารถหวนกลับไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของตนได้อีก นิติรัฐในทางเนื้อหาจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่า กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยจะกำหนดมาตรการ วิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้น โดยพอเหมาะพอประมาณ หากมาตรการ วิธีการที่กำหนดขึ้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ หรืออาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้แต่ทำให้ปัจเจกชนได้รับผลร้ายเกินความพอเหมาะพอประมาณกับประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับย่อมไม่อาจกระทำได้ในนิติรัฐ ยิ่งหากมาตรการ วิธีการนั้นนำไปปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคล ในสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน ก็ยิ่งฝ่าฝืนนิติรัฐตามหลักการในรัฐธรรมนูญด้วย เมื่อมีการฝ่าฝืนหลักนิติรัฐดังกล่าว ย่อมกลับไปสู่ความเป็นรัฐตำรวจในอดีต ที่เกรเดอ มัลแบร์ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสอธิบายว่า “ในรัฐตำรวจ ผู้ใช้อำนาจสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ที่จะดำเนินการอะไรก็ได้กับประชาชนที่เห็นว่า จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการ โดยวัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้นจะทำได้” ซึ่งเห็นว่า เป็นรัฐที่อยู่ฝั่งตรงกันข้ามกับรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายหรือนิติรัฐโดยสิ้นเชิง เห็นว่า นิติรัฐในทางรูปแบบเป็นการกำหนดหลักการจำกัดอำนาจ โดยการกำหนดหลักการย่อย ๆ อยู่ในกรอบรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวแล้วข้างต้น โดยมีความมุ่งหมายประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลในระบบกฎหมาย ส่วนนิติรัฐในทางเนื้อหา มุ่งเน้นเนื้อหาของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้น ต้องใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยจะกำหนดมาตรการ วิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้น โดยพอเหมาะพอประมาณ หากมาตรการ หรือวิธีการที่กำหนดขึ้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ หรืออาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้แต่ทำให้ปัจเจกชนได้รับผลร้าย เกินความพอเหมาะพอประมาณกับประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับ ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับทุกคนจากการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบและเกิดความเสียหายนั้น ทั้งนี้ ต้องการคุ้มครอง ความเชื่อถือว่าไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย ดังนั้น หากนำหลักนิติรัฐมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง ลักษณะเด่นที่สุดคือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น ไม่ว่า

¹⁴⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, ความหมายและองค์ประกอบของนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย, น. 265.

กฎหมายลำดับชั้นใดไม่ว่ากฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้น หรือกฎหมายที่ฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน โดยการสร้างนิติสัมพันธ์โดยการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองหาอาจออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่มีกฎหมายเป็นฐานสนับสนุนได้ไม่ หรือแม้อาศัยกฎหมายเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายนั้น จะฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่หาได้ไม่ ส่วนเนื้อหาของกฎหมายเป็นเช่นไรจะอธิบายโดยละเอียดในหลักความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย ราษฎรก็สามารถให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยทั้งฝ่ายปกครอง หรือศาลปกครองให้เพิกถอน ยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้ เรียกว่า เป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจที่มีขอบนั้น ซึ่งในการกระบวนกรยกเลิก เพิกถอน ก็ให้ราษฎรมีสិทธิเสนอหลักฐานโต้แย้งได้อย่างเต็มที่ อันทำให้หลักนิติรัฐดังกล่าวข้างต้นเป็นจริงขึ้นได้ตามความมุ่งหมายให้มีการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ทั้งนี้ การใช้อำนาจเพื่อควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีขอบ โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองหรือศาลปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย ความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนด้วย อันเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งจะกล่าวต่อไปในงานวิจัยเล่มนี้

กล่าวโดยสรุป หลักนิติรัฐเห็นว่า สิทธิของประชาชนจะมีความมั่นคงแน่นอน เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย กล่าวคือ นิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐและเจ้าหน้าที่เสมือนเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการพื้นฐานสองประการ คือ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักนิติรัฐจะประกอบด้วย หลักสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กล่าวคือ หลักนิติรัฐจะต้องมีหลักการพื้นฐาน คือ กฎหมายเป็นหัวใจสำคัญของการดำรงอยู่ของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐจะต้องมีการแบ่งแยก องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ทำหน้าที่ในด้านต่าง ๆ จากกัน มิให้ใครหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว และในการใช้อำนาจตามกฎหมายจะต้องมีองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระ คอยทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจ และการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ตั้งขึ้นตามกฎหมาย หากรัฐใดในความเป็นจริงมีสภาพดังกล่าว ก็เรียกว่า มีการปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐอย่างสมบูรณ์

สำหรับประเทศต่าง ๆ ที่มีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยต่างยึดถือหลักนิติรัฐ ซึ่งหมายความว่า รัฐได้ยอมตนอยู่ใต้กฎหมาย การกระทำใด ๆ ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่าย

ปกครอง แม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว จะต้องมีความหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง และองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น การจะทราบว่ามีการใช้อำนาจโดยอาศัยกฎหมาย และอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ จึงมีความจำเป็นต้องจัดให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกัน และบุคคลต้องทราบล่วงหน้าก่อนว่า กฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไร หรือไม่ทำอะไร ผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร ทั้งนี้ เพื่อที่บุคคลจะได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย โดยให้ฝ่ายตุลาการตรวจสอบ และประกันสิทธิของประชาชนโดยตรวจสอบที่มาแห่งอำนาจว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดำเนินการเรื่องใดได้บ้าง จะต้องกระทำเรื่องที่ถูกกฎหมายมอบหมายให้ด้วยวิธีการอย่างไร และข้อจำกัดแห่งอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายต่าง ๆ ว่ามีเงื่อนไขอย่างไร หลักนิติรัฐจึงเป็นหัวใจในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะขาดหรือละเลยมิได้

2.4.4 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

คำกล่าวของอริสโตเติล ที่ว่า “การปกครองที่ดีนั้นควรจะต้องให้กฎหมายอยู่สูงสุด (Supremacy of Law) และทุก ๆ คนต้องมีสถานะที่เสมอภาคและเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย”¹⁴⁶ หมายความว่า นอกจากรัฐคือตัวแทนของการปกครองจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและเนื้อหาของกฎหมายแล้ว ในด้านประชาชนจะต้องเชื่อฟังและอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายนั้นด้วย¹⁴⁷ จากแนวคิดนี้ย่อมสะท้อนได้ว่า หลักนิติธรรมจะต้องอยู่เคียงคู่กับหลักความสูงสุดของกฎหมายเสมอ เนื่องจากเมื่อรัฐใดใช้กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์สูงสุดในการปกครองแล้ว ก็จะเป็นการรับประกันว่าพลเมืองทุก ๆ คน แม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ปกครองก็ต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งสูงสุด ดังนั้น ในระบอบการปกครองที่ยึดหลักนิติธรรม คนทุก ๆ คนที่อาศัยอยู่ในสังคมการเมืองดังกล่าว ย่อมจะต้องมีความเท่าเทียมและมั่นใจได้ว่า ไม่ว่าจะป็นเจ้าหน้าที่หรือรัฐ ก็จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ หลักความสูงสุดของกฎหมาย ก็ยังเป็นลักษณะหลักการร่วมกันระหว่างหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐ ในด้านคุณค่าความเท่าเทียม ความเที่ยงธรรม และก็ถูกนำมาสร้างให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมผ่านการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย จึงทำให้บางครั้งกฎหมายกลายเป็นเครื่องมือในการสร้างความชอบธรรมในการกีดกันและสร้างความไม่เท่าเทียมอันจะเกิดขึ้นได้ในสังคม

¹⁴⁶ Michael Allen & Brian Thompson, Constitutional & Administrative Law, (New York : Blackstone Press, 1990), p. 164.

¹⁴⁷ Ibid, p. 178.

หลักนิติธรรม เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของการปกครองในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ แต่เป็นแนวคิดที่ไม่หยุดนิ่งแปรเปลี่ยนไปตามสภาพของสังคม โดยมุ่งเน้นเรื่องการรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล อันเป็นผลมาจากความสูงสุดของกฎหมายมากกว่าตัวรัฐ ทำให้หลักนิติธรรมเข้ามาประสานความขัดแย้งระหว่างสิทธิและเสรีภาพกับกฎหมาย โดยการทำให้กฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่สูงสุดที่ทุกคนแม้แต่ผู้ปกครองก็ต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย¹⁴⁸ ในขณะที่ตัวกฎหมายก็ต้องประกันไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนทุก ๆ คนในรัฐ เพียงแต่การประกันสิทธิและเสรีภาพของแนวคิดนิติธรรม จะไม่มีการจัดระบบโครงสร้างผ่านการจัดวางลำดับชั้นของกฎหมายที่เคร่งครัดเพื่อจำกัดอำนาจรัฐเหมือนกับแนวคิดนิติรัฐ หากแต่กระทำผ่านจารีตประเพณีที่ยึดถือต่อ ๆ กันมา โดยมีเป้าประสงค์สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ มากกว่าการพยายามจำกัดอำนาจรัฐด้วยการวางโครงสร้างและกลไกเชิงสถาบันทางการเมือง

2.4.4.1 ที่มาของหลักนิติธรรม

คำว่า “Rule of Law” ได้แปลเป็นภาษาไทยไว้หลายคำ เช่น หลักนิติธรรม หลักธรรม หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย นิติธรรมวินัย หลักกฎหมาย หลักธรรมแห่งกฎหมาย นิติปรัชญา นิติศตมภ์ หลักความยุติธรรมทางกฎหมาย¹⁴⁹ แต่ที่ได้รับการยอมรับและใช้กันโดยทั่วไป คือ “หลักนิติธรรม” หลักนิติธรรมเป็นแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ของพวกแองโกลแซกซอน ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องด้วยสภาพบริบททางการเมือง ที่มีการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพในประเทศอังกฤษ มีที่มาจากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษ โดยพระมหากษัตริย์ถูกจำกัดอำนาจลงตาม พันธสัญญาที่ให้ไว้กับบรรดาขุนนางในหนังสือที่เรียกว่า Magna Carta เริ่มจากรัฐสภาอังกฤษได้ตรา Petition of Rights ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคล โดยให้ผู้ปกครอง รัฐบาลและศาลต้องเคารพในหลักการดังกล่าว หลังจากนั้นมีการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมตามเอกสารที่เรียกว่า Habeas Corpus Act คือ ให้บุคคลมีสิทธิฟ้องร้องปกป้องตนเอง (Writ of Habeas Corpus) จึงเกิดการเปลี่ยนแปลงให้รัฐสภาเป็นรัฐอธิปไตยคู่กับพระมหากษัตริย์ โดยการมีเอกสาร Bill of Right อันมีผลจากการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ ทำให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีบทบาท ในฐานะเป็นผู้ยืนยันหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในคดี (Case Law) ตามจารีตประเพณีควบคู่กับกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นที่เรียกว่า Common Law ทั้งกษัตริย์และรัฐสภาจะต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือ กษัตริย์และรัฐสภาจะกำหนด

¹⁴⁸ ประยูร กาญจนกุล, *หลักนิติธรรมไทย*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 153-154.

¹⁴⁹ เสนาะ เอกพจน์, *The Rule of Law*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 9-10.

กฎเกณฑ์ให้ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายที่ศาลพิพากษาไม่ได้ จนกลายเป็นที่มาของหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษจนถึงปัจจุบันนี้¹⁵⁰

2.4.4.2 เนื้อหาของหลักนิติธรรม

นิติธรรม หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายซึ่งจำกัดอำนาจในทางนิติบัญญัติ เพื่อป้องกันมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ความหมายดังกล่าวเป็นความหมายในเชิงนิติศาสตร์ ส่วนตามความหมายทั่วไปของนิติธรรม หมายถึง “หลักธรรมพื้นฐานเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ปกครองประเทศที่พึงยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความเที่ยงธรรมในการปกครองบ้านเมือง”¹⁵¹ ส่วนธานินทร์ กรัยวิเชียร ให้ความหมายว่า “หลักแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์แห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษย์ทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหารราชย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนต่อเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้น โดยเด็ดขาดตามกฎหมายบ้านเมือง”¹⁵² จากความหมายดังกล่าวพอแปลได้ว่า เป็นหลักที่ใช้ให้ผู้ปกครองปฏิบัติหน้าที่ให้ชอบตามกฎหมายที่ได้ตราขึ้น โดยเน้นที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือกลุ่มบุคคลให้เป็นไปโดยเสมอภาคกันตามกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของ A.V. Dicey ที่ว่า “บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลทุกคนไม่ว่าชนชั้นใดต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน”¹⁵³ โดยปฏิเสธในเรื่องของอภิสิทธิ์ชน (Privileges) ซึ่งศาลยุติธรรมทั้งหลายจะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว¹⁵⁴ ซึ่งลักษณะความเป็นกฎหมายที่ศาลจะตัดสินคดีจะทำให้หลักนิติธรรมเป็นจริงขึ้นมาได้ต้องมีองค์ประกอบ ดังนี้ (1) บทบัญญัติของกฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป (Generality) (2) ต้องมีการประกาศใช้กฎหมายให้ทราบ (Promulgation) (3) ห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง (Retroactive Laws) (4) กฎหมายต้องมีความชัดเจน (The Clarity of Laws) (5) กฎหมายต้องไม่ขัดแย้งกันเอง (Contradiction in the Laws) (6) ห้ามกฎหมายเรียกร้องในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ (Laws Requiring the Impossible) (7) มีความคงอยู่อย่างสม่ำเสมอของกฎหมาย (Constancy of the Law Through Time) (8) มีความคงอยู่ในร่องในรอยของการกระทำของเจ้าหน้าที่กับบทกฎหมายที่

¹⁵⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “หลักนิติรัฐและนิติธรรม,” สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย: รวมบทความกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ: บริษัท พี เพรส จำกัด, 2552), น. 424-453.
และวรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,” น. 49-67.

¹⁵¹ ประยูร กาญจนกุล, *หลักนิติธรรมไทย*, 140.

¹⁵² บทบรรณาธิการ, “นิตยสารกระทรวงยุติธรรม,” *คูหา*, 8 (4) (เม.ย. 2504), น. 431-434.

¹⁵³ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 2428, p.39.

¹⁵⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรม,”

ประกาศแล้ว (Congruence between Official Action and Declared Rule¹⁵⁵ โดยกฎเกณฑ์ที่ว่านี้ จะช่วยคาดการณ์ให้แน่ชัดได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจบังคับในสถานการณ์ใด และช่วยการวางแผนของปัจเจกบุคคลบนพื้นฐานของความรู้ดังกล่าว

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น หลักนิติธรรมมีความสำคัญที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ โดยหลักนิติธรรมยึดความสูงสุดของกฎหมาย ยึดหลักความเสมอภาคกันทางกฎหมายและยึดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายที่เป็นธรรม หรือใช้กลไกของกฎหมายในการปกครองที่เป็นธรรม ผ่านระบบกฎหมาย Common Law ที่ศาลตัดสินมาอย่างต่อเนื่องและยาวนาน ซึ่งหากนำมาใช้เป็นเครื่องควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางเนื้อหาแก่ผู้อยู่ภายใต้คำสั่งนั้นอย่างแท้จริง แม้ว่า หลักนิติธรรมจะปฏิเสธความเป็นอภิสิทธิ์ชนเสมือนอยู่ตรงข้ามกับฝ่ายปกครองที่ต้องการเอกสิทธิ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่อภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าว ไม่ได้หมายความว่า เมื่อฝ่ายปกครองมีอภิสิทธิ์แล้วจะใช้ความมีอภิสิทธิ์นั้นอย่างไรก็ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและยึดความเสมอภาคตามหลักนิติธรรม ซึ่งถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักนิติธรรมเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม แม้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างมีความสำคัญ ที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง แต่หลักการดังกล่าวก็มีความแตกต่างกันหลายประการซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1. ความแตกต่างในบ่อเกิดของกฎหมาย

หลักนิติธรรมเกิดในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ยอมรับให้ผู้พิพากษาสร้างหลักกฎหมายขึ้นได้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักจารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติและเอกสารทางประวัติศาสตร์เช่น Magna Carta, Petition of Rights, Habeas Corpus Act, Bill of Right ที่ศาลใช้วางหลักในการพิพากษาคดี จึงเป็นบ่อเกิดกฎหมาย Common Law หรือกฎหมายที่เกิดจากผู้พิพากษาซึ่งมีข้อดี ทำให้ระบบกฎหมายประเทศอังกฤษมีลักษณะยืดหยุ่น สามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา

หลักนิติรัฐเกิดในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายเกิดขึ้นโดยกระบวนการตราของฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้พิพากษามีหน้าที่เพียงปรับใช้ไปตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติ

¹⁵⁵ Lon Fuller, *Morality of Law*. rev. ed. (New Haven: Yale University Press, 1964), pp. 46-91. and Michael Allen & Brian Thompson, *Constitutional & Administrative Law*, (New York: Blackstone Press, 1990), p. 181-184.

บัญญัติตราขึ้น ไม่มีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ การตัดสินคดีจึงไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งมีข้อดี คือ ทำให้กฎหมายมีความมั่นคงแน่นอนของนิติฐานะบุคคล

2. ความแตกต่างในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ไม่มีการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับรัฐธรรมนูญ เพราะประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เพียงแต่มีหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่ตามกฎหมายต่าง ๆ ที่รัฐสภาได้ตราขึ้น กับคำพิพากษาที่ศาลยุติธรรมสร้างตามหลักจารีตประเพณี

ส่วนระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญซึ่งผูกพันทุกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ให้ตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ผูกพันฝ่ายบริหารให้บังคับใช้กฎหมายไม่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ผูกพัน ตุลาการในการตัดสินคดีตามหลักคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

3. ความแตกต่างในการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

ประเทศอังกฤษซึ่งใช้หลักนิติธรรม รัฐสภาถือว่าเป็นรัฐาธิปัตย์ ไม่มีองค์กรใดควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายได้โดยตรง และไม่มีผู้ใดจะกล่าวอ้างได้ว่า รัฐสภาได้ตรากฎหมายขัดกับจารีตประเพณี เพราะรัฐสภาเป็นองค์กรสูงสุด การควบคุมการตรากฎหมายก็โดยศาลยุติธรรม เพราะประเทศอังกฤษไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการควบคุมในทางการเมืองซึ่งมีผลต่อการเลือกตั้งครั้งหน้าเท่านั้น

ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งยอมรับหลักนิติรัฐการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ กำหนดให้มืองค์ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยมีศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบโดยอาศัยกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจนำเอาเจตจำนงของตนเข้าไปแทนที่เจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติได้

4. ความแตกต่างในระบบศาลและการพิจารณาคดี

ประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ในการขอให้ ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ให้ฟ้องต่อศาลยุติธรรม โดยใช้หลักนิติธรรม เพราะถือว่า ทั้งราษฎรและเจ้าหน้าที่ต่างต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และภายใต้ศาลเดียวกัน ทำให้ประเทศอังกฤษไม่มีศาลปกครอง ส่วนการพิจารณาคดี ศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางอย่างเคร่งครัด เสมือนเป็นผู้แก้ไขข้อขัดแย้งในลักษณะเป็นการชดเชยให้ความเป็นธรรม โดยการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้คู่ความต่อสู้กันอย่างเป็นธรรม และรับฟัง

พยานหลักฐานได้ทุกคดี ไม่ว่าจะคดีแพ่ง คดีอาญาคดีปกครอง ที่มีข้อดี คือ ศาลสามารถลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลได้ หากไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา

ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ทำให้มีศาลหลายระบบ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลแรงงาน ศาลปกครอง ศาลภาษี ศาลสังคม ศาลยุติธรรม ซึ่งในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ศาลภาษี ศาลสังคม ส่วนการพิจารณาคดี ให้ศาลมีอำนาจค้นหาความจริงโดยไม่ขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่คู่ความยื่นเข้ามา มีข้อดี คือ สามารถวินิจฉัยคดีได้ตามความยุติธรรมและกฎหมาย แต่ศาลไม่สามารถลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลได้ หากไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา เพียงแต่สั่งให้เจ้าหน้าที่รัฐปฏิบัติตามคำพิพากษาเท่านั้น

5. ความแตกต่างในการแบ่งแยกการใช้อำนาจ

ประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจในหลักนิติธรรม เพราะฝ่ายนิติบัญญัติคือ สภามีความใกล้ชิดกับฝ่ายบริหารคือรัฐบาลอย่างมาก เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติสามารถมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายบังคับการตามกฎหมาย และวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในลักษณะเป็นการกระทำของตุลาการได้ด้วย

ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจกันอย่างชัดเจน ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ มีการคานอำนาจและควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน แต่ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างมีองค์ประกอบเหมือนกัน คือ ขอมรับความเป็นอิสระของตุลาการ

กล่าวโดยสรุป หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม มีความแตกต่างกันในด้านต่าง ๆ ตามที่กล่าวข้างต้น แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ต่างก็เป็นหลักการที่มุ่งจะสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเหมือนกัน โดยมีจุดร่วมของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม คือ จำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ต่างไม่ต้องการให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยตนเอง แต่ต้องการให้กฎหมายปกครองมนุษย์ หมายความว่า ผู้ปกครองที่ทรงอำนาจปกครองอยู่นั้น จะกระทำการใด ๆ ต้องสอดคล้องกับกฎหมายจะกระทำให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้

2.4.5 หลักการบริหารราชการแผ่นดิน

การบริหารราชการแผ่นดิน เป็นการบริหารราชการที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐปฏิบัติต่อประชาชน ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ต้องเป็นไปตามโครงสร้าง กลไก ของระบบหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ประเภทนั้น ๆ ในแต่ละระดับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หมายถึง กฎหมายปกครองมหภาค ส่วนองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปฏิบัติราชการไปสู่ความมุ่งหมายของเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่

ว่าจะเรียกชื่อว่าเป็นคำสั่งคำวินิจฉัย มติใดขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่นั้นเรียกว่า กฎหมายปกครอง จุลภาค¹⁵⁶ หากกฎหมายปกครองมหภาคไม่ดี เช่น โครงสร้าง กลไกของหน่วยงานของรัฐไม่เหมาะสม ระบบการแต่งตั้งไม่ถูกต้อง คุณสมบัติข้าราชการไม่เหมาะสมกับงานในหน้าที่ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจหน้าที่ของข้าราชการประเภทต่าง ๆ ไม่ถ่วงดุลและควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน ผลคือการบริหารและการใช้อำนาจของกฎหมายปกครองจุลภาค เช่น คำสั่ง คำวินิจฉัย มติต่าง ๆ ก็จะผิดพลาด ล่าช้า เกิดความไม่เป็นธรรม กระทบประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ในทางกลับกัน หากกฎหมายปกครองจุลภาคไม่ดี เกิดข้อผิดพลาด ล่าช้า ย่อมสะท้อนถึงข้อบกพร่องของกฎหมายปกครองมหภาคได้อีกเช่นกัน¹⁵⁷ ดังนั้น การบริหารราชการแผ่นดินจะสมบูรณ์เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายปกครองมหภาคและกฎหมายปกครองจุลภาคทั้งสองส่วนประกอบกัน การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก็เช่นเดียวกัน จะสมบูรณ์เพียงใดจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายปกครองมหภาคและกฎหมายปกครองจุลภาคทั้งสองส่วน กล่าวคือ หากโครงสร้าง กลไก ระบบ คุณสมบัติของผู้ควบคุมตรวจสอบไม่เหมาะสม ย่อมทำให้การใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองผิดพลาด ล่าช้า เกิดความไม่เป็นธรรมไปด้วย หรือในทางกลับกันการ คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาด ล่าช้า เกิดความไม่เป็นธรรม ย่อมเป็นความบกพร่องของโครงสร้าง กลไกผู้ควบคุมตรวจสอบเช่นกัน ดังนั้น หลักการบริหารราชการแผ่นดิน จึงหลักสำคัญจะบ่งชี้ว่าการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพเพียงใด เพราะองค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบ จะมีการกำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินทั้งสิ้น ไม่ว่าจะตัวบุคคลหรือองค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ผู้มีอำนาจในการออกหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ผู้มีอำนาจตามโครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในสภาพปัญหาของงานวิจัยนี้

2.4.5.1 ลักษณะทั่วไปของหลักการบริหารราชการแผ่นดิน

การบริหารราชการแผ่นดินหมายถึง“การกำหนดนโยบายและทิศทางการจะจัดการปกครองประเทศในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง การต่างประเทศ ไปในแนวทางใด และใช้วิธีการใด จึงจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐมี ประสิทธิภาพ ลดขั้นตอนการปฏิบัติงาน ลดภารกิจที่ไม่จำเป็น และตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยการจัดหาอัตรากำลังเจ้าหน้าที่ งบประมาณ เครื่องมือเครื่องใช้ และออกกฎ ระเบียบ

¹⁵⁶ ชาลชัย แสงศักดิ์, *วิสัยทัศน์ด้านการพัฒนากฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อการพัฒนาประเทศไทยในทศวรรษหน้า*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), น. 17-18.

¹⁵⁷ ชาลชัย แสงศักดิ์, *กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), น. 2-6.

ต่าง ๆ มารองรับ ตลอดจนบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายตามที่อำนาจนิติบัญญัติให้ความเห็นชอบตราขึ้นไว้บังคับ”¹⁵⁸ จากความหมายดังกล่าวข้างต้น หลักการบริหารราชการแผ่นดินจึงประกอบไปด้วยสองส่วน คือ ส่วนโครงสร้างกับส่วนปฏิบัติการที่เป็นเครื่องมือให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในส่วนแรก ซึ่งสอดคล้องกับคำอธิบายของกิตติวัฒน์ รัตนดิถ ฦ กุเกีต ที่ว่า การบริหารราชการ คือ การนำเอานโยบาย (Policy) ที่ถูกกำหนดโดยฝ่ายการเมืองมาปฏิบัติ (Implement) โดยบรรดาข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹⁵⁹

การบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทย มีการจัดโครงสร้างองค์กรที่ซับซ้อน มีการบังคับบัญชาตลอดหลั่นกันไปตามความรับผิดชอบตามสายการบังคับบัญชา (Chain of Command) กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา เพื่อให้ทราบว่ามีการควบคุมตรวจสอบและจัดความรับผิดชอบกันอย่างไร¹⁶⁰ ดังนั้น การควบคุมการปฏิบัติงาน มีการควบคุมโดยกำหนดความรับผิดชอบในการปฏิบัติงาน และกำหนดความรับผิดชอบภายในตัวบุคคล ส่วนการควบคุมตามสายการบังคับบัญชา เป็นการควบคุมการวินิจฉัยตามลำดับชั้นตั้งแต่ นายกรัฐมนตรีลงมาถึงผู้บังคับบัญชาของผู้ปฏิบัติงานนั้น ส่วนการควบคุมโดยผ่านการบริหารงานบุคคล อันเป็นการควบคุมความประพฤติ กำหนดมาตรฐานตำแหน่งงาน อัตราค่าตอบแทน รวมถึงการควบคุมประสิทธิภาพของบุคลากร โดยการพัฒนากิจกรรมต่าง ๆ ด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม การควบคุมตามสายบังคับบัญชานั้น มีขอบเขตที่กว้างขวาง อำนาจตัดสินใจอยู่ในอำนาจของผู้บังคับบัญชาระดับสูง ทำให้การปฏิบัติงานเกิดความล่าช้าได้ ไม่สอดคล้องกับสายการบังคับบัญชาที่ดี ที่ควรมีลักษณะจำนวนระดับชั้นแต่ละสายการบังคับบัญชาไม่ควรให้มีจำนวนมากเกินไป เพราะจะทำให้ไม่สะดวกแก่การควบคุมตรวจสอบอาจทำให้งานค้างค้ำได้ สายบังคับบัญชาควรมีลักษณะชัดเจนแจ้งว่า ใครเป็นผู้มีอำนาจสั่งการและสั่งไปยังผู้ใด¹⁶¹ ในทางวิชาการอำนาจบังคับบัญชา เป็นความสัมพันธ์ภายในหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงาน ที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินแบบรวมอำนาจ ที่ผู้บังคับบัญชาควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตามที่ตนตัดสินใจ อำนาจบังคับบัญชามีลักษณะเป็นอำนาจที่

¹⁵⁸ ชำนาญ จันทร์เรือง, “นิติสัมพันธ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2561, จาก <https://www.facebook.com/DroitAdministrative/posts/>

¹⁵⁹ กิตติวัฒน์ รัตนดิถ ฦ กุเกีต, *กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน* (พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2551), น. 8.

¹⁶⁰ มหาวิทยาลัยสุโขทัยวิทยา, *การบริหารราชการไทย เอกสารการสอน มหาวิทยาลัยสุโขทัยวิทยา*, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยวิทยา, 2543), น. 34.

¹⁶¹ มณีรัตน์ สุวรรณาวารี, “ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของโครงการการบริหารงานบุคคล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2561, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/456536>.

ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ก็ได้ ตามที่เห็นว่า ถูกต้องหรือเหมาะสม รวมทั้งสามารถแก้ไข ยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่ง หรือกระทำที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่เหมาะสมของผู้ใต้บังคับบัญชาได้¹⁶² และ ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือ ผู้ใต้บังคับบัญชาในการลงโทษทางวินัย หรือมีอำนาจ ให้บำเหน็จความดีความชอบแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้ เช่น ผู้บังคับบัญชามีอำนาจออกคำสั่งให้ ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตาม มีอำนาจในการควบคุมกิจกรรมในการดำเนินการของผู้ใต้บังคับบัญชา นอกจากแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาแล้ว ยังสามารถใช้อำนาจกระทำแทน ผู้ใต้บังคับบัญชา อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข เช่น อำนาจในการลงโทษทางวินัย และอำนาจในการให้บำเหน็จรางวัล

2.4.5.2 ที่มาของหลักการบริหารราชการแผ่นดิน

การบริหารราชการแผ่นดินไทยตั้งแต่อดีตไม่ปรากฏว่า พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ใด ในการบริหารปกครองบ้านเมือง แต่พบว่า มีการปกครองแบบพ่อปกครองลูกในสมัยสุโขทัย และ ให้ราษฎรช่วยกันถือบ้านถือเมือง บางรัชสมัยได้แยกการบริหารออกเป็นฝ่ายพลเรือนและฝ่ายทหาร มีสมุหนายกเป็นผู้รับผิดชอบด้านพลเรือน บริหารกิจการเกี่ยวกับเวียง วัง คลัง และนา และมีสมุหกลาโหมรับผิดชอบด้านการทหารและการป้องกันประเทศ ดังเช่นสมัยกรุงศรีอยุธยา พอถึงยุคสมัย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน โดยจัดระเบียบบริหาร ราชการออกเป็นกระทรวง ตามแบบอย่างประเทศตะวันตก ให้มีเสนาบดีเป็นผู้รับผิดชอบแต่ละ กระทรวง ทั้ง 12 กระทรวง ครั้นถึงรัชกาลพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว มีการจัดตั้ง องคมนตรีสภา ทำหน้าที่ถวายคำปรึกษาในการปกครอง และการออกกฎหมายทำนองเดียวกับ รัฐสภา และจัดตั้งเสนาบดีสภา เป็นที่ประชุมปรึกษาหารือข้อราชการของเสนาบดีทั้งหลาย เห็นว่า การบริหารราชการแผ่นดินช่วงนี้ เป็นยุคก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องของ พระมหากษัตริย์ที่ เป็นผู้ปกครอง และใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินโดยตรง มีการแต่งตั้งบุคคล ให้ดำรงตำแหน่ง เพื่อช่วยเหลือการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนมีคณะที่ปรึกษา ทั้งการกำหนด นโยบายในการบริหาร และการควบคุมการบริหาร ล้วนแต่เป็นเรื่องของพระราชอำนาจตามพระ ราชอัยศาสตร์ เมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 มีคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่ร่วมรับผิดชอบใน การบริหารราชการแผ่นดิน โดยมี นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล มีอำนาจหน้าที่กำกับ โดยทั่วไปในการบริหารราชการแผ่นดินสูงสุด องค์พระมหากษัตริย์เป็นประมุข พระมหากษัตริย์ไม่ มีการใช้อำนาจบริหาร โดยตรงเหมือนในอดีต แต่มีการใช้อำนาจผ่านรัฐสภา ผ่านรัฐบาล ผ่านศาล และทรงไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ทางการบริหาร เพราะเป็นเรื่องความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรี

¹⁶² สุรพล นิติไกรพจน์, ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (tutelle), *วารสารนิติศาสตร์*, 19 (4), (ธันวาคม 2532), น. 81.

ในปัจจุบันประเทศไทยมีการจัดการบริหารราชการแผ่นดินอยู่สองลักษณะ คือ การจัดการบริหารราชการแผ่นดินในลักษณะเป็นการจัดองค์กร และการจัดการบริหารราชการแผ่นดินในเชิงเนื้อหา

1) การจัดการบริหารราชการแผ่นดินในลักษณะเป็นการจัดองค์กร ซึ่งเป็นการจัดตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ที่แบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น อันมีลักษณะเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งแตกต่างกับการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศต่าง ๆ ที่โดยส่วนใหญ่แล้วแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนกลางกับส่วนท้องถิ่น เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศอังกฤษ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ซึ่งในการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินไม่ว่าจะเป็นสองส่วนหรือสามส่วน ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาล สภาพของประเทศ ตลอดจนขนบธรรมเนียมประเพณี และวัฒนธรรมด้านการเมืองการปกครอง และการบริหารของประเทศนั้น ๆ หลักการบริหารราชการแผ่นดินตามรูปแบบการจัดองค์กรในประเทศไทย¹⁶³ มีการจัด ดังนี้

1.1) การบริหารราชการส่วนกลาง ใช้หลักการรวมอำนาจ โดยให้อำนาจการบังคับบัญชาและการวินิจฉัยสั่งการสูงสุดอยู่ในส่วนกลาง และศูนย์กลางการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐ แบ่งส่วนราชการออกเป็น (1) สำนักนายกรัฐมนตรี (2) กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง (3) กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ในที่นี้จะยกตัวอย่างโครงสร้างของสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงมหาดไทย เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองในบทที่ 4 เท่านั้น ซึ่งได้แก่ ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี เลขาธิการข้าราชการพลเรือน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และปลัดกระทรวงมหาดไทย

1) ตำแหน่งปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นตำแหน่งที่อยู่ในโครงสร้างของสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นราชการส่วนกลาง มีฐานะเทียบเท่ากระทรวง โดยขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการ ควบคุมบังคับบัญชาข้าราชการรับผิดชอบการบริหารราชการทั่วไป ในสำนักนายกรัฐมนตรี¹⁶⁴ เช่น ติดตามและประเมินผลการปฏิบัติราชการ และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักนายกรัฐมนตรี หรือมิได้อยู่ภายในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงใดโดยเฉพาะ สำนักนายกรัฐมนตรีประกอบด้วยส่วนราชการ ที่มีฐานะเป็นกรมจำนวน 15 ส่วนราชการ ซึ่งในจำนวนนี้มีส่วนราชการจำนวน 12 ส่วนราชการปฏิบัติ

¹⁶³ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 4 และพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 6

¹⁶⁴ พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 10-11 และมาตรา 16

ราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ได้แก่ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักข่าวกรองแห่งชาติ สำนักงบประมาณ สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานทรัพยากรน้ำแห่งชาติ และสำนักงานขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ยุทธศาสตร์ชาติ และการสร้างความสามัคคีปรองดอง แต่เห็นว่า ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีในฐานะรับผิดชอบราชการประจำในสำนักนายกรัฐมนตรี มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาราชการประจำ 3 ส่วนราชการเท่านั้น คือ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี กรมประชาสัมพันธ์ และ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ส่วนสำนักกองทุนสนับสนุนการวิจัยในฐานะหน่วยงานอิสระ ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีมีหน้าที่เพียงกำกับดูแล ส่วนอีก 12 ส่วนราชการดังกล่าวข้างต้นเป็นส่วนราชการที่ขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีคนเดียว

2) ตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เป็นตำแหน่งที่อยู่ใน โครงสร้างของสำนักนายกรัฐมนตรีเช่นเดียวกับตำแหน่งปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี มีหน้าที่ในการพัฒนาและวางระบบบริหารจัดการทรัพยากรบุคคล เพื่อขับเคลื่อนการบริหารกำลังคนภาครัฐให้มีประสิทธิภาพ สร้างและพัฒนาทรัพยากรบุคคลในราชการพลเรือนให้มีสมรรถนะขีดความสามารถในการปฏิบัติราชการและให้บริการประชาชน¹⁶⁵ ซึ่งเห็นว่า ตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน แม้จะมีอำนาจจัดการ วางแผนกำลังคนภาครัฐ แต่กำลังคนภาครัฐยังมีข้าราชการส่วนอื่น ๆ ด้วย เช่น ข้าราชการทหาร ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ข้าราชการส่วนท้องถิ่น ข้าราชการในองค์กรอิสระ ข้าราชการอัยการ ข้าราชการตุลาการ ข้าราชการในสำนักงานของศาล เป็นต้น ซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจหน้าที่ของตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน

3) ตำแหน่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เป็นตำแหน่งที่อยู่ใน โครงสร้างของสำนักนายกรัฐมนตรีเช่นเดียวกับตำแหน่งปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน มีหน้าที่เกี่ยวกับราชการของคณะรัฐมนตรี การประสานราชการรัฐสภา การประสานราชการกับส่วนราชการในพระองค์ การประสานราชการกับกระทรวง กรมและหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐ พัฒนาการออกกฎ ระเบียบ คำสั่งและมติคณะรัฐมนตรี ดำเนินการเกี่ยวกับราชการ

¹⁶⁵ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน สำนักนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2552 ข้อ 6

ของ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีเป็นไปด้วยความเรียบร้อย¹⁶⁶ ซึ่งเห็นว่า ตำแหน่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีงานประจำจะต้องปฏิบัติอยู่เป็นจำนวนมาก ทำงานใกล้ชิดกับ นักการเมือง ไม่เหมาะสมกับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

4) ตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยจัดโครงสร้างอยู่สำนักนายกรัฐมนตรี เช่นเดียวกับตำแหน่งปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน และตำแหน่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่ศึกษาและรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับงาน พิจารณาและจัดทำร่างกฎหมาย ตามที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย และเสนอ ความเห็นเกี่ยวกับการให้มีหรือแก้ไข ปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย ช่วยเหลือและให้คำแนะนำ เกี่ยวกับการร่างกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ ความเห็นหรือปฏิบัติงานอื่นอันเกี่ยวกับกฎหมาย ให้แก่หน่วยงานของรัฐ¹⁶⁷ นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่พัฒนาหลักกฎหมายปกครอง เพื่อกำหนด หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการ และการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปฏิบัติราชการ รวมทั้งรับผิดชอบกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบ ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ทำหน้าที่เป็นศูนย์ข้อมูลกฎหมายกลาง โดยการรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้อง แล้วให้บริการค้นคว้าแก่รัฐบาล รัฐสภา หน่วยงานของรัฐและประชาชน ดำเนินการพัฒนานัก กฎหมายภาครัฐ เพื่อให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชน ปฏิบัติการอื่นใดตามที่ กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือตามที่ นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย¹⁶⁸ ซึ่งเห็นว่า เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็น ตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายโดยตรง ทั้งกฎหมายทั่วไปและกฎหมายมหาชน รวมถึงกฎหมาย ปกครองด้วย

5) ตำแหน่งปลัดกระทรวงมหาดไทย มีการจัดโครงสร้างอยู่ในกระทรวงมหาดไทยที่มี 13 ส่วนราชการ มีหน้าที่แปลลงนโยบาย เป็นแนวทางและแผนการปฏิบัติงานแก่ส่วนราชการต่าง ๆ และจังหวัด สนับสนุนการปฏิบัติราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นหรือปฏิบัติการอื่น ใดตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย¹⁶⁹ ซึ่งเห็นว่า ปลัดกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่รับผิดชอบงานประจำของกระทรวงเท่านั้น แต่มีหน้าที่เชื่อมโยง

¹⁶⁶ ประกาศสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง โครงสร้างและการจัดหน่วยงาน อำนาจหน้าที่ วิธีการ ดำเนินงาน และสถานที่ติดต่อเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสารของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 16 มีนาคม 2560 ข้อ 2

¹⁶⁷ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 63

¹⁶⁸ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2556 ข้อ 2

¹⁶⁹ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2553 ข้อ 2

กับราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่น อันแตกต่างกับอำนาจหน้าที่ของปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี เลขานุการคณะกรรมการข้าราชการ พลเรือน เลขานุการคณะกรรมการข้าราชการ และ เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกา แม้จะอยู่ในฝ่ายบริหารตามระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินก็ตาม และไม่ได้อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีโดยตรง

1.2) การบริหารราชการส่วนภูมิภาค ใช้หลักการแบ่งอำนาจ โดยราชการส่วนกลางเป็นเจ้าของอำนาจ แล้วแบ่งอำนาจการบังคับบัญชาและการวินิจฉัยสั่งการ ให้แก่ภูมิภาคนำไปปฏิบัติให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน และการปฏิบัติของภูมิภาคนั้น จะต้องให้เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและขนบธรรมเนียมประเพณีของแต่ละพื้นที่ ทั้งนี้ จะต้องไม่ขัดต่อนโยบายของส่วนกลางหรือของคณะกรรมการ หรือตัวบทกฎหมายของประเทศ การบริหารราชการส่วนภูมิภาคมี 2 ระดับ คือ จังหวัด และอำเภอ โดยอยู่ในอำนาจการบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และมีปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของผู้ว่าราชการจังหวัดและนายอำเภอ¹⁷⁰

1.3) การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น¹⁷¹ ใช้หลักการกระจายอำนาจที่ส่วนกลางได้มอบอำนาจระดับหนึ่งให้ประชาชนในท้องถิ่น ไปดำเนินการปกครองตนเองอย่างอิสระ โดยที่ห้ามขัดต่อกฎหมายของประเทศหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน กิจกรรมที่ทำได้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการพัฒนา มีอิสระในการตัดสินใจในการแก้ปัญหาหรือการสนับสนุนกิจกรรมของท้องถิ่น ออกข้อบังคับหรือระเบียบต่าง ๆ มาบังคับในเขตการปกครองของตนได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ในปัจจุบันมี 5 รูปแบบ ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล และราชการบริหารส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงมหาดไทย¹⁷² ซึ่งเห็นว่าการบริหารราชการส่วนกลาง เป็นฝ่ายที่มีอำนาจควบคุมทั้งราชการส่วนท้องถิ่นและราชการส่วนภูมิภาค

2) การบริหารราชการแผ่นดิน

การบริหารราชการแผ่นดิน มีทั้งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปและกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ดังนี้

¹⁷⁰ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2545) มาตรา 50/6

¹⁷¹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 69-70

¹⁷² จร พันธุ์เป็รื่อง, "การบริหารราชการแผ่นดิน," ผู้ทรงคุณวุฒิประจำบทความ รองเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร" สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2561, จาก <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title>.

2.1) การบริหารราชการแผ่นดินในเชิงรูปแบบ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในลักษณะที่เป็นเป้าหมายรวมเพื่อการพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศ โดยใช้การบริหารราชการแผ่นดินทั้งสามส่วนดังกล่าวแล้วข้างต้นทำให้บรรลุเป้าหมาย ซึ่งเห็นว่า การบริหารราชการแผ่นดินในเชิงรูปแบบนั้น เป็นหลักการกว้าง ๆ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน บรรลุเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญวางหลักการทั่วไปไว้ในภาพรวมไว้ ซึ่งเจตนารมณ์ดังกล่าวข้างต้นจะบรรลุผลหรือไม่ ขึ้นอยู่ความสำเร็จของการนำหลักการบริหารราชการแผ่นดินเชิงเนื้อหา ดังจะกล่าวต่อไปนี่เพื่อนำไปปฏิบัติ

2.2) การบริหารราชการแผ่นดินในเชิงเนื้อหา บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2543 คือ

1. การบริหารราชการส่วนกลาง มีการสงวนอำนาจตัดสินใจขั้นสุดท้ายไว้ที่ส่วนกลาง ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาต อนุมัติ การระงับ การแก้ไข การเพิกถอนการกระทำต่าง ๆ ไม่ว่าจะเกิดจากเจ้าหน้าที่อยู่ในองค์กรบริหารราชการส่วนใดก็ตาม เห็นว่า เป็นการสงวนอำนาจการตัดสินใจไว้ในทุกกิจกรรม และครอบคลุมทุกพื้นที่ของประเทศ ซึ่งอาจมองได้ว่า เป็นเรื่องที่ดีทำให้การบริหารประเทศเกิดเสถียรภาพ มีแบบแผนเดียวกัน เกิดความเป็นเอกภาพในการบังคับบัญชา แต่ในอีกด้านหนึ่ง เป็นผลทำให้การจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ แก่ประชาชนเป็นไปด้วยความล่าช้า ไม่ทันต่อเหตุการณ์หรือสถานการณ์ ไม่ตรงต่อความต้องการของประชาชนในแต่ละพื้นที่ เนื่องจากการให้บริการสาธารณะแต่ละประเภท มักจะมีระเบียบและวิธีปฏิบัติหลายขั้นตอน ต้องเสนองานตามลำดับขั้นจนถึงผู้มีอำนาจอนุญาต อนุมัติ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแต่ละฉบับให้ต้องปฏิบัติ

2. การบริหารราชการส่วนภูมิภาค เป็นตัวแทนของราชการส่วนกลาง ในการปฏิบัติการกิจตามกฎหมายและตามที่ได้รับมอบหมายจากส่วนกลาง โดยราชการส่วนกลางมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาการปฏิบัติงาน และเป็นจุดเชื่อมต่อระหว่างการบริหารราชการส่วนกลางกับราชการส่วนท้องถิ่น เป็นกลไกสำคัญทั้งทางการเมืองและการบริหาร ในการมีราชการบริหารส่วนภูมิภาคมีข้อดีที่ทำให้การบริการสาธารณะต่าง ๆ เป็นไปด้วยความรวดเร็วขึ้น สนองตอบความต้องการของประชาชนมากยิ่งขึ้น มีการประสานงานกับราชการส่วนท้องถิ่นในเรื่องต่าง ๆ ได้ดียิ่งขึ้น แต่ยังมีข้อเสีย โดยต้องรอการสั่งการจากราชการส่วนกลาง ซึ่งมีความล่าช้า และปฏิบัติงานได้ตามที่ราชการส่วนกลางมอบหมายเท่านั้น

3. การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น รับผิดชอบการทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประชาชนตามกฎหมายในท้องถิ่นนั้น ๆ ด้วยเหตุผลเป็นความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น ความแตกต่างของวัฒนธรรม ลักษณะทางภูมิศาสตร์ อันเป็นการลดภาระของราชการส่วนกลาง ทำให้ประชาชนมีส่วนร่วม ซึ่งมีข้อดีทำให้ราชการส่วนท้องถิ่นที่มีความเป็นอิสระในการบริหาร บุคลากร

งบประมาณ ภารกิจ ทั้งเป็นกลไกให้ประชาชนปกป้องและส่งเสริมผลประโยชน์ของตน โดยราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค เพียงมีหน้าที่กำกับดูแลให้ปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น¹⁷³

เห็นว่า การกำหนดรูปแบบ เนื้อหา กลไก วิธีการ และแนวทางการบริหารราชการแผ่นดินตามที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น มีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักการพัฒนา สอดคล้องกับความต้องการและความจำเป็นของประชาชน โดยให้ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นขับเคลื่อนงานในการปฏิบัติเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้ อาศัยข้าราชการเป็นกลไกสำคัญ และในการติดตามตรวจสอบรายงานผลใช้อำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแลดังกล่าว ต่อไปนี้

2.4.5.3 ขอบเขตอำนาจบังคับบัญชา

เหตุผลต้องมีอำนาจบังคับบัญชาได้กำหนดขึ้น เนื่องจากมีการกำหนดการบริหารราชการแผ่นดิน ทางเนื้อหาตามที่ได้กล่าวข้างต้นจะสำเร็จหรือไม่ ขึ้นอยู่กับควบคุมบัญชาสั่งการต่าง ๆ ตามสายงานนั้น ๆ ในลักษณะควบคุมตรวจสอบทั้งเหนือการกระทำ และเหนือตัวผู้กระทำ ดังนี้

1) อำนาจเหนือการกระทำของผู้บังคับบัญชา เป็นการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบการวินิจฉัยและสั่งการที่เจ้าหน้าที่อยู่ใต้บังคับบัญชาได้กระทำไป ไม่ว่าจะในราชการส่วนกลาง หรือส่วนภูมิภาค หรือส่วนท้องถิ่นทั่วประเทศ ทั้งก่อนและหลังการวินิจฉัยสั่งการ สำหรับอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้ควบคุมตรวจสอบ โดยการสั่งการก่อนที่เจ้าหน้าที่เหล่านั้น จะออกคำวินิจฉัย เรียกว่า อำนาจแนะนำและสั่งการซึ่งเป็นการใช้อำนาจทั่วไป ตามที่กล่าวแล้วในหัวข้อ 2.3.2 โดยอำนาจดังกล่าว ผู้บังคับบัญชาอาจสั่งการหรือแนะนำให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ใต้บังคับบัญชามีคำวินิจฉัยสั่งการไปในทางใดทางหนึ่ง หรืออาจเป็นคำสั่งหรือคำแนะนำ ให้เจ้าหน้าที่ออกคำวินิจฉัยไปในทางใดทางหนึ่งเป็นการทั่วไป ตามแนวปฏิบัติ หรือหนังสือเวียน ส่วนการควบคุมตรวจสอบหลังการวินิจฉัยสั่งการ คือ การใช้อำนาจบังคับบัญชาสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการของผู้ใต้บังคับบัญชาที่สั่งการไปแล้ว ไม่ว่าจะเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือความไม่เหมาะสมได้อย่างกว้างขวาง แม้ว่าผู้บังคับบัญชาจะมีการควบคุมตรวจสอบโดยอาศัยอำนาจเหนือการกระทำนี้แล้ว แต่หากผู้บังคับบัญชาเห็นว่า การกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาฝ่าฝืน หรือก่อให้เกิดความเสียหายอยู่ด้วย ก็อาจใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบเหนือตัวบุคคลควบคุมไปด้วย ซึ่งจะได้อีกกล่าวในหัวข้อต่อไป

ส่วนอำนาจอีกประเภทหนึ่งที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบเหนือการกระทำเช่นกัน แต่ไม่เรียกว่าบังคับบัญชา แต่เรียกว่า อำนาจกำกับดูแล (Tutelle Administrative) การกำกับดูแลโดยทั่วไป เป็นความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลางของกระทรวง กรม และราชการส่วนภูมิภาค

¹⁷³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, การบริหารราชการไทย เอกสารการสอน

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2543), น. 34.

คือ จังหวัด อำเภอกับราชการส่วนท้องถิ่น คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา ในการใช้อำนาจของราชการส่วนกลางกับราชการส่วนภูมิภาค เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของราชการส่วนท้องถิ่นว่า กระทำการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเห็นว่า ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีอำนาจไม่อนุญาติให้การกระทำนั้น หากมีการกระทำซึ่งมีผลบังคับไปแล้ว อาจสั่งให้เพิกถอนการกระทำนั้น

เห็นว่า อำนาจของผู้กำกับดูแล จะต้องมีความหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน และผู้กำกับดูแลจะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ ผู้มีอำนาจกำกับดูแลไม่อาจก้าวล่วง เข้าไปควบคุมในเรื่องความเหมาะสมหรือดุลพินิจของการกระทำนั้น เพราะตามหลักการของการกระจายอำนาจ การเข้าไปควบคุมความเหมาะสมหรือการควบคุมดุลพินิจ คือ การทำลายความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง เช่น การควบคุมด้วยวิธี สั่งการผ่านหนังสือราชการจากรัฐส่วนกลาง สู้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นอุปสรรคต่อความเป็นอิสระในการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น เพราะหนังสือราชการจากราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคที่มีต่อราชการส่วนท้องถิ่น มักมีลักษณะเป็นคำสั่งที่เป็นการบังคับที่แตกต่างกันไปตามสถานการณ์และแนวทางของราชการส่วนกลาง ในบางครั้งหนังสือสั่งการเหล่านั้น ไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายใด ๆ มารองรับเพื่อให้อำนาจปฏิบัติตามนโยบายอีกด้วย อันเป็นการแสดงถึงลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่มีมากกว่าการกำกับดูแลตามปกติ ด้วยการใช้หนังสือราชการเป็นเครื่องมือสำคัญ ในการถ่ายทอดคำสั่งเพื่อตอบสนองต่อนโยบายของรัฐบาล และเป้าหมายของราชการส่วนกลาง เมื่อมีหนังสือสั่งการในลักษณะเช่นนี้ จึงเป็นการบริหารราชการตามหลักการรวมอำนาจการปกครอง (Centralization) ไว้ที่ส่วนกลาง ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการกระจายอำนาจ ภายใต้หลักนิติรัฐอันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลางที่มีต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกรอบของกฎหมาย จึงควรมีเพียงการกำกับดูแลท้องถิ่นภายใต้หลักการกระจายอำนาจเท่านั้น มิใช่เป็นอำนาจการควบคุมบังคับบัญชา ดังที่ราชการส่วนกลางกระทำ โดยอาศัยการบริหารราชการแผ่นดินแบบกระจายอำนาจแต่รูปแบบ แต่ในความเป็นจริงมีการแฝงด้วยการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลาง ผ่านหนังสือสั่งการเป็นเครื่องมือควบคุมองค์กรปกครองท้องถิ่นดังเป็นปัญหาเห็นได้ในปัจจุบัน

2) อำนาจในการควบคุมตรวจสอบเหนือตัวบุคคล อำนาจนี้เกิดจากมูลเหตุการกระทำของเจ้าหน้าที่ตามที่กล่าวแล้วข้างต้น แต่มีการฝ่าฝืน หรือก่อให้เกิดความเสียหาย และผู้บังคับบัญชาเห็นว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น เป็นความผิดเรื่องอื่นอยู่ด้วย หรือการที่ผู้ได้บังคับบัญชาได้ออกคำสั่งทางปกครองไป ไม่ได้ปฏิบัติตามแนวทาง คำสั่งที่ผู้บังคับบัญชากำหนดไว้ ผู้บังคับบัญชาก็มีอำนาจดำเนินการวินัย และลงโทษ หรือหากให้ผู้ได้บังคับบัญชาที่ออก

คำสั่งทางปกครอง อยู่ในตำแหน่งหน้าที่นั้นต่อไปอาจจะสร้างความเสียหาย หรือกระทำผิดวินัย ตามที่กล่าวข้างต้นอีก ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจโยกย้าย และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ หรือหากคำสั่งทางปกครองที่ออกไปที่สร้างความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือสร้างความเสียหายให้แก่หน่วยงาน ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจดำเนินการให้ชดใช้ความเสียหายตามความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ และหากคำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกโดยมีเจตนาถ่วงอ้อมผู้อื่น หรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากผลของคำสั่งทางปกครอง ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจดำเนินคดีในทางอาญาได้อีกโสดหนึ่ง อำนาจต่าง ๆ เหล่านี้แม้จะมีให้อำนาจที่ปราศจากขอบเขตจำกัด ในทางกฎหมาย แต่เปิดช่องให้ผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ตลอดจนสามารถใช้ อิทธิพลกดดันให้ผู้ใต้บังคับบัญชาตัดสินใจใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการ ไปตามเจตจำนงของผู้บังคับบัญชาที่ออกมาในรูปของคำสั่งและคำแนะนำที่ได้กล่าวข้างต้น หากสั่งการแล้ว ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ปฏิบัติ ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจสั่งดำเนินการลงโทษทางวินัย หรือสั่งเคลื่อนตำแหน่ง ไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือน ไม่เลื่อนตำแหน่งหรือโยกย้ายตามที่กล่าวมาข้างต้นได้¹⁷⁴

ส่วนในด้านเนื้อหาในการควบคุมตรวจสอบระหว่างอำนาจบังคับบัญชากับอำนาจกำกับดูแลนั้น ไม่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ อำนาจบังคับบัญชาผู้ที่มีสามารถอำนาจควบคุมตรวจสอบทั้งเหนือการกระทำ และเหนือตัวบุคคลดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ส่วนอำนาจกำกับดูแลผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลสามารถควบคุมตรวจสอบทั้งเหนือการกระทำและเหนือตัวบุคคล ได้อีกเช่นกัน การกำกับ การกระทำการควบคุมตรวจสอบ จะเริ่มต้นเมื่อรอบกติกาดังกล่าวไว้ถูกละเมิด หมายความว่า เมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายขึ้น ผู้กำกับดูแลมีอำนาจยกเลิกเพิกถอนการกระทำนั้นได้ ส่วนการควบคุมตรวจสอบเหนือตัวบุคคลขององค์กรกระจายอำนาจ เป็นเรื่องการถอดถอนหรือสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเท่านั้น ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบในเชิงการเมืองเหนือตัวบุคคลอันเป็นลักษณะเฉพาะขององค์กรกระจายอำนาจทางปกครอง¹⁷⁵ ความแตกต่างดังกล่าวข้างต้น เนื่องจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้การบริหารราชการแผ่นดิน ล้วนอยู่ในการควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการกำหนดนโยบาย เพื่อให้ข้าราชการนำไปปฏิบัติ อำนาจความสะดวกและการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนตามกฎหมาย นโยบาย และคำสั่งของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชา

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ข้าราชการจะมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา แต่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หากข้าราชการจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในทุกกรณี แต่มีหลักว่าด้วยข้าราชการที่จะต้องไม่เคารพเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบ

¹⁷⁴ แหล่งเดิม, น. 56.

¹⁷⁵ สุรพล นิธิไกรพนธ์, *ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (tutelle)*, น. 82-83.

ด้วยกฎหมายได้รับการรองรับไว้ว่า “ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการ โดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดจันหรือหลีกเลี่ยง แต่ถ้าเห็นว่า การปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ จะต้องเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้น และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายินยอมให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิมผู้ได้อยู่ได้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม”¹⁷⁶ และในทางกลับกัน ผู้ได้บังคับบัญชาที่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แล้วใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองก็ควรถูกลงโทษตัวผู้ได้บังคับบัญชานั้นด้วยเช่นเดียวกัน นอกเหนือจากเพิกถอนตัวคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้าราชการที่ไม่เคารพเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นข้อยกเว้นของหลักอำนาจบังคับบัญชา จะต้องตีความอย่างแคบ ซึ่งจะต้องพิจารณาเห็นว่า คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชานั้น จะต้องมิชอบเขตที่แคบกว่า คำว่าคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองทั่วไป ซึ่งสามารถแบ่งได้หลายประเภท ดังนี้ ประเภทที่ 1 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ หรือคำสั่งทางปกครองความสมบูรณ์ถูกแขวงอยู่ ประเภทที่ 2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนได้ และเป็นคำสั่งที่อาจแก้ไขเยียวยากลับมาให้ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังได้ และประเภทที่ 3 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ที่ถือว่าไม่มีอยู่เลยหรือตกเป็นโมฆะ

เมื่อพิจารณาประเภทของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว เราก็สามารถที่จะทราบขอบเขตและความหมายของคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ได้บังคับบัญชาต้องห้ามมิให้ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นว่า คำสั่งนั้นจะต้องเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน หรือเห็นประจักษ์ที่มีสภาพร้ายแรง และจึงจะเข้าหลักเกณฑ์ที่ผู้ได้บังคับบัญชาต้องห้ามมิให้ปฏิบัติตาม แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ผู้ได้บังคับบัญชาเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่มีสภาพร้ายแรงหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น เป็นคำสั่งที่อาจถูกเพิกถอนได้ในภายหลัง ผู้ได้บังคับบัญชาจะยกเหตุมาอ้างว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นไม่ได้ หากผู้ได้บังคับบัญชาเห็นว่า คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ชอบจะปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ที่กล่าวข้างต้นกล่าวคือ ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ จะต้องเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้น และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายินยอมให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้ได้อยู่ได้

¹⁷⁶ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 82 (4)

บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม ถ้าผู้ใต้บังคับบัญชาที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม ก็จะมีคามผิดวินัยหรือผิดวินัยร้ายแรงได้แล้วแต่กรณี ฉะนั้น ขอบเขตของคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ต้องห้ามมิให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตาม จึงมีขอบเขตจำกัดเฉพาะคำสั่งที่มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงเท่านั้น ส่วนหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีสภาพร้ายแรงหรือไม่ อาจพิจารณาจากเหตุของการฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น การฝ่าฝืนกฎหมายที่เป็นความผิดทางอาญาหรือขัดต่อศีลธรรมอันดี หรือพิจารณาจากผลของการฝ่าฝืนกฎหมายก็ได้ เช่น ถ้าปฏิบัติตามคำสั่งก็จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ส่วนรวม เป็นต้น และถ้าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เช่น ขัดต่อศีลธรรมหรือฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามขั้นตอนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ในการงดเว้นไม่กระทำตามคำสั่งนั้น หลักการห้ามมิให้ข้าราชการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวข้างต้นได้รับการยอมรับโดยศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส และศาลปกครองไทย โดยศาลปกครองฝรั่งเศส (สภาแห่งรัฐ) วางหลักว่า ข้าราชการมีหน้าที่ที่จะเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชา แต่หากคำสั่งของผู้บังคับบัญชามีลักษณะเป็นคำสั่งที่เห็นได้ชัดว่าผิดกฎหมาย และเป็นคำสั่งที่กระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ หากเข้าองค์ประกอบทั้งสองประการ ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น¹⁷⁷

ส่วนศาลปกครองไทยได้วางหลักว่า เมื่อทราบว่าคำสั่งผู้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาอย่างชัดเจน ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องไม่ปฏิบัติตาม หากปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงดังกล่าว จึงเป็นความผิดวินัยร้ายแรงด้วยเป็นเหตุให้ถูกปลดออกหรือไล่ออกจากราชการได้ จะยกเอาข้ออ้างว่าปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชามายกเว้นความรับผิดชอบไม่ได้¹⁷⁸ ดังนั้นภายใต้หลักอำนาจบังคับบัญชา มีข้อยกเว้นว่า ผู้บังคับบัญชาจะต้องใช้อำนาจบังคับบัญชาภายใต้ความชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีสภาพร้ายแรง ผู้ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่จะต้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น กรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันมีสภาพร้ายแรงที่เห็นได้ชัด จะมีความผิดวินัยราชการ¹⁷⁹

¹⁷⁷ ศาลสภาแห่งรัฐ คำพิพากษาในคดี Langneur ลงวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 1944

¹⁷⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 548/2554

¹⁷⁹ ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, "หลักกฎหมายปกครองวันละเรื่อง," บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2561 , จาก

กล่าวโดยสรุป หลักการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นหลักที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบ การกระทำกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการทำคำสั่งทางปกครองโดยตรง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎร¹⁸⁰ เนื่องจากเป็นหลักการตามโครงสร้าง กลไกต่าง ๆ ของรัฐ และควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ ของเจ้าหน้าที่ ที่มีหลายลักษณะตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ประเภทนั้น ๆ มีการควบคุมตรวจสอบตัว เจ้าหน้าที่โดยผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น เช่น การลงโทษหรือการให้บำเหน็จรางวัลต่าง ๆ รวมถึง การควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการกระทำให้เกิดความเหมาะสมและถูกต้องตามกฎหมาย หาก การกระทำใดเห็นว่าไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือมีความไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชาตามสายงานที่ อยู่เหนือขึ้นไปมีอำนาจแนะนำ ตรวจสอบ แก้ไข การกระทำนั้น ได้ ซึ่งมีหลายลักษณะและมี ขอบเขตที่กว้างขวาง

2.4.6 หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice)

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เป็นหลักความยุติธรรมในลักษณะเป็นสากลไม่ เปลี่ยนแปลง ใช้ได้ต่อมนุษย์ทุกคนไม่มีขอบเขตจำกัด¹⁸¹ และใช้ในการควบคุมตรวจสอบฝ่าย ปกครองไม่ให้กระทำการตามอำเภอใจโดยเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่มีอคติ และต้องรับ ฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิในชั้นวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนจะ วินิจฉัย¹⁸² อันเป็นมาตรการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน และเป็นรากฐานให้เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองวินิจฉัยได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม ซึ่งใช้อุดช่องว่างของการควบคุมการใช้อำนาจของ เจ้าหน้าที่ ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงเนื้อหาของหลักการดังกล่าวไว้ อันทำให้เกิดความ ยืดหยุ่นตามสถานการณ์และตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หากคำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยใดขัดต่อ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย¹⁸³

¹⁸⁰ วิษณุ วรรณุญ, *องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ* (รายงานผลการวิจัย), (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุน การวิจัย, 2538), น. 8.

¹⁸¹ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, *หลักกฎหมายมหาชน*, น. 24.

¹⁸² T. C. Hartley and J. A. G. Griffith, *Government and Law*, 2nd ed (London: Weidenfeld and Nichoson, 1981), p.23.

¹⁸³ ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย, “หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย,” *วารสารนิติศาสตร์* 19 (4), (ธันวาคม 2532), น. 148-149.

2.4.6.1 ที่มาของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

ศาลยุติธรรมในประเทศอังกฤษนำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ มาใช้กับวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แม้ไม่มีบทบัญญัติที่ประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หรือมีบทบัญญัติของกฎหมายประกันสิทธิไว้ แต่ไม่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ในการออกคำวินิจฉัยที่กระทบสิทธิของประชาชนเป็นการอุดช่องว่างของกระบวนการวิธีพิจารณา¹⁸⁴ อันเป็นผลจาก Magna Carta¹⁸⁵ ที่คุ้มครองสิทธิประชาชนในด้านความยุติธรรมจากการใช้อำนาจของกษัตริย์ เนื่องจากสังคมมีกฎเกณฑ์ที่ถูกหรือผิดที่เป็นภาวะวิสัย ไม่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและสถานที่ มนุษย์สามารถที่จะค้นพบกฎเกณฑ์ที่ถูกหรือผิดนั้นได้ด้วยเหตุผล ดังนั้น บทบัญญัติใน Magna Carta จึงถูกนำมาใช้เป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเหนือการกระทำของกษัตริย์และข้าราชการบริพาล จากหลักการดังกล่าว ต่อมามีการออกกฎหมาย Due Process of Law ทำให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่ถูกต้อง และยุติธรรมในการวินิจฉัยที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน ซึ่งศาลยุติธรรมนำไปใช้เป็นวิธีพิจารณาในชั้นคอมมอนลอว์ กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีคำวินิจฉัยที่กระทบสิทธิในตำแหน่งราชการของบุคคล¹⁸⁶

2.4.6.2 ขอบเขตการบังคับใช้

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า คำวินิจฉัยใดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่กระทบสิทธิประโยชน์ของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น การให้บุคคลออกจากตำแหน่งทางราชการ หรือการกระทำใด ๆ ที่กระทบต่อทรัพย์สินของประชาชน รวมถึงการขอรับอนุญาตในการประกอบธุรกิจ การต่อใบอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต¹⁸⁷ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมได้ปรับใช้ในลักษณะยืดหยุ่นกับหน้าที่ในความหลากหลายของเจ้าหน้าที่

¹⁸⁴ S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, 3rd ed. (Great Britain: Penguin Book, 1983), p. 523.

¹⁸⁵ Article 39 Magna Carta “No free man shall be taken, imprisoned, outlawed, banished or in any way destroyed, nor will we proceed against or prosecute him, except by the lawful judgment of his peers and by the law of the land” ต่อมา มีการแก้ไขเป็น “None shall be condemned without Trial, also, that no man, of whatever estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor put to death, without being brought to answer by due process of law” (“ไม่มีใครจะสามารถจับกุมคุมขังประชาชนผู้มีเสรีภาพ จะจับได้ เนรเทศ ทำให้เขาเป็นพวกนอกกฎหมาย หรือจะเป็นปฏิปักษ์ต่อเขาอย่างไรก็ได้ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาคดีความตามกฎหมายของแผ่นดิน โดยการพิพากษาของผู้มีหน้าที่พิพากษาคดี”)

¹⁸⁶ H. W. R. Wade, *Constitutional Fundamentals* (London: Stevens & Sons, 1980), p. 63-64.

¹⁸⁷ T. C. Hartley and J. A. G. Griffith, *supra note 184*, p. 336.

ฝ่ายปกครอง และคำนึงถึงสถานการณ์ ซึ่งเป็นการบังคับใช้กับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงด้วย จนบางครั้งเรียกว่า หลักความเป็นธรรม แทนคำว่า ความยุติธรรมตามธรรมชาติ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความยืดหยุ่นในวิธีพิจารณา อย่างไรก็ตาม การนำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ มาใช้ในทุกกรณีย่อมไม่มีทางเป็นไปได้ หากมีกรณีที่ถูกเงิน กรณีผลประโยชน์ของรัฐมีความสำคัญกว่า หรือกรณีเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ อื่น เป็นต้น ก็ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ แต่เพียงเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น¹⁸⁸

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญไทยไม่ได้บัญญัติวิธีพิจารณามาใช้กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติโดยตรง ทำให้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติไม่ใช่กฎหมายทั่วไป แต่ได้ให้อำนาจฝ่ายผู้ตราออกกฎหมายลำดับรอง ในการประกันสิทธิตามหลักการดังกล่าวไว้ ทั้งกฎหมายปกครองเฉพาะในเรื่องการสอบสวน พิจารณา การดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการในสังกัด หรือการไต่สวนผู้ประกอบวิชาชีพและมารยาทวิชาชีพในการสั่งเพิกถอน พักใช้ใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพวิศวกร ซึ่งกฎหมายปกครองเฉพาะดังกล่าว เป็นการคุ้มครองในชั้นพิจารณาเพื่อสอบสวนหาข้อเท็จจริง เป็นต้น

2.4.6.3 เนื้อหาของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

การต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลหรือจากคู่ความสองฝ่าย ที่อาจจะถูกกระทบสิทธิจากคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และการที่ไม่มีบุคคลใดสามารถที่จะเป็นผู้วินิจฉัยในข้อพิพาทของตนเองได้ หรือการเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยจะต้องไม่มีอคติคือ สำระสำคัญในเนื้อหาของหลักการดังกล่าว¹⁸⁹ ซึ่งขยายความได้ ดังนี้

ประการแรก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองใด จะต้องให้คู่กรณีรู้ถึงข้อเท็จจริงหรือข้อกล่าวหาที่เป็นผลร้าย ตลอดจนคำปฏิเสธและคำแก้ไขข้อเท็จจริงนั้น เพราะเจ้าหน้าที่อาจรู้เหตุผล และรู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างไม่สมบูรณ์ หากเจ้าหน้าที่รู้ข้อเท็จจริงนั้น อาจวินิจฉัยไปในทิศทางที่ตรงกันข้ามก็ได้ บุคคลที่รู้ข้อเท็จจริงที่ดีที่สุด คือ บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิจากคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น การรับฟังข้อเท็จจริงย่อมเป็นรากฐานให้เจ้าหน้าที่มีคำวินิจฉัยที่ถูกต้องและเหมาะสม ประกอบกับเนื้อหาของหลักการนี้ ต้องการเคารพในศักดิ์ศรีและสิทธิของบุคคลแต่ละคนด้วย เพราะทุกคนมีเหตุผลในตัวเอง การให้โอกาสแสดงความคิดเห็น ย่อมทำให้สามารถเข้าใจเหตุผลของบุคคลได้ เหตุผลในที่นี้ย่อมใช้กับบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิ และเจ้าหน้าที่ที่จะมีคำวินิจฉัยด้วย เพราะเจ้าหน้าที่จะต้องให้เหตุผลในคำวินิจฉัย และเป็นหน้าที่ของ

¹⁸⁸ Ibid., p. 338.

¹⁸⁹ Satvinder Juss and Maurice Sunkin, *Landmark Cases in Public Law*, (North America: Hart Publishing, 2017), p. 12-15.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติอย่างน้อยสองประการ กล่าวคือ ต้องบอกกล่าวให้บุคคลที่กระทบสิทธิทราบถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นอย่างชัดเจนและเพียงพอ ถ้าผู้ที่ถูกกระทบสิทธิเป็นผู้ถูกกล่าวหา จะต้องทราบถึงข้อกล่าวหาที่เป็นผลร้ายนั้น เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยใช้เวลาอย่างเพียงพอ หากมีการฝ่าฝืนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะมีคำวินิจฉัยในประเด็นหรือในข้อเท็จจริงที่ไม่ได้บอกกล่าวไม่ได้¹⁹⁰ ในกรณีที่เป็นเรื่องร้ายแรงหรือเรื่องยุ่งยากซับซ้อน ก็ให้ผู้นั้นมีผู้แทนหรือทนายความได้เพราะเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพิ่มมากขึ้น เว้นแต่ กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนโดยไม่ต้องฟังข้อเท็จจริง การวินิจฉัยในเรื่องที่จะต้องกระทำโดยเร่งด่วนเพื่อรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขของประชาชน เช่น การทำลายสัตว์หรือพืชที่เป็นอันตรายต่อประชาชน หรือการกรณีที่เป็นกรณีฉุกเฉินอยู่ในขั้นตอนเตรียมการที่ไม่ก่อให้เกิดการกระทบสิทธิโดยตรง เช่น การแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเพื่อสอบสวนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นจริงหรือไม่¹⁹¹

ประการที่สอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะวินิจฉัยในประเด็นเรื่องนั้น ได้อย่างเป็นกลาง เนื่องจากมีอคติ กล่าวคือ มีส่วนได้เสียทางการเงินในผลของคำวินิจฉัย แม้จะมีส่วนได้เสียทางการเงินเพียงเล็กน้อยก็ตาม เฉพาะส่วนได้เสียทางการเงินที่อาจก่อให้เกิดอคติเท่านั้น โดยไม่พิจารณาว่า ก่อให้เกิดอคติจริง ๆ หรือไม่ก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีส่วนได้เสียทางการเงิน แต่มีสถานการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้การวินิจฉัยอาจมีอคติ เช่น ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการวินิจฉัย ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับประเด็นที่จะวินิจฉัย และการมีความคิดเห็นล่วงหน้าต่อประเด็นที่จะวินิจฉัยนั้นว่าจะวินิจฉัยอย่างไร สถานการณ์เหล่านี้ อาจจะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ขัดแย้งกัน หรือหน้าที่ที่ไปด้วยกัน ไม่ได้ เช่น ความเป็นญาติพี่น้อง เป็นศัตรู เป็นหุ้นส่วนทางธุรกิจ เป็นนายจ้างลูกจ้าง หรือเคยวินิจฉัยในประเด็นนั้นมาแล้ว ตลอดจนความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใด ที่อาจทำให้เกิดความลำเอียง เช่น เคยร้องเรียนหรือกล่าวหาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้จะวินิจฉัย ซึ่งสถานการณ์ที่ทำให้เจ้าหน้าที่อาจเกิดอคติกรณีนี้อยู่ในขอบเขตที่กว้างหลายสถานการณ์ ซึ่งพิจารณาจากตัวเจ้าหน้าที่ว่า มีเหตุอาจทำให้การวินิจฉัยมีอคติไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นสำคัญ¹⁹²

ดังนั้น เนื้อหาของหลักการดังกล่าวทั้งสองประการจะต้องนำมาใช้บังคับพร้อม ๆ กัน ซึ่งในการควบคุมตรวจสอบความมีอคติ ไม่ต้องการว่า ความอคติจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ เพียงแต่อาจ

¹⁹⁰ H. W. R. Wade, *supra* note 188, p. 480.

¹⁹¹ D. Foulkes, *Administrative Law*, 5th ed. (London: Butterworths, 1982), p. 238.

¹⁹² H. Whitmore, *Principles of Australian Administrative Law*, 5th ed. (Sydney: The Law Book

อคติที่เพียงพอแล้ว แม้จะมีเพียงเล็กน้อยก็ตาม หลักในการควบคุมตรวจสอบความมีอคติ อาจพิจารณาจากสถานการณ์นั้น ๆ ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลพิจารณาว่า อาจเกิดอคติจริง ๆ หรือไม่ กับพิจารณาจากความสงสัยของวิญญูชนว่า อาจเกิดอคติเกิดขึ้นจริงหรือไม่¹⁹³ เห็นว่า การตรวจสอบอคติใช้หลักตรวจสอบเพียงแค่เรื่องใดเรื่องหนึ่ง แม้หลักการตรวจสอบดังกล่าวจะแตกต่างกันก็ตาม แต่ทั้งสองหลักต่างก็ให้ข้อสรุปที่เหมือนกัน

ส่วนประเทศไทยคงได้กล่าวแล้วว่า ไม่ได้บัญญัติเนื้อหาตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง ทำให้หลักการดังกล่าวไม่ได้เป็นหลักการทั่วไปอย่างประเทศอังกฤษ แต่ได้ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายแม่บท และฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรอง ทั้งกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องและกฎหมายปกครองทั่วไป โดยกฎหมายปกครองทั่วไป ได้บัญญัติกฎหมายสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติดังกล่าวข้างต้นไว้หลายประการ เช่น สิทธิในการป้องกันตนเองในการได้รับการแจ้งผลกระทบสิทธิและสิทธิได้รับทราบข้อเท็จจริงโดยฟังความสองฝ่าย ในกรณีฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองทางปกครองที่กระทบสิทธิปัจเจกชน เจ้าหน้าที่ต้องไม่มีส่วนได้เสียหรือมีความเป็นกลาง¹⁹⁴ ที่นำไปใช้ในทุกรื่อง แต่หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นเช่นเดียวกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น เป็นความจำเป็นเร่งด่วน จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่เอกชนคนหนึ่งคนใด หรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีผลทำให้ระยะเวลาที่กำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป หรือมีสภาพที่เห็นได้ชัดว่า การให้ออกสทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานไม่อาจกระทำได้ หรือข้อเท็จจริงที่คู่กรณีผู้มาขอได้ให้ไว้ครบถ้วนแล้ว หรือเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง¹⁹⁵ แต่ข้อยกเว้นดังกล่าว เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนน้อยกว่าหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เนื่องจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมีข้อยกเว้น ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักดังกล่าวน้อยกว่าตามที่กล่าวข้างต้น

ส่วนพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะก็ได้บัญญัติเนื้อหาในการบังคับใช้แคบกว่าหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่เป็นหลักความยุติธรรมทั่วไป เพราะการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาและวินิจฉัยขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติไม่ได้มีผลเป็นการกระทำที่เกินอำนาจ แต่มีผลผูกพันและสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะมีการเพิกถอน หรือแม้จะขัดต่อความยุติธรรมตามธรรมชาติก็ตาม หากไม่มีการเพิกถอนก็จะมีผลผูกพันผู้นั้นตลอดไป ดังนั้น การรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลจะต้องฟังแค่ไหนเพียงใด มิใช่แค่ฟังตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติให้ครบขั้นตอน เพียงแต่ครบพิธีการในการรับฟังอย่างเดียวยกถือว่าเป็นการ

¹⁹³ D. Foulkes, *supra note 193*, p. 431.

¹⁹⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13

¹⁹⁵ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 30

เพียงพอแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องฟังข้อเท็จจริงหรือข้อโต้แย้งจากผู้ที่ได้รับผลกระทบ สิทธิไม่ว่าปัญหาข้อกฎหมาย หรือความเห็นที่แตกต่างจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการสืบหา ข้อเท็จจริงโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาให้เกิดความรอบคอบรอบด้านก่อนที่จะออก คำสั่งทางปกครองด้วย อันจะก่อให้เกิดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมีบทบาทในการสร้าง ความยุติธรรมให้เกิดขึ้นจริงได้อย่างถูกต้องต่อไป

ดังนั้น การนำหลักยุติธรรมตามธรรมชาติมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองของ เจ้าหน้าที่ นอกจากจะเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังเป็นการคุ้มครอง สิทธิของประชาชนในทางปกครองได้ดีอีกด้วย

2.4.6.4 ข้อยกเว้นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

สถานการณ์รับคว้นเพื่อรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของสาธารณชน เช่น มี โรคระบาด มีเหตุภัยอันตรายต่าง ๆ หรือการวินิจฉัยในชั้นเตรียมที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิ เช่น การดำเนินการสอบสวน การแต่งตั้งผู้สอบสวน ย่อมเป็นข้อยกเว้นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เพราะในการวินิจฉัยในชั้นเตรียมเป็นเพียงคำวินิจฉัยว่า มีมูลพอที่จะสอบสวนหรือไม่ หากมี การสอบสวนบุคคลก็มีโอกาสทราบข้อกล่าวหา และพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา และมี โอกาสทราบข้อเท็จจริงในการพิจารณาที่เกิดขึ้นในภายหลัง¹⁹⁶ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมี อกติมีความจำเป็น หรือกรณีที่บุคคลจะถูกกระทบสิทธิสละสิทธิในการคัดค้าน แต่ต้องรู้ข้อเท็จจริง ที่ทำให้มีสิทธิคัดค้าน และปล่อยให้มีการพิจารณาต่อไปโดยไม่ใช้สิทธิ หรือกรณีที่กฎหมายบัญญัติ อย่างชัดเจน ไม่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงหรือให้เจ้าหน้าที่ที่มีอคตินั้นวินิจฉัยต่อไปได้ เพราะการบังคับ ใช้หลักการนี้โดยเคร่งครัด จะเป็นอุปสรรคต่อการบริหารให้เป็นไปตามกฎหมาย¹⁹⁷

จากข้อยกเว้นที่กล่าวมาข้างต้นเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิในการคุ้มครองของประชาชน โดยอาศัยเหตุผลหลายประการ ไม่ว่าเพราะกฎหมายบัญญัติไว้หรือกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้แต่มี เหตุจำเป็นต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติงานไม่ก่อให้เกิดปัญหาอุปสรรคต่อการ บริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีข้อยกเว้นที่ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้อง ปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติแล้ว หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติอย่างไรก็ได้ ในการวินิจฉัยประเด็นเรื่องนั้น ในการตีความข้อยกเว้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัด หาก

¹⁹⁶ S. A. de Smith, *supra note 186*, p. 571., D. Foulkes, *supra note 193*, p. 238., H.W.R. and Wade, *supra note 188*, p. 222.

¹⁹⁷ T. C. Hartley and J. A. G. Griffith, *supra note 184*, p. 575., C.T. Emery and Stythe, B. Smythe, *Judicial Review : Legal Limits of Official Power*, (UK: Sweet & Maxwell, 1986), p. 428-429. And P.P. Craig, *Administrative Law* (London: Sweet & Maxwell, 1983), p. 298.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีปัญหาอุปสรรคใด ๆ ต่อการบริหารให้เป็นไปตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ที่จะต้องคำนึงถึงและปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเสมอ โดยยิ่งถ้าเป็นข้อยกเว้น ในกรณีที่มีการไม่มีการใช้สิทธิเรียกร้องแม้การพิจารณาของเจ้าหน้าที่จะมีเหตุขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติก็ตาม เจ้าหน้าที่ก็ยิ่งจะต้องปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวเสมอ แม้ผู้จะถูกกระทบสิทธิอิสระสิทธิดังกล่าวก็ตาม เพื่อให้เจ้าหน้าที่มีคำวินิจฉัยในแต่ละเรื่องมีข้อมูลที่ถูกต้องเพียงพอ เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอย่างแท้จริง

2.4.6.5 ผลของการวินิจฉัยตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

คำวินิจฉัยใดก็ตามที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เป็นคำวินิจฉัยโดยไม่มีอำนาจ¹⁹⁸ และมีผลเป็น โฆษะ แต่เฉพาะมีการขอให้ศาลวินิจฉัย¹⁹⁹ หากไม่มีการฟ้องให้ศาลวินิจฉัยถือว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลผูกพันตลอดไป²⁰⁰ แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นแตกต่างออกไปว่าคำวินิจฉัยที่ขัดต่อความยุติธรรมตามธรรมชาติไม่ได้เป็น โฆษะ แต่เป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะแม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติก็มีผลผูกพันอยู่จนกว่าศาลจะได้วินิจฉัย²⁰¹ เห็นว่า คำวินิจฉัยใดที่ขัดต่อความยุติธรรมตามธรรมชาติมีผลเป็น โฆษะนั้น ไม่น่าจะถูกต้อง เพราะหากมีผลเป็น โฆษะ บุคคลใด ๆ จะกล่าวอ้างได้เสมอตั้งแต่วินิจฉัยคดีที่มีเหตุดังกล่าวซึ่งได้กล่าวแล้วในเรื่องผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่เคยเกิดขึ้นเลย แต่ในความเป็นจริงความเป็น โฆษะต้องเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาลเท่านั้นระหว่างที่ศาลยังไม่ได้วินิจฉัย หมายความว่า คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองยังผูกพันอยู่ซึ่งตรงกับผลเป็น โฆษะในทางแพ่งมากกว่า กล่าวคือ มีผลสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอน และสอดคล้องในทางเนื้อหาที่ต้องการความยืดหยุ่น ตลอดจนลดปัญหาความยุ่งยากจากผลของคำวินิจฉัยนั้น อีกทั้ง หากให้ คำวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็น โฆษะ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจแก้ไขข้อบกพร่องนั้นได้ด้วยวิธีการแก้ไขเยียวยาโดยการพิจารณาและวินิจฉัยใหม่ อันเป็นจุดมุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยนั้นได้โดยไม่ต้องให้ศาลแก้ไขเยียวยา เพราะประเทศอังกฤษกำหนดให้มีการแก้ไขคำวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้ ก่อนถูกอุทธรณ์ไปยังองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ดังนั้น จึงสมควรให้คำวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามชาติ เป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีผลสมบูรณ์จนกว่า มีการแก้ไข หรือถูกเพิกถอนมากกว่า

¹⁹⁸ H. W. R. and Wade, supra note 188, p. 222.

¹⁹⁹ Ibid. p. 222.

²⁰⁰ D. Foulkes, supra note 193, p. 252.

²⁰¹ H. Whitmore, supra note 194, p. 113.

กล่าวโดยสรุป หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ใช้ควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการวินิจฉัยเรื่องใดเจ้าหน้าที่จะต้องปราศจากความอคติใด ๆ และการกระทำใด ๆ เจ้าหน้าที่จะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้ได้รับผลกระทบก่อน หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ขัดต่อหลักดังกล่าว ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจ หรือเกินอำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลเท่านั้นที่จะพิพากษาให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการอ้างความยุติธรรมตามธรรมชาติอยู่เหนือตัวบทกฎหมาย เพราะเกินความสามารถของผู้ตรากฎหมายจะบัญญัติกฎหมายครอบคลุมได้ถึงหรือเกิดจากตัวบทกฎหมายนั้นเองบกพร่อง หรือไม่ป็นธรรม การตีความกฎหมายตามตัวบทอย่างเคร่งครัด จึงยังไม่เพียงพอต่อเหตุผลเบื้องหลังหรือเจตนารมณ์เบื้องหลัง อันเป็นปรัชญาของกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติของประเทศอังกฤษ เป็นหลักกฎหมายวิधिพิจารณาในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเรียกร่องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอคติ และต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิก่อนการวินิจฉัย เพื่อควบคุมไม่ให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนตามอำเภอใจ ใช้ดุลยพินิจของกฎหมายที่บัญญัติขึ้น โดยไม่ได้บัญญัติประกันสิทธิในชั้นพิจารณาไว้ ยกเว้นแต่ในกรณีที่มีสถานการณ์ที่ทำให้ไม่อาจปฏิบัติได้

2.4.7 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

เป็นหลักการที่ให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ผูกพันต่อกฎหมาย²⁰² ถือเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ โดยมีเงื่อนไขว่า การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น เฉพาะที่กระทบต่อสิทธิของประชาชนหรือจำกัดสิทธิของประชาชน หากการกระทำใดของฝ่ายปกครองไม่มีผลร้ายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว เช่น การให้ความช่วยเหลือประชาชนด้านต่าง ๆ การให้เงินอุดหนุนแก่องค์กรเอกชนต่าง ๆ ฝ่ายปกครอง ก็ไม่จำเป็นต้องผูกพันต่อหลักการดังกล่าวที่จะต้องปฏิบัติ เพียงแต่ละเว้นไม่กระทำการที่ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่เท่านั้น²⁰³ ดังได้กล่าวแล้วว่า คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครอง และเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ในการศึกษาหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง มีความจำเป็นต้องศึกษาทำความเข้าใจ ความหมายของกฎหมายในทางปกครองเสียก่อนเป็นเบื้องต้น เพราะหากไม่มีความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายในทางปกครอง ก็จะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไม่ได้เช่นกัน

²⁰² ขวัญชัย สันตสว่าง, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*, 94.

²⁰³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก., *เล่มเดิม*, น. 21.

2.4.7.1 ความหมายของกฎหมายในทางปกครอง

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชน หรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชน จะได้แก่ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งมีศักดิ์ระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ ส่วนกฎหมายที่จำกัดอำนาจ หรือควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง นอกจากจะหมายถึงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ยังมีรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายทั่วไป ที่ศาลปกครองนำมาปรับใช้และวินิจฉัยคดีในแต่ละคดีด้วย และหากเป็นการกระทำในการวินิจฉัยเรื่องที่มีผลกับราษฎรเป็นการเฉพาะตัว โดยอาศัยเครื่องมือออกคำสั่งทางปกครอง นอกจากกฎหมายที่ควบคุมหรือจำกัดอำนาจดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังรวมถึงกฎหมายลำดับรอง คือ กฎต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย²⁰⁴ ดังนั้น กฎหมายในที่นี้หมายถึง กฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง²⁰⁵ ซึ่งได้วางระเบียบการดำเนินงานของฝ่ายปกครองไว้ล่วงหน้าให้ต้องปฏิบัติตาม และไม่อาจดำเนินการนอกเหนือจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ได้ เพื่อป้องกันฝ่ายปกครองล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันขัดต่อหลักนิติรัฐ²⁰⁶ แต่อย่างไรก็ตามเห็นว่า กฎหมายเองจะต้องบัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดว่า ในสถานการณ์ใด องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจึงจะมีอำนาจบังคับให้ราษฎรกระทำการ หรือละเว้นไม่กระทำการอย่างไร และในทำนองเดียวกัน จะต้องบัญญัติชัดแจ้งว่า ในสถานการณ์ใดราษฎรจึงจะมีสิทธิเรียกร้องจากองค์การรัฐฝ่ายปกครองด้วย

ที่มาของกฎหมายของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป มาจากกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ส่วนกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร คือ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ซึ่งในทางปกครองถือว่า เป็นกฎอันเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง ที่ศาลปกครองใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายด้วย ไม่ว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ ระเบียบต่าง ๆ จึงอยู่ในความหมายของคำว่า กฎหมายในทางปกครองทั้งสิ้น ดังนั้น ตามหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายจึงหมายถึงทั้งกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจมาจากกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติไว้วางใจหรือมอบหมายให้ตราขึ้น แต่ยังมีกฎเกณฑ์อีกประเภทหนึ่ง ที่ไม่ได้มีที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารแล้วแต่กรณีตามที่กล่าวข้างต้น แต่ทุกคนต้องเคารพและปฏิบัติตามคือกฎเกณฑ์ที่คณะปฏิวัติจัดให้มีขึ้น

²⁰⁴ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), น. 25-36.

²⁰⁵ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 12.

²⁰⁶ ประยูร กาญจนกุล, *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*, น. 62.

รวมทั้งกฎหมายซึ่งมีที่มาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์ลดหลั่นเหล่านี้นี้รวมกันเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย²⁰⁷ ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกับกฎหมายที่เป็นหลักในฐานะกฎหมายทั่วไป อันมีลักษณะครอบคลุมและใช้กับกฎหมายทุกประเภท ส่วนการแบ่งประเภทกฎหมายปกครองภายใน อาจแบ่งได้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายโดยแท้ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งกำหนดความประพฤติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ เพื่อเกิดผลตามสิทธิที่กฎหมายรับรองไว้ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ และกฎหมายที่บัญญัติวิธีการ ขั้นตอนให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้เกิดผลในสิทธิตามที่กฎหมายโดยแท้บัญญัติไว้ ถือเป็นกฎหมายปกครองภายในที่กระทบต่อความชอบของฝ่ายปกครองเช่นกัน

เห็นว่า กฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ต้องเป็นกฎหมายที่องค์กรเหล่านี้จัดทำขึ้นเท่านั้น กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ส่วนท้องถิ่น ได้ตราขึ้นตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ข้อบังคับกระทรวง ระเบียบกระทรวง และข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย ตลอดจนประกาศของคณะปฏิวัติที่มีผลบังคับใช้อยู่ด้วย แต่กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง นอกจากเป็นกฎหมายดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองค้นหา และยืนยันในการพิพากษาคดีอันเป็นบรรทัดฐาน ที่สร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแต่ละคดีอีกด้วย²⁰⁸ เช่น หลักคำสั่งทางปกครองที่ขาดความชัดเจนเพียงพอ ที่จะทำให้นักคณสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า หลักคำสั่งทางปกครองต้องสอดคล้องกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หลักความสุจริตในการทำคำสั่งทางปกครอง²⁰⁹ เป็นต้น และหลักอื่น ๆ ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อหลักกฎหมายทั่วไป

กล่าวโดยสรุป หลักความชอบด้วยกฎหมายแม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังมีความเข้าใจว่ากฎหมายคือ กฎเกณฑ์เฉพาะในฉบับนั้น ๆ ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่จากการศึกษาตามที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น คำว่ากฎหมาย นอกจากหมายถึงรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่มีค่าระดับพระราชบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ยังรวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารด้วย คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ

²⁰⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ที่มาและนิติวิธี, 275-287.

²⁰⁸ ของ-ปีแอร์ เตรง, หลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ, วารสารวิชาการศาลปกครอง 6 (1), (มกราคม - เมษายน 2549), 82.

²⁰⁹ Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, (German Springer: Verlag Berlin Heidelberg, 1985), pp. 153-154.

ประกาศต่าง ๆ ซึ่งฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองเอง จะต้องตีความกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง เพราะหากตีความอย่างจำกัด อาจทำให้การควบคุมตรวจสอบโดยเฉพาะศาลปกครองไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองได้

2.4.7.2 รากฐานความคิดและที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องมาจากความเชื่อในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ว่า กษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์ เป็นผู้สร้างกฎเกณฑ์บังคับเฉพาะราษฎร กษัตริย์จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายใด ต่อมา เมื่อมีการยอมรับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย จึงเปลี่ยนแนวคิดในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อประชาชน ทั้งตัวผู้ปกครองและตัวใช้อำนาจฝ่ายปกครอง ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย ในการรวมกฎเกณฑ์ทั้งหมด ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่เพียงแต่พระราชบัญญัติเท่านั้น ซึ่งได้รับการยอมรับในวงการนิติศาสตร์ สาธารณรัฐฝรั่งเศสขณะนั้น รากฐานความคิดนี้สามารถใช้บังคับกับการกระทำทุกประเภท ไม่เฉพาะคำสั่งทางปกครองเท่านั้น รวมถึงการกระทำนิติกรรมทางนิติบัญญัติ หรือนิติกรรมที่กระทำทางตุลาการ ซึ่งแตกต่างโดยสิ้นเชิงกับประเทศอังกฤษ ที่ไม่มีองค์กรใดสามารถจะควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาได้ เพราะถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐอธิปัตย์ ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ การควบคุมตรวจสอบมีเพียงควบคุมทางการเมือง ไม่ใช่กฎหมาย คือ มีผลต่อการเลือกตั้งครั้งถัดไป หรือเพียงการคือแ่งของประชาชน²¹⁰ ในปัจจุบันหลักความชอบด้วยกฎหมาย ยังขยายเป็นหลักสากลที่ใช้ในระหว่างประเทศด้วย²¹¹ ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นฐานของฝ่ายปกครองเสมอ หมายความว่า เมื่อฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ ฝ่ายปกครองจะต้องถามตนเองเสมอว่า มีกฎหมายฉบับใด มาตราใดให้อำนาจกระทำเช่นนั้นหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองจะต้องละความตั้งใจที่จะกระทำเช่นนั้น²¹² เมื่อมีกฎหมายฉบับใด มาตราใดให้อำนาจกระทำเช่นนั้นแล้ว การใช้กฎหมายต้องสอดคล้องกับกระทำนั้นด้วย คือ ถูกต้องตามสาระของกฎหมายซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป ความถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมดนี้ จะต้องถูกต้อง ในขณะที่ฝ่ายปกครองสั่งการในทางปกครองนั้น หากมีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นภายหลัง ความเปลี่ยนแปลงนั้นก็จะไม่กระทบถึงความถูกต้องตามกฎหมายของคำสั่งในทางปกครองนั้นอีกต่อไป

²¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*, 64-65.

²¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *ที่มาและนิติวิธี เล่ม 3*, 278.

²¹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*, 24-25.

2.4.7.3 สารสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ดังได้กล่าวแล้วว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายต้องนำมาใช้หรือผูกพันทุกองค์กร และเมื่อนำหลักความชอบด้วยกฎหมายมาใช้บังคับกับองค์กรแล้ว องค์กรที่มีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ว่าจะองค์กรผู้บังคับบัญชา หรือองค์กรที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะ หรือองค์กรศาลปกครอง ก็มีหน้าที่ผูกพันต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน สำหรับองค์กรศาลปกครองมีผลทำให้ฝ่ายตุลาการต้องผูกพันต่อผู้เกี่ยวข้องกับคดีตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ส่วนภายในองค์กรฝ่ายตุลาการด้วยกันเอง ก็ยังมีความผูกพันในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเป็นลำดับขั้นผ่านศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด สำหรับองค์กรนิติบัญญัติมีความผูกพันต่อบัญญัติกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน ยิ่งองค์กรผู้ใช้กฎหมายยิ่งจะต้องผูกพันต่อกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น โดยต้องใช้วิจรรณญาณในการแสวงหาคำตอบที่ถูกต้องให้ได้ ในกรณีที่กฎหมายมีความหมายหลายนัย นัยที่ถูกต้องของถ้อยคำได้แก่ นัยที่สอดคล้องที่สุดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ซึ่งถ้อยคำที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายใช้แต่ละคำมีความหมายอย่างไร จะต้องมีการตอบถูกต้องเพียงคำตอบเดียวเท่านั้น ไม่อาจนำจุดมุ่งหมายของผู้ตรากฎหมายมาตีความให้แตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ ซึ่งได้กล่าวแล้วในหัวข้อนิติวิธีในการตีความกฎหมายมหาชน เพราะเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายใช้บังคับแล้ว กฎหมายย่อมมีเจตนารมณ์ของตัวเองแตกต่างหากจากความประสงค์ของผู้ที่ตรากฎหมาย เพราะความประสงค์ของผู้มีอำนาจตรากฎหมายไม่ได้มีคำบังคับภายในตัวเอง ดังนั้น ผู้ใช้กฎหมายคือผู้มีอำนาจตามกฎหมายนั้น ได้มีการใช้อำนาจนั้นชอบตามที่ผู้ตรากฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ องค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบย่อมมีอำนาจตีความโดยอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมายตามที่กล่าวข้างต้น²¹³

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางปกครองนั้นประกอบด้วย ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจประการหนึ่ง กับการกระทำต้องไม่ขัดต่อกฎหมายประการหนึ่ง²¹⁴

ประการแรก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” หมายถึง คำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับเสมอ กฎหมายดังกล่าวเป็นอย่างไรนั้น ได้กล่าวแล้วในหัวข้อกฎหมายของฝ่ายปกครอง ในทางกลับกันหากคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับ ย่อมเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ การกระทำโดยไม่มีอำนาจดังกล่าวอาจเกิดจากกฎหมายไม่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำกิจการนั้น หรือกฎหมายไม่ให้ใช้อำนาจนอกเขตพื้นที่

²¹³ แหล่งเดิม, น. 114.

²¹⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก., เล่มเดิม, น. 20.

หลักการดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องร้ายแรงมาก ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเสมือนไม่มีการกระทำใด ๆ เกิดขึ้นเลย

ประการที่สอง การกระทำ“ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” เมื่อมีกฎหมายฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจตามกฎหมายนั้น ในการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่ได้หมายความว่า จะต้องอาศัยกฎหมายฉบับใด มาตราใดให้อำนาจเท่านั้น แต่หมายถึง การใช้อำนาจต้องถูกต้องตามเนื้อความในกฎหมาย คือ ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายนั้นด้วย จึงถือว่าชอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ หน้าที่นี้หมายถึง หน้าที่จะต้องเลือกปฏิบัติกับหน้าที่ไม่กระทำเพราะกฎหมายห้าม²¹⁵ ยกตัวอย่างเช่น การเลื่อนบำเหน็จความดีความชอบให้แก่ข้าราชการประจำปี ผู้มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง โดยให้สิทธิแก่ข้าราชการเสนอผลงาน รับฟังข้อเท็จจริง แล้วจะต้องเลือกว่า จะให้บำเหน็จความชอบแก่ข้าราชการคนนั้นหรือไม่ หากข้าราชการปฏิบัติหน้าที่เข้าเงื่อนไขหลักเกณฑ์แล้ว ก็ต้องให้บำเหน็จความชอบ ถ้าการปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ก็ต้องห้ามตามกฎหมายไม่ให้บำเหน็จความดีความชอบประจำปีแก่ข้าราชการรายนั้น²¹⁶ เห็นว่า จากตัวอย่างข้างต้น หลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว หมายถึง การปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ขัดต่อกฎหมายนั่นเอง ทั้งการเลือกให้ปฏิบัติและห้ามมิให้ปฏิบัติ โดยบังคับให้ฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองให้ขัดต่อกฎเกณฑ์ทั้งปวง ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นความเหมาะสม กล่าวคือ หากการใช้อำนาจเลขความเหมาะสมไปแม้เพียงเล็กน้อย ก็เรียกว่า ตามอำเภอใจแล้ว ซึ่งเลขชอบเขตความชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น แม้บางกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ได้เอง เจ้าหน้าที่นั้นก็ต้องเคารพกฎเกณฑ์นั้น จนกว่าตนเองจะได้แก้ไข ยกเลิกหรือเพิกถอน หากมีการใช้อำนาจโดยไม่เป็นไปตามที่ได้กล่าวข้างต้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นขณะอยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจแก้ไข เที่ยวยาได้เองและหากความไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะแก้ไข เที่ยวยา ในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้อีกเช่นกัน²¹⁷

จากที่กล่าวข้างต้นเห็นว่า คำสั่งทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการอยู่ในกรอบเนื้อความของกฎหมาย แต่หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ จะบังคับเอาจากตัวกฎหมายเสมอว่ามีกฎหมายอยู่หรือไม่ ดังได้กล่าวแล้วว่า คำสั่งทางปกครองเป็น

²¹⁵ ขวัญชัย สันตสว่าง, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*, น. 98.

²¹⁶ กฎ ก.พ. ว่าด้วยการเลื่อนเงินเดือน พ.ศ. 2552 ข้อ 4, 7, 8, 9

²¹⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9

เครื่องมือของการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ความชอบนี้อาจมาจากความชอบด้วยเนื้อหา รูปแบบตาม กฎหมายปกครองเฉพาะ หรือตามกฎหมายปกครองทั่วไปก็ได้ อย่างไรก็ตาม หากว่าฝ่ายปกครอง จะต้องใช้หลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมาย มาใช้กับการกระทำทางปกครองทุกกรณีไม่ หากการกระทำทางปกครองใดเป็นเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมในวงกว้าง หรือเกิดความไม่สงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ก็ยกเว้นการใช้หลักดังกล่าวได้ ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อข้อยกเว้นของ หลักความชอบด้วยกฎหมาย

2.4.7.4 ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย²¹⁸

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยทั่วไปเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ทั้งสิ้น²¹⁹ แต่เพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองในการต้องการความ อิสระบางอย่าง เพื่อดำเนินกิจกรรมทางปกครองให้เหมาะสมกับสถานการณ์ จึงจำเป็นต้องผ่อนผัน ให้เป็นข้อยกเว้น เพื่อมิให้มีผลกระทบประโยชน์แก่ประชาชน เช่น การกระทำของรัฐบาลโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการวางนโยบายในการบริหารประเทศ การแต่งตั้งรัฐมนตรี การสถาปนาความสัมพันธ์ ทางการทูต เป็นต้น แต่ต้องสร้างหลักประกันให้กับประชาชนด้วยว่า ฝ่ายปกครองจะไม่กระทำการ ใด ๆ เกินเลยไปกว่าเกณฑ์ของกฎหมาย ข้อยกเว้นดังกล่าว จึงมีผลเท่ากับว่า ศาลไม่สามารถควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐบาลได้ ซึ่งเป็นช่องว่างให้การกระทำของ รัฐบาลใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐบาลซึ่งมาจากวิถีทางการเมืองย่อมจะต้องถูก ตรวจสอบจากองค์กรอื่น ๆ ตามกระบวนการรัฐธรรมนูญได้อยู่แล้ว และในบางกรณีที่มีสถานการณ์ ที่ต้องพักใช้กฎหมายธรรมดา อันจำเป็นในการรักษาความเป็นเอกราชของชาติ ความมั่นคงและ ความสงบเรียบร้อย กฎหมายจึงยอมรับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการใช้อำนาจไปได้ตามความจำเป็น ของสถานการณ์ โดยไม่ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเคร่งครัดนัก เพราะอยู่ใน สถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ยามไม่ปกติคับขัน เช่น ห้ามออกจากบ้านพักอาศัยในยามวิกาล ในกรณีมีการชุมนุม หรือมีโรคติดต่อที่ร้ายแรง หรือเกณฑ์คน หรือเรียกทรัพย์สินต่าง ๆ จากบุคคล ในยามสงคราม เป็นต้น แต่หากจะกระทำโดยอาศัยข้อยกเว้นดังกล่าว จะต้องพิจารณาก่อนว่าเกิด หรือมีสถานการณ์เช่นนั้นหรือไม่ ฝ่ายปกครองได้กระทำการในขณะที่มีสถานการณ์และอยู่ใน

²¹⁸ จิรนิติ หะวานนท์, *คำอธิบายกฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7), (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), น. 79-80. และขวัญชัย สันตสว่าง, *กฎหมายปกครอง เปรียบเทียบ*, น. 128-131.

²¹⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก., *เล่มเดิม*, น. 27.

สถานที่นั้นหรือไม่ ประการสุดท้ายจำเป็นและสมควรต้องกระทำในสถานการณ์นั้นเพียงใด และได้ สัดส่วนกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นหรือไม่ เพียงใด

กล่าวโดยสรุป หลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวข้างต้นจึงมีความสำคัญยิ่งในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ทั้งยังเป็นประโยชน์ในการนำหลักความชอบด้วยกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองว่ามีอำนาจหรือไม่ มีการใช้อำนาจอยู่ในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ เมื่อนำหลักความชอบด้วยกฎหมายมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนรักษาสติและเสรีภาพของตน หากเห็นว่าฝ่ายปกครองมีการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสามารถร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง หรืออุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือฟ้องฝ่ายปกครองต่อศาลปกครอง อันนำไปสู่การแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการรักษาความชอบด้วยกฎหมายและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยศาลปกครอง

2.4.8 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

สังคมใดไม่มีการแยกอำนาจโดยแท้จริง และไม่มีหลักประกันสิทธิโดยแท้จริง สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญการปกครอง²²⁰ ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมี เพราะการปกครองไม่สามารถให้ราษฎรเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเองได้ทั้งหมด ราษฎรจะต้องใช้โดยผ่านผู้แทนตามองค์กรที่มีการแบ่งแยกนั้น โดยสมมุติเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ ในฐานะเป็นผู้แทนราษฎรให้แก่องค์กรแยกใช้อำนาจ ผลที่ตามมา “หากอำนาจองค์กรนิติบัญญัติถูกลดรวมเข้ากับอำนาจองค์กรบริหาร ในบุคคลคนเดียวหรือในคณะผู้บริหารกลุ่มเดียวกัน เสรีภาพของราษฎรย่อมไม่อาจมีได้ ถ้าอำนาจในการพิพากษาถูกลดรวมไปกับอำนาจองค์กรนิติบัญญัติ อำนาจบังคับเหนือชีวิตและเสรีภาพของราษฎรย่อมถูกใช้ตามอำเภอใจ เพราะผู้พิพากษาจะกลายเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย หรือหากอำนาจตุลาการถูกนำไปรวมกับอำนาจองค์กรบริหาร ผู้พิพากษาก็จะมีกำลังของผู้กดขี่”²²¹ กล่าวคือ หากให้อำนาจทางการปกครองมารวมอยู่ในตัวบุคคลเดียวกัน หรือองค์กรเดียวกันแล้ว เสรีภาพของราษฎรจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่ห่วงเกรงว่าบุคคลหรือองค์กรใช้อำนาจนั้น จะตรากฎหมายและจะใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจ

²²⁰ Human Rights Act 1998, Chapter 16

²²¹ Montesquieu, The Spirit of Law, book XI, ch 6. “When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty... Again, there is no liberty if the power of judging is not separated from the legislative and executive. If it were joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control ; for the judge would then be the legislator. If it were joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression.”

พิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชน ก็จะมีความเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสอง เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจผู้พิพากษาไปรวมกับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่จะทำการบีบคั้นได้เต็มที่และก็ไม่มีอะไรเหลือเลยจะสูญสิ้นไปหมด ถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกัน ใช้ทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ กฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้กฎหมายบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ และถ้าใครไม่กระทำตามความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ”²²² จากเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าว จึงต้องมีการแบ่งแยกอำนาจในการปกครอง ซึ่งในงานวิจัยนี้จะศึกษาเน้นไปที่หลักการแบ่งแยกอำนาจของฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการ ที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ศาลปกครองกับฝ่ายปกครอง ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองอย่างเหมาะสม และสอดคล้องกันให้มากที่สุด อันทำให้ภารกิจฝ่ายปกครองสำเร็จตามเป้าหมายเกิดความต่อเนื่องได้

หลักการใช้อำนาจที่ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้น ทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล”²²³ หมายความว่า อธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจ แต่การใช้อำนาจอธิปไตยต้องใช้อำนาจผ่านผู้แทน คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนทางด้านบริหาร รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนทางด้านนิติบัญญัติ และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนทางด้านตุลาการ ภายใต้ระบบการแบ่งแยกตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ส่วนจะมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกจากกันเด็ดขาดหรือไม่ ขึ้นอยู่กับระบบการปกครองของประเทศนั้น ๆ ในระบบการแบ่งแยกอำนาจออกจากกันอย่างเด็ดขาด องค์กรอีกองค์หนึ่งจะมาร่วมใช้อำนาจอีกอำนาจหนึ่งไม่ได้ เช่น คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหาร จึงมีอาจใช้อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการได้ ส่วนในระบบที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด องค์กรที่มีอำนาจหนึ่งสามารถมาใช้อำนาจอีกอำนาจหนึ่งได้ เช่น ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่ก็มีอำนาจในทางนิติบัญญัติได้ด้วย คือ ออกกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ เช่น พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงต่าง ๆ หรือในบางกรณีฝ่ายบริหารมีอำนาจทางตุลาการได้ด้วย เช่น การเปรียบเทียบปรับในความผิดบางประเภท หรือใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เองโดยไม่มีคำพิพากษาของศาล

²²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หนังสือความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), 82. อ้างคำแปลของนายเดือน บุนนาค, การแยกอำนาจ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2487), น. 8-9.

²²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3

2.4.8.1 ที่มาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

อาริสโตเติล, บุฟเฟนดิออร์ฟ, โบแดง, ครอมเวล, จอห์น ล็อก และมองเตสกีเออ ได้ อธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจมีสาระสำคัญตรงกันว่า การแบ่งแยกอำนาจเป็นการแยกอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แต่รายละเอียดปลีกย่อยแตกต่างกันไปในแต่ละยุคแต่ละ สมัย เช่น อาริสโตเติล จำแนกองค์ประกอบของรัฐออกเป็น ส่วนการเมือง ส่วนเจ้าหน้าที่รัฐ และ ส่วนตุลาการ บุฟเฟนดิออร์ฟ แยกเป็นอำนาจออกกฎหมาย อำนาจลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย อำนาจทำ สงคราม อำนาจทำสนธิสัญญา อำนาจแต่งตั้งข้าราชการ อำนาจเก็บภาษี อำนาจจัดการศึกษา ส่วน จอห์น ล็อก ได้แยกเป็นอำจนิตบัญญัติกับอำนาจตุลาการ เป็นต้น²²⁴ โดยมีที่มาจากกรคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของราษฎร ด้วยเหตุผลที่ว่า ในการปกครองราษฎรคนหนึ่งจะต้องไม่เกรงกลัว ราษฎรอีกคนหนึ่งบุคคลจึงจะมีเสรีภาพได้ และอำนาจต้องเป็นของคนทุกคน เพราะถ้าเป็นของบุคคล ใดบุคคลหนึ่งราษฎรก็ไม่มีวัน ได้สิทธิและเสรีภาพ ผู้ปกครองก็ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และ ยัง ยากส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) นักปรัชญาฝรั่งเศส ได้แบ่งแยกการใช้อำนาจปกครองในแต่ ละองค์กรว่า การใช้อำนาจอธิปไตย โดยจำลองแบบวิธีการปกครองในกรีซโบราณ ให้รัฐแบ่งแยก อำนาจออกเป็นเอกเทศต่อกัน และมีขอบเขตความรับผิดชอบต่างกัน เพื่อที่การใช้อำนาจหนึ่งจะไม่ ไปขัดกับอำนาจหนึ่ง อำนาจออกกฎหมายมาบังคับแก่การดำเนินชีวิตของคนทั่วไป อำนาจในการ ดูแลความปลอดภัยทั้งภายในและภายนอกประเทศ รวมทั้งการใช้จ่ายบังคับทำให้เกิดความผาสุก ในชีวิตของรัฐ อันเป็นการใช้อำนาจปฏิบัติตามกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายมหาชน และอำนาจใน การพิจารณาพิพากษาคดีอันเกิดขึ้นในรัฐ โดยเฉพาะกฎหมายเอกชน²²⁵

2.4.8.2 เนื้อหาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การแบ่งแยกอำนาจ หมายถึง การแบ่งแยกการใช้อำนาจตามเรื่องขององค์กรผู้ใช้อำนาจ อธิปไตย²²⁶ "ไม่ให้ไปอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ไม่ได้หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยที่เป็น อันหนึ่งอันเดียวกัน"²²⁷ และ "องค์กรของรัฐที่มีการแยกการใช้อำนาจ จะต้องใช้อำนาจอย่าง พอเหมาะพอประมาณ โดยไม่บิดเบือนอำนาจที่สร้างความเสียหายให้แก่พลเมือง"²²⁸ อันเป็นการ

²²⁴ Brain R. Nelson, *Western Political Thought*, (New Jersey: Prentice-Hall, 1982), p. 60-61.

²²⁵ วิจารณ์ธรรม ตูยานนท์, *แปลเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2528), น. 187-211.

²²⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "ศาลปกครองกับการแบ่งแยกอำนาจ," *วารสารนิติศาสตร์* 24 (3), (กันยายน 2537), น.574.

²²⁷ แหล่งเดิม, น.574.

²²⁸ Lisa Webley & Harries Samuels, *Public Law*, (United Kingdom: Oxford University Press, 2012), p. 15.

ป้องกันมิให้เกิดสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยการจัดให้แต่ละอำนาจเป็นบุคคลต่างพวก มีอิสระไม่ขึ้นแก่กัน ผู้ใช้อำนาจหนึ่งจะแต่งตั้งและถอดถอน ผู้ใช้อีกอำนาจหนึ่งตามอำเภอใจไม่ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับรูปแบบการปกครอง สถานการณ์ทางการเมือง และวัฒนธรรมที่ดำรงอยู่ของประเทศนั้น²²⁹ ดังนั้น อำนาจนิตินบัญญัติเป็นอำนาจที่จะกำหนดว่า กำลังของรัฐจะพึงใช้อย่างไร เพื่อความปลอดภัยของสังคมและสมาชิกแห่งสังคมนั้น อำนาจบริหารของรัฐ สามารถริเริ่มปฏิบัติกิจการตามกฎหมายได้เลยในทันที ที่ฝ่ายนิตินบัญญัติตรากฎหมายใช้บังคับ อำนาจตุลาการ จะปฏิบัติกิจการได้ก็ต่อเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ระบบการใช้อำนาจธิปไตยมีลักษณะเป็นการถ่วงดุลและคานซึ่งกันและกัน ในการให้องค์กรหนึ่งเข้ามาใช้อำนาจอีกองค์กรหนึ่งหรือควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอีกองค์กรหนึ่งได้ และไม่จำเป็นที่อำนาจทั้งสามจะต้องเท่าเทียมกัน อำนาจหนึ่งอาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งได้ แต่ต้องไม่อยู่ในลักษณะเด็ดขาดตามอำเภอใจเพื่อป้องกันมิให้อำนาจทั้งหมดรวมอยู่ที่เดียวกัน

2.4.8.3 ความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจนิตินบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ในระบบการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดที่แยกอำนาจบริหารและนิตินบัญญัติออกจากกันเด็ดขาด เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ฝ่ายบริหารจะไม่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิตินบัญญัติ รัฐมนตรีจะเข้าประชุมสภาไม่ได้ รัฐสภาจะมีมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีไม่ได้ การแต่งตั้งและการถอดถอนรัฐมนตรีไม่ต้องขอความเห็นชอบจากสภา การตรากฎหมายเป็นเรื่องของฝ่ายนิตินบัญญัติฝ่ายเดียว ฝ่ายบริหารไม่อาจริเริ่มให้มีกฎหมายขึ้นได้ เพราะฝ่ายบริหารมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย ที่ฝ่ายนิตินบัญญัติตราขึ้นเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ ฝ่ายนิตินบัญญัติก็ไม่มีสิทธิยับยั้งฝ่ายบริหารเช่นกัน เพราะฝ่ายบริหารจะถูกจำกัดขอบเขตของตนตามกฎหมายอยู่แล้ว²³⁰ แต่อย่างไรก็ตาม เลโอน คูกูย เห็นว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด เป็นทฤษฎีสมมุติที่ไม่เป็นความจริง และเป็นความเข้าใจผิด หลักการแบ่งแยกอำนาจที่แท้จริง เป็นหลักการกระจายอำนาจหน้าที่มากกว่า โดยมีให้อำนาจอยู่ในคน ๆ เดียว แต่ต้องกระจายให้ร่วมกันทำงานจนเกิดสมดุลในกลไกของรัฐ”²³¹ ส่วนระบบที่มีการแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด แม้มีการแยกองค์กรบริหารและนิตินบัญญัติออกจากกัน แต่มีความเกี่ยวพันในการใช้อำนาจ

²²⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ศาลปกครองกับการแบ่งแยกอำนาจ*, น. 577.

²³⁰ The Rule of Law in a Free Society, *A report on the international congress of jurists, New Delhi India*, 1959, Geneva, p. 279.

²³¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *เล่มเดิม*, น. 43-44.

ทั้งสองอยู่ เช่น สภาสามารถลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีได้ และต้องรับผิดชอบต่อสภาด้วย²³² ซึ่งย่อมจะถูกควบคุมและตรวจสอบซึ่งกันและกัน เช่น เมื่อสภามีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน โดยการลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรี มีผลทำให้พ้นจากตำแหน่งแล้ว นายกรัฐมนตรีหรือหัวหน้ารัฐบาลก็มีสิทธิยุบสภาได้²³³ ดังนั้น ระบบการแบ่งแยกอำนาจแบบไม่เด็ดขาด หากพิจารณาในมุมมองการควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุล ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีการควบคุมการบริหารงานของฝ่ายบริหารได้ เช่น การให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ในฝ่ายบริหาร ตั้งแต่เจ้าหน้าที่ในองค์กรอิสระ หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูง การตรวจสอบข้อเท็จจริงโดยกรรมการ หรือการมีมติให้เจ้าหน้าที่พ้นจากตำแหน่งสำคัญ ๆ แต่สำหรับฝ่ายบริหารแล้ว จะเป็นฝ่ายถูกตรวจสอบเสมอไป ไม่สามารถควบคุมตรวจสอบการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการได้ มีแต่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการที่ตรวจสอบฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารจะตรวจสอบได้เฉพาะฝ่ายบริหารด้วยกันเองเท่านั้น²³⁴ ซึ่งประเทศไทยก็ใช้ระบบการแบ่งแยกอำนาจในลักษณะดังกล่าว

ในความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจนิติบัญญัติกับการใช้อำนาจตุลาการนั้น เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า อำนาจตุลาการเป็นผู้ตีความชี้ขาดกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น หากกฎหมายนั้นมีความชัดเจนแล้ว ไม่มีความจำเป็นที่ฝ่ายตุลาการต้องตีความอีก เพียงแต่ฝ่ายตุลาการจะปรับกฎหมายกับข้อเท็จจริงในคดีแล้วพิพากษาคดีไปตามนิติวิธี การตีความกฎหมายจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น ไม่ชัดเจน คลุมเครือ ฝ่ายตุลาการจะหลีกเลี่ยงการสร้างกฎหมายแต่เป็นการประกาศยืนยันหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว หรือหากเป็นการตีความก็ตีความเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย หากปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายโดยประสงค์ให้มีความมุ่งหมายอย่างหนึ่ง แต่ฝ่ายตุลาการกลับตีความไปอีกอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ซึ่งเมื่อใดฝ่ายนิติบัญญัติเห็นด้วยกับการตีความของศาล ก็ปล่อยให้เป็นไปตามนั้น แต่หากกรณีใดที่ไม่เห็นด้วยฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องออกกฎหมายใหม่ แก้ไขบทบัญญัติเพื่อลบล้างแนวทางตีความของฝ่ายตุลาการ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายตุลาการที่ชัดเจน เช่น ฝ่ายตุลาการมีอำนาจตีความว่า กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราออกมามีขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่²³⁵ เท่ากับเป็นการให้ฝ่าย

²³² Maurice J. C. Vile, *Constitutionalism and Separation of Power*, 2nd ed. (Indianapolis: Liberty Fund, 1998), p. 14-22.

²³³ สถาบันและกระบวนการทางการเมืองไทย, คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2555), น. 294-299.

²³⁴ Andrew Le Sueur, Maurice Sunkin, Jo Eric Khushal Murkens, *Public Law Text, Cases, and Materials*, (New York: Oxford University Press, 2010), p.210.

²³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210

ตุลาการมีอำนาจลงคำสั่งผลในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไปโดยปริยายประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง ฝ่ายตุลาการก็ใช้อำนาจนิติบัญญัติ เช่น ออกกฎเกณฑ์ ระเบียบ ใช้ในการพิจารณาของศาล ในขณะที่เดียวกันฝ่ายตุลาการก็ใช้อำนาจบริหารในการแต่งตั้งบุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการด้วยตนเอง หรือมีอำนาจแต่งตั้งผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ ผู้จัดการมรดก ผู้ชำระบัญชี อันเป็นการใช้อำนาจบริหาร ดังนั้น ศาลจึงมีส่วนสำคัญและมีความสัมพันธ์ ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารในลักษณะการแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด

ในหลักการแบ่งแยกอำนาจของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง อันเป็นส่วนหนึ่งที่มีใช้ฝ่ายบริหารฝ่ายปกครองมีความสัมพันธ์ในการใช้อำนาจทั้งสามส่วนประกอบกัน ทั้งใช้อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และใช้อำนาจตุลาการ แม้จะจัดฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจบริหารเป็นหลัก เช่น ใช้อำนาจทางปกครองในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง สั่งให้ประชาชนกระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่าง แต่ฝ่ายปกครองก็สามารถใช้อำนาจอื่น ๆ ได้ด้วย เช่น ใช้อำนาจนิติบัญญัติไปออกกฎหมายลำดับรอง ไม่ว่าจะเป็นระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศต่าง ๆ ในขอบเขตตามที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองใช้อำนาจตุลาการด้วย เช่น มีอำนาจเปรียบเทียบปรับตามกฎหมาย หรือสามารถบังคับมาตรการทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล²³⁶ หรือในกรณีที่ฝ่ายตุลาการมีคำพิพากษาแล้ว ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกภัยโทษแก่บุคคลต่อพระมหากษัตริย์ เป็นการเฉพาะรายหรือเป็นการทั่วไป²³⁷ หรือฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายล้างมลทิน หรือกฎหมายนิรโทษกรรมได้เอง อันเป็นการลดความเด็ดขาดของคำพิพากษาของฝ่ายตุลาการลง

กล่าวโดยสรุป หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นที่มาขององค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ โดยอิสระแยกออกจากกันแต่ไม่เด็ดขาด เพราะมิได้ห้ามมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่ง ใช้อำนาจเกินกว่าอำนาจตน โดยเฉพาะอำนาจบริหาร ที่รวมอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง และอำนาจตัดสินใจออกกฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ แต่เน้นการกานและถ่วงดุลกันแห่งอำนาจ เพื่อมิให้อำนาจฝ่ายใดมีโดยเด็ดขาดจนปราศจากควบคุม ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานและองค์ประกอบสำคัญของนิติรัฐอันเป็นหลักประกันสิทธิ ดังนั้น จึงต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ การมอบอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ มอบอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายแก่ฝ่ายบริหาร มอบอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการ โดยแต่ละองค์กรมีอิสระและอยู่ภายใต้การถ่วงดุลและตรวจสอบซึ่งกันและกัน

²³⁶ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป, (กรุงเทพฯ: บริษัท วิ.พรินท์, 1991), น. 66-72.

²³⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 261

สำหรับการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ จะกล่าวไว้โดยเฉพาะในหัวข้อ ความสัมพันธ์ของการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง ในงานวิจัยนี้ต่อไป

2.4.9 หลักการใช้ดุลพินิจ

“การตัดดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ไปทั้งหมดด้วยการวางกฎไว้ล่วงหน้าย่อมเป็นความฝันที่เป็นไปไม่ได้คงเป็นไปได้เพียงการจำกัดขอบเขตของดุลพินิจ และควบคุมมิให้เกิดดุลพินิจที่ไม่เหมาะสมเท่านั้น ในขณะที่เดียวกัน การให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจกลับเป็นการพิเคราะห์ถึงสถานการณ์เฉพาะเรื่อง และอาจให้ความเป็นธรรมเฉพาะกรณีได้ การให้ใช้ดุลพินิจได้ในบางกรณีจึงเป็นทางที่ถูกต้องเหมาะสมยิ่งกว่า”²³⁸ สิ่งใดที่อยู่ภายใต้การใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง สิ่งนั้นจะต้องดำเนินการไปตามหลักของเหตุผลและความยุติธรรม ปราศจากความเห็นส่วนตัวและไม่ยินยอมให้ใช้ดุลพินิจอย่างไม่จำกัด เพราะถือกฎเกณฑ์ที่กำหนดมาจากภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง²³⁹ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจย่อมช่วยเสริมการบังคับใช้กฎหมายให้ถูกต้องตามความเป็นธรรมเฉพาะกรณี ความสำคัญอยู่ที่การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจให้เหมาะสม มิให้เกิดดุลพินิจโดยลำเอียงต่างหากโดยใช้ฐานในบทบัญญัติของกฎหมายเป็นตัวตั้ง

การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง อยู่ในหลักเกณฑ์ของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทางสารบัญญัติอย่างหนึ่ง เพราะโดยส่วนใหญ่แล้ว เมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายจะให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจได้เสมอ เพราะกฎหมายแต่ละฉบับไม่สามารถบัญญัติหลักเกณฑ์ให้แน่นอนตายตัวได้ทุกอย่าง อันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี เกิดขึ้นและเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา การให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้เป็นสิ่งอันตราย แต่เป็นสิ่งอันตรายที่จำเป็น เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้อย่างยืดหยุ่นตามแต่สภาพการณ์หากกฎหมายฉบับใดมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ ก็สามารถสังเกตได้จากถ้อยคำในบทบัญญัตินั้น เช่น มีคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจจะก็ได้” แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองได้ หากว่าฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจนั้นอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เกินขอบเขตไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ไม่แต่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หรือภายในกรอบของ

²³⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *หลักนิติธรรม*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 87.

²³⁹ Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, (German Springer: Verlag Berlin Heidelberg, 1985), p. 83.

กฎหมายนั่นเอง²⁴⁰ ดังนั้น ด้านหนึ่งมีความจำเป็นให้ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจ ในอีกด้านหนึ่ง มีความจำเป็นจะต้องควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเสมอ การศึกษาที่มาและประเภทของดุลพินิจ จึงเป็นหลักการพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย

2.4.9.1 ที่มาและประเภทดุลพินิจ

1) ที่มาของดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจต้องเกิดจากเนื้อหาของกฎหมายที่ให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งภายในฝ่ายปกครองมักจะกำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอนอนในการใช้ดุลพินิจไว้ล่วงหน้า เป็นกรอบให้ผู้ได้บังคับบัญชาปฏิบัติ ในรูปของหนังสือเวียน คำสั่ง เพื่อให้ข้อเท็จจริงเดียวกันได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน เกิดความเสมอภาคตามปัจจัยแวดล้อมของสถานการณ์ในแต่ละกรณี²⁴¹ ส่วนคำวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นแหล่งที่มาลำดับรองที่ตีความสนับสนุนหรือยืนยันสร้างบรรทัดฐานในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้น ดังนั้น ที่มาของดุลพินิจจึงเกิดจากกฎหมาย และคำพิพากษาของศาล ดังนี้

ประการแรก อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมาย กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจไว้ เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกว่าจะใช้อำนาจได้หรือไม่อันเป็นองค์ประกอบในส่วนเหตุผลของการตัดสินใจใช้อำนาจ หากฝ่ายปกครองไม่เลือกตัดสินใจเมื่อกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจก็ถือว่าเป็นการละเว้นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ถ้าฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจเลือกใช้มาตรการใดตามทางเลือกที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เพื่อให้เกิดความเหมาะสมตามข้อเท็จจริงและวัตถุประสงค์ของเรื่องซึ่งเป็นการเลือกผลทางกฎหมาย²⁴² หากการใช้ดุลพินิจตัดสินใจเลือกผลทางกฎหมายไม่ทำ

²⁴⁰ กมลชัย รัตนสากาววงศ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิศิษฏ์สรรจร, 2542), 20

²⁴¹ D. J. Galligan, The Nature and Function of Policies within Discretionary Power, Public Law (Winter, 1976), p. 332.

²⁴² พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง “ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติ หรือเมื่อสถานบริการใดดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้มีการมั่วสุมเพื่อกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในสถานบริการ หรือดำเนินกิจการโดยไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ มีอำนาจไม่ต่อใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ โดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิด”

ให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายบรรลุผลหรือไม่เหมาะสมกับข้อเท็จจริง ถือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และหลังจากนั้นก็ย่อมเป็นเรื่องการควบคุมตรวจสอบให้ความไม่ชอบหมดไปอีกส่วนหนึ่งต่างหาก

ประการที่สอง อำนาจดุลพินิจจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ถือกันว่า เมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจนั้นด้วยตนเองและใช้อย่างมีเหตุผลตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ในแต่ละกรณี หากอ้างแต่หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ เท่ากับว่า ฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้ดุลพินิจเลย²⁴³ แม้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจโดยใช้หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองได้เสมอ ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติตามแนวทางการใช้ดุลพินิจได้ ก็ต่อเมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีแล้วเท่านั้น²⁴⁴ และการใช้ดุลพินิจต้องไม่เป็นการละเมิดหลักกฎหมายทั่วไป หลักการบังคับบัญชา หลักการบริหารราชการแผ่นดิน หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักสุจริต เป็นต้น เห็นว่า การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจศาลปกครองได้นำหลักการตรวจสอบอื่น ๆ ที่ใช้โดยทั่วไป มาวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการออกคำสั่งทางปกครองในแต่ละกรณี โดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม อันเป็นภารกิจหลักของฝ่ายปกครอง โดยไม่เป็นอุปสรรคในการจัดทำบริการสาธารณะ กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาใช้ควบคู่กัน ซึ่งอยู่นอกเหนือไปจากที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัย ในลักษณะมององค์รวมรอบด้านในแต่ละเรื่อง

2) ประเภทดุลพินิจ

การจำแนกประเภทดุลพินิจในงานวิจัยฉบับนี้ จะจำแนกเพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจต่อการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง โดยใช้เกณฑ์ดุลพินิจวินิจฉัยส่วนข้อเท็จจริง และดุลพินิจตัดสินใจส่วนผลในทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือ²⁴⁵

ส่วนแรก กรณีที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว โดยเฉพาะถ้อยคำที่แสดงออกซึ่งความคิดเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคล สิ่งต่าง ๆ อันเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องตีความหมายของถ้อยคำ และ

²⁴³ H. W. R. Wade, *Constitutional & Administrative Law*, (London and New York: Rockledge Taylor & Francis Group), p. 319. and D. J. Galligan, *The Nature and Function of Policies within Discretionary Power*, *Public Law* (Winter, 1976), p. 332.

²⁴⁴ คดี R. V. Helborne Licensing Justice, ex parts Stranford Catering Co. Ltd (1982) 42 Times Law Reports 778., คดี Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food (1986) 7 All E.R. 694.

²⁴⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, น. 59-65.

ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกัน กับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขอันเป็นเหตุในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง²⁴⁶ตามที่กล่าวแล้วในหัวข้อนิติวิธีการตีความทางกฎหมายมหาชน

ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยในส่วนนี้ องค์กรผู้ใช้อำนาจควบคุมเพียงตรวจสอบว่า มีข้อเท็จจริงในเรื่อ่นั้นเกิดขึ้นหรือไม่ หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นครบเงื่อนไขให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่เท่านั้น หากไม่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น หรือมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น แต่ไม่ครบเงื่อนไขให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ถ้าฝ่ายปกครองฝ่าฝืนทำคำสั่งทางปกครองไป ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นหน้าที่ของผู้ควบคุมตรวจสอบทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลไป กรณีเมื่อฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจวินิจฉัยแล้วว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบเงื่อนไขในการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองได้ ย่อมนำไปสู่การตัดสินใจเลือกผลทางกฎหมายในส่วนที่สองต่อไป

ส่วนที่สอง เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองได้หลายอย่างเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจตัดสินใจเลือกผลว่าจะทำคำสั่งทางปกครองหรือไม่ รวมถึงหากตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครองแล้ว จะทำคำสั่งทางปกครองมีเนื้อหาสาระอย่างไรเพื่อดำเนินการให้ บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับนั้น²⁴⁷ และในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกรณีนี้ เมื่อเกิดข้อเท็จจริงครบถ้วนแล้ว องค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบต้องตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองปฏิเสธในการทำคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรือกรณีได้มีการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นการทำคำสั่งทางปกครอง โดยใช้ดุลพินิจเลือกผลเกินขอบเขตของกฎหมาย ใช้ดุลพินิจบกพร่องบิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ใช้ดุลพินิจฝ่าฝืนหลักกฎหมายพื้นฐาน และหลักกฎหมายปกครองทั่วไปหรือไม่ด้วย²⁴⁸

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบองค์ประกอบของกฎหมาย ในการใช้อำนาจตามเกณฑ์ส่วนแรก แต่กฎหมายเปิดช่องให้ตัดสินใจได้เพียงทางเดียว ย่อมไม่ใช่อยู่ในความหมายดุลพินิจตัดสินใจส่วนผลในทางกฎหมาย แต่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่ต้องตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครองโดยมีเนื้อหาสาระที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แต่เป็นหน้าที่ที่ต้องผูกพันตามกฎหมายมากกว่าการใช้ดุลพินิจ

²⁴⁶ Hufen Friedhelm, Verwaltungsprozeßrecht (München, 1994), p. 29.

²⁴⁷ H. J. Wolff, O. Bachof, R. Stober, Verwaltungsrecht I, 10 Aufl., München 1994, S. 375

²⁴⁸ Nachprüfung von Ermessensentscheidungen VwGo, 1960, p. 114

2.4.9.2 ขอบเขตการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ

การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ จะกล่าวถึงขอบเขตการควบคุมตรวจสอบภายใน ฝ่ายปกครองและศาลปกครอง ดังนี้

ประการแรก การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจโดยให้ทางเลือกในบรรดาหลาย ๆ ประการ หากฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกใช้มาตรการใดไปมาตรการนั้นจะต้องเหมาะสม เมื่อใดฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเกินเลยความเหมาะสมแม้เพียงเล็กน้อย ย่อมเข้าข่ายเป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจและไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในแง่การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเอง สามารถควบคุมตรวจสอบได้ละเอียดทุกเรื่อง ทั้งในเรื่องแง่ข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นฐานของการปรับข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริงเป็นฐานของการพิจารณาความเหมาะสม²⁴⁹ เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองในองค์กรเดียวกัน ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา เพื่อรักษามาตรฐานของการออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรให้เป็นอันเดียวกัน ซึ่งขอบเขตในการทบทวนนี้อาศัยเกณฑ์ของฝ่ายปกครองเอง ไม่ใช่เกณฑ์ของศาลปกครองที่มีความแตกต่างกัน หากฝ่ายปกครองเห็นว่า มีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดในการออกคำสั่งทางปกครอง ก็ต้องมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเองนั้น

ประการที่สอง เนื่องจากศาลปกครองใช้หลักการไม่ก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจวินิจฉัย ซึ่งเป็นสิทธิพิเศษในการประเมินข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครอง เพราะความรับผิดชอบในขั้นที่สุดอันเกิดจากการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นเรื่องของฝ่ายปกครองมิใช่ฝ่ายตุลาการ ซึ่งจะต้องเคารพในความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะการเข้าไปประเมินความหมายของถ้อยคำ อันจะต้องใช้ความรู้หรือความชำนาญของฝ่ายปกครอง เช่น การประเมินผลการสอบ การประเมินผลงานและความสามารถของข้าราชการ หรือการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น²⁵⁰ การตรวจสอบความเหมาะสมของศาลปกครองจะตรวจสอบในส่วนผลของกฎหมาย ซึ่งไม่ครอบคลุมส่วนองค์ประกอบของกฎหมายที่เป็นถ้อยคำเฉพาะเจาะจง อันเป็นถ้อยคำทางเทคนิคเฉพาะด้าน แต่หากเป็นถ้อยคำส่วนองค์ประกอบของกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงแล้ว ศาลปกครองย่อมตรวจสอบได้เสมอ

²⁴⁹ Albert Bleckmann, *Ermessensfehlerlehre*, Köln 1996, S. 121

²⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 218/2552

ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตรวจสอบของศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี²⁵¹ เช่น วินิจฉัยคำ ว่า ศิลธรรมอันดีเป็นบทนิยามในทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง²⁵² โดยใช้ดุลพินิจตีความหมายของ คำว่า ศิลธรรมอันดี โดยยึดโยงคุณค่าที่สังคมให้การยอมรับในขณะนั้น²⁵³ หรือศาลปกครองไทยใช้ ดุลพินิจตีความ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในคดีที่มีการตรวจร่างกายผู้รับสมัครคัดเลือกเข้าเป็น นักเรียนนายร้อยหญิง โดยให้ผู้สมัครถอดเสื้อผ้าเปลือยกาย และเข้าแถวเพื่อตรวจร่างกาย²⁵⁴ จากที่ กล่าวมาเห็นว่า ศาลปกครองไม่ได้ตรวจสอบการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจเท่านั้น แต่ยังตรวจสอบ การตัดสินใจของฝ่ายปกครองว่า ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองภายในขอบเขตของกฎหมาย หรือไม่ การออกคำสั่งทางปกครองมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ การออกคำสั่งทางปกครองมีความ บกพร่อง ในการใช้ดุลพินิจตามที่กล่าวมาข้างต้นหรือไม่ รวมถึงการใช้ดุลพินิจในการตีความถ้อยคำ ของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจงเช่นกัน อันเป็นการตรวจสอบเพื่อ มิให้ใช้ดุลพินิจเกินขอบเขต ที่กฎหมายให้ไว้ ถ้ากฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจนั้น รวมถึงการ ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่บิดเบือน เพราะตนเองมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสีย หรือมี อคติ เป็นต้น

2.4.9.3 การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองมีการใช้ดุลพินิจในทุกขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองมากขึ้น ต่างกัน ตั้งแต่การวิเคราะห์ข้อเท็จจริง เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นในลักษณะเป็นรูปธรรม มาปรับใช้กับ กฎเกณฑ์ของข้อเท็จจริงนั้น ๆ เพื่อพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงเป็นอย่างไร และมีผลทางกฎหมายอย่างไร เพื่อประโยชน์ในการเลือกใช้ดุลพินิจให้ตรงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องเทคนิค เฉพาะด้าน หรือศาสตร์ต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่า หลักวิศวกรรม เคมี ฟิสิกส์ สาธารณสุข ศิลธรรม เป็นต้น หลังจากนั้นจะต้องวิเคราะห์ว่า มีกฎหมายใดที่เกี่ยวข้องและตัดสินใจว่า จะอาศัยเรื่องใดเป็น ฐานสนับสนุนทางกฎหมาย สุดท้ายเป็นการตีความกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อหาข้อยุติตาม เป้าหมายที่มุ่งประสงค์²⁵⁵ เป็นไปตามลำดับขั้นตอน กล่าวคือ ลำดับการตรวจสอบข้อเท็จจริงให้แน ชัดว่ามีข้อเท็จจริงอยู่หรือไม่ และมีข้อเท็จจริงอย่างไร โดยตรวจสอบพยานเอกสาร พยานตัวบุคคล

²⁵¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 61.

²⁵² คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerwG 1 C 232/79, Urteil vom 15.12.1981.

²⁵³ นฤมล ณะรัตน, เอกสารงานแปลวิชาการต่างประเทศ, คำพิพากษาคดีปกครองต่างประเทศ, (มิถุนายน 2562), น. 1-10.

²⁵⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1113/2561

²⁵⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เล่มเดิม, น. 199-200.

หรือพยานสิ่งของต่าง ๆ แล้วรวบรวมพยานหลักฐานนั้น ๆ หากเห็นว่า พยานหลักฐานที่ปรากฏไม่เพียงพอต่อการวินิจฉัยว่า มีข้อเท็จจริงมีอยู่จริงหรือไม่ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ทักษะหาพยานหลักฐานเพิ่มเติม ลำดับต่อมา คือ การปรับข้อเท็จจริงกับองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบองค์ประกอบตามเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งต้องมีการตีความถ้อยคำของตัวบทกฎหมายตามเงื่อนไขในเรื่อนั้น ไม่ว่าจะป็นถ้อยคำธรรมดาที่วิญญูชนใช้กันโดยทั่วไป หรือถ้อยคำที่มีความหมายพิเศษซึ่งเป็นศัพท์ทางกฎหมาย หรือศัพท์เฉพาะในวิชาชีพ โดยขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น เพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ เมื่อข้อเท็จจริงมีอยู่จริงตรงกับองค์ประกอบตามเงื่อนไขของกฎหมายแล้ว ก็ต้องออกคำสั่งทางปกครองให้บรรลุลวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเหมาะสมกับสภาพของเรื่อง²⁵⁶

กล่าวโดยสรุป ฝ่ายปกครองต้องสืบสวนข้อเท็จจริง ตีความข้อเท็จจริง ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย และเลือกผลทางกฎหมาย ซึ่งเห็นว่า ฝ่ายปกครองจะมีการใช้ดุลพินิจอยู่ในทุกขั้นตอนของการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง ทั้งในส่วนการวิเคราะห์การกระทำ การตัดสินใจว่าจะออกคำสั่งอย่างไร จะเลือกวิธีการใดให้สำเร็จตามเป้าหมายโดยเป็นการใช้ดุลพินิจ ตั้งแต่การพิจารณาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย การปรับบทข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และการเลือกข้อยุติที่จะนำไปสู่เป้าหมาย ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองมีการใช้ดุลพินิจทุกขั้นตอนของการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจจึงต้องมีทุกขั้นตอนด้วย การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง มีแนวคิด และวิธีการควบคุมตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจที่เหมือนกันและแตกต่างกันไปบ้างน้อยบ้าง โดยเฉพาะศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบใกล้ชิดเพียงใด ทั้งข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย การปรับบทและเลือกเป้าหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเคารพในอำนาจหน้าที่ฝ่ายปกครอง และหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2.4.9.4 การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในฝ่ายปกครองของศาลปกครอง

เงื่อนไขการใช้กฎหมายในระบบประมวลกฎหมายก็เพื่อเป็นฐานของความยุติธรรม แต่บางกรณีความยุติธรรมตามบทบัญญัติของกฎหมายไม่ตรงกับความยุติธรรมตามสภาพความเป็นจริง ผู้ให้ความยุติธรรมตามความเป็นจริง คือ ฝ่ายตุลาการหรือศาล ดังนั้น ศาลจึงเป็นผู้มีบทบาทในการตีความ และใช้กฎหมายให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อผดุงความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นตามความเป็นจริง และเนื่องจากศาลปกครองเป็นฝ่ายตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจมีอำนาจตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง เช่นเดียวกับอำนาจในการควบคุมตรวจสอบขององค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง แต่ศาล

²⁵⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, น. 51-52. และสมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 13), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 240-241.

ปกครองมิใช่องค์กรที่เป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร จึงไม่ทำให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ทั้งหมด ดังเช่นผู้บังคับบัญชาของ ฝ่ายบริหารที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบเปลี่ยนแปลงดุลพินิจของผู้ได้บังคับบัญชาได้ทุกกรณี เพียงแต่ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง²⁵⁷ เป็นเงื่อนไขของความไม่ชอบด้วยกฎหมายเงื่อนไขหนึ่ง แม้ศาลปกครองไม่อาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในเรื่องทางเทคนิคอันเป็นเรื่ององค์ประกอบของเหตุ แต่ในองค์ประกอบของเหตุอื่น ๆ ก็ยังคงตรวจสอบว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีการตัดสินใจใช้อำนาจแท้จริงแล้วมีข้อเท็จจริงอยู่หรือไม่ และข้อเท็จจริงนั้นครบองค์ประกอบที่จะตัดสินใจเลือกใช้อำนาจหรือไม่เป็นอันดับแรก เมื่อเห็นว่า มีข้อเท็จจริงอยู่จริงและครบตามองค์ประกอบของกฎหมาย ในการเลือกใช้อำนาจประการต่อมา จะตรวจสอบว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ในส่วนผลของกฎหมาย มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอในเรื่องนั้นหรือไม่ คือการตรวจสอบความเหมาะสม ซึ่งในการตรวจสอบจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงในขอบเขตดุลพินิจวินิจฉัยไม่ได้ เช่น เมื่อฝ่ายปกครองลงโทษข้าราชการทางวินัย ศาลปกครองตรวจสอบเพียงว่า ข้าราชการผู้นั้นได้มีการกระทำความผิดวินัยตามที่กล่าวหา และเป็นความผิดวินัยหรือไม่ ฝ่ายปกครองจะลงโทษปลดออก หรือไล่ออกเป็นอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง ศาลจะสั่งให้ฝ่ายปกครองลงโทษสถานอื่นนอกเหนือจากฝ่ายปกครองลงโทษไม่ได้²⁵⁸ หรือตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกรณีอื่น เช่น ตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจของตนด้วยตนเอง โดยไม่ผูกพันอย่างเคร่งครัดกับคำปรึกษาหรือข้อเสนอขององค์กรอื่น ตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจของตน โดยไม่ผูกพันเคร่งครัดกับแนวปฏิบัติที่ตนเองหรือผู้บังคับบัญชากำหนดขึ้น ตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจของตนโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีอย่างรอบด้าน ตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจของตนในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอย่างมีเหตุผลเหล่านี้ เป็นต้น

สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นศาลปกครองเอง ศาลปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกันกับฝ่ายปกครอง²⁵⁹ ประการแรก การใช้ดุลพินิจในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยคดี โดยใช้อำนาจเรียกข้อเท็จจริงต่าง ๆ จากฝ่ายปกครองที่อยู่บนข้อเท็จจริงที่สมบูรณ์ ฝ่ายปกครองจะอ้างเหตุผลใด ๆ ไม่เสนอข้อเท็จจริงให้ศาล

²⁵⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9

²⁵⁸ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *กฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิศิษฐ์สรรจร, 2542), น.19.

²⁵⁹ สำนักงานศาลปกครอง, *ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ, รวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมัชชาศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 1-8*, (กรุงเทพฯ: สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง, 2550) น.11-15.

ทราบไม่อาจจะกระทำได้ เพราะหากฝ่ายปกครองไม่ตอบข้อเท็จจริงใด ถือว่าฝ่ายปกครองยอมรับข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งได้รับการยอมรับในหลายประเทศ เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี ในขั้นตอนนี้ศาลปกครองสามารถใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงนั้นเพียงพอต่อการวินิจฉัยหรือไม่ หากข้อเท็จจริงนั้นเพียงพอศาลปกครองก็จะมีคำพิพากษาต่อไป และในการพิพากษาคดีศาลปกครอง มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการพิพากษาว่า คำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็มีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น²⁶⁰ โดยไม่มีอำนาจเข้าไปสั่งการแทนฝ่ายปกครอง หรือสั่งการให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะเกิดจากมีข้อผิดพลาดทางรูปแบบหรือเนื้อหา หากจะมีก็อยู่ข้างก็เป็นข้อสังเกตในคำพิพากษา ซึ่งเป็นคำแนะนำแนวทางให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติในชั้นบังคับคดี เพื่อให้บรรลุผลตามความมุ่งหมายในเนื้อหาของคำพิพากษานั้น ไม่ใช่คำสั่งบังคับแต่อย่างใด ส่วนในอนาคตจะให้ข้อสังเกตในคำพิพากษาถือเป็นคำสั่งหรือไม่ เป็นเรื่องที่จะต้องศึกษา และวิเคราะห์ถึงผลดีผลเสียในโอกาสต่อไป และเมื่อศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้ว ก็มีผลเฉพาะคดีที่ฟ้องร้องเท่านั้น ไม่มีผลต่อคำสั่งทางปกครองเรื่องอื่น ๆ ในข้อเท็จจริงเดียวกัน ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในเรื่องที่ไม่มีการฟ้องร้อง หากความเสมอภาคจะเกิดขึ้นได้ก็เป็นเรื่องดุลพินิจ และความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเอง โดยการยกเลิก เพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงในผลของคำสั่งทางปกครองนั้นให้เป็นอย่างเดียวกัน อันเป็นการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ซึ่งจะวิเคราะห์ต่อไปในงานวิจัยนี้ และประการต่อมา ศาลปกครองมีอำนาจทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองไม่สามารถบังคับใช้กับผู้ฟ้องคดีเท่านั้น โดยเริ่มตั้งแต่ตรวจสอบว่า ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่ ข้อเท็จจริงถูกต้องตามหลักกฎหมายแล้วหรือไม่ ไม่ว่าที่มาของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง และในที่สุดตรวจสอบดุลพินิจในการตีความกฎหมายว่า ถูกต้องตรงกับข้อเท็จจริงทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายได้สัดส่วนกับข้อเท็จจริงหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปเมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีเรื่องใด ถือว่าการทำงานของศาลปกครองได้ยุติลง เมื่อมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเสร็จสิ้น และคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นย่อมมีสภาพบังคับอยู่ในตัวเอง เป็นหน้าที่ของผู้ชนะคดีจะติดตามให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ผู้ชนะคดีอาจใช้สิทธิขอให้ศาลปกครองใช้ดุลพินิจสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้อีกเช่นเดียวกัน เห็นว่าการตรวจสอบการวินิจฉัยสั่งการ หรือการกำหนดมาตรการหรือผลทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่า ตรงกับข้อเท็จจริงหรือไม่ การตรวจสอบปัญหาข้อกฎหมายว่า มีการปรับบทและ

²⁶⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72

ตีความหมายได้ถูกต้อง เหมาะสมกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ เป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะตรวจสอบ เพราะไม่ใช่ดุลพินิจตัดสินใจเลือกผลของกฎหมายย่อมเป็นดุลพินิจโดยแท้ กล่าวโดยสรุป โดยทั่วไปหลักการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ จะมีหลักการสำคัญอยู่สามหลักการ คือ การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตเจตนารมณ์ของกฎหมายการควบคุมตรวจสอบให้มีการใช้ดุลพินิจโดยแท้ และการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจให้สมเหตุสมผล ซึ่งในการใช้อำนาจดุลพินิจได้นั้นจะเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ได้กำหนดไว้อย่างแน่ชัดว่า ให้อำนาจปกครองตัดสินใจต้องดำเนินการอย่างไร เมื่อข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งเกิดขึ้น เมื่อนั้นองค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจดุลพินิจซึ่งเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองจะต้องวินิจฉัยเองว่า ในกรณีเช่นนั้นกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ และดุลพินิจตัดสินใจที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดหรือเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งให้เหมาะสมแก่กรณี แต่อำนาจดุลพินิจมิใช่อำนาจอันสมบูรณ์ที่องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนั้นอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะแท้ที่จริงแล้วอำนาจดุลพินิจเป็นเพียงความสามารถขององค์กรฝ่ายปกครอง ในอันที่จะเลือกออกคำสั่ง หรือเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลาย ๆ มาตรการที่กฎหมายนั้นให้อำนาจกระทำได้ ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงว่าสมควรจะทำคำสั่งใด หรือสมควรจะใช้มาตรการใด จึงจะสามารถตอบสนองความต้องการแก่ประโยชน์มหาชนที่อยู่ในความรับผิดชอบได้ดีที่สุด ส่วนการใช้อำนาจดุลพินิจเป็นการเลือกผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ซึ่งเป็นขั้นตอนการใช้กฎหมายที่อยู่ในส่วนผลของกฎหมายที่กฎหมายมอบทางเลือกไว้หลายมาตรการ แม้ในทางวิชาการดุลพินิจไม่อาจมีได้ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จึงเห็นความแตกต่างของความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีขั้นตอน วิธีการ หลักเกณฑ์ที่ใกล้เคียงกัน และจะแตกต่างกันในเฉพาะบางเรื่อง โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจของศาลปกครองที่จะกระทบต่อหลักการบริหารราชการแผ่นดิน และหลักการแบ่งแยกอำนาจเท่านั้น ส่วนเกณฑ์ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ต้องควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ต้องควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิให้ขัดอุปสรรคด้านอื่น ที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ และรวมถึงการใช้ดุลพินิจตามหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ต้องควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง โดยไม่ต้องคำนึงหรือผูกพันอยู่กับแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชากำหนดในหนังสือเวียน คำสั่ง คำเสนอแนะต่าง ๆ แต่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริง ให้ครบถ้วนรอบด้านให้ถูกต้องเหมาะสมกับกรณีเฉพาะนั้น ๆ อย่างมีเหตุผลและอธิบายได้

2.4.10 หลักประโยชน์ส่วนรวมตามจุดมุ่งหมายในการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

คำสั่งทางปกครองใดที่ขาดซึ่งหลักประโยชน์ส่วนรวมแล้ว การดำเนินการของฝ่ายปกครอง อาจมีปัญหาในด้านความชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองได้รับการสันนิษฐานว่า มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมก่อนเสมอ ขอบเขตแห่งการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ว่ามีแค่ไหน เพียงใดเป็นจุดสำคัญ²⁶¹ เพื่อวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำโดยถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อันเป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบต่อไป แต่เนื่องจากประโยชน์ส่วนรวมเป็นสภาพการณ์มีลักษณะเป็นพลวัต มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ยุคสมัยหนึ่งประโยชน์ส่วนรวมมีมุมมองอย่างหนึ่ง อีกยุคสมัยหนึ่งเป็นอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่หยุดนิ่ง สภาพการณ์ดังกล่าวจึงเป็นปัจจัยหลักต่อการพิจารณาว่าสิ่งนั้นคือประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ ประโยชน์ส่วนรวมในมุมมองฝ่ายปกครองมีลักษณะเช่นไร มีกรอบแนวคิดใดมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาถ้อยคำของคำว่าประโยชน์ส่วนรวม

2.4.10.1 ความหมายของคำว่า ประโยชน์ส่วนรวม (Public Interest)

การจะกำหนดคำนิยามของคำว่า “ประโยชน์ส่วนรวม” ใช้อย่างชัดเจน ในทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่สมควรจะกระทำ เนื่องจากเป็นถ้อยคำที่มีความหมายแตกต่างกันไปตามสภาพทางสังคมตามยุคสมัย²⁶² การใช้ถ้อยคำที่บ่งชี้ว่า เป็นประโยชน์ส่วนรวมมีการใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน มีการใช้ถ้อยคำว่า ประโยชน์สาธารณะบ้าง ประโยชน์มหาชนบ้าง ประโยชน์ทั่วไปบ้าง บริการสาธารณะบ้าง ส่วนได้เสียของสังคมบ้าง ประโยชน์ของทางราชการบ้าง ประโยชน์ของรัฐบ้าง ประโยชน์ของแผ่นดินบ้าง แม้ถ้อยคำเหล่านี้จะคล้ายคลึงกันก็ตาม แต่เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความหมายและการใช้คำที่หลากหลาย หากมีการใช้ถ้อยคำดังเช่นยกตัวอย่างข้างต้นก็ให้หมายความถึง “ประโยชน์ส่วนรวม” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย²⁶³ โดยให้หมายถึงประโยชน์ทั้งหมดที่ได้กล่าวข้างต้น

ประโยชน์ส่วนรวม คือ ประโยชน์สำหรับประชาชนส่วนรวมและเป็นผลดีแก่คนทั่วไป²⁶⁴ ประโยชน์ของคนทุกคน ไม่ใช่ประโยชน์ของคนๆ ใดโดยเฉพาะเจาะจง²⁶⁵ แต่บทนิยามที่

²⁶¹ ขุนประเสริฐสุภมาตรา, *กฎหมายปกครองคำสอนชั้นปริญญาตรี* พ.ศ. 2480, น. 14.

²⁶² อนันต์ คงเครือพันธุ์, *ประโยชน์สาธารณะในแง่มุขคดีปกครอง*, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 47 (3), (กันยายน 2561), น. 711.

²⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3

²⁶⁴ ภิรัชญา วัฒนรุ่ง และกัจจิติ ก้องเบญจกุล, *ปรัชญาและกฎหมายมหาชน*, น. 55.

บัญญัติไว้ในกฎหมาย ประโยชน์ส่วนรวม หมายถึงประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะ หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการ หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น²⁶⁶ จากบทนิยามดังกล่าว เป็นการนำประเภทและลักษณะกิจกรรมมาเป็นเกณฑ์ โดยไม่คำนึงถึงจำนวนคน หรือราคาทรัพย์สินเป็นเกณฑ์ในการตีความหมายและควบคุมตรวจสอบ โดยเฉพาะของศาลปกครอง หากการกระทำอยู่ในความหมายของประโยชน์ส่วนรวมแล้ว ศาลปกครองถือเป็นข้อยกเว้นในการวินิจฉัยอำนาจฟ้องของบุคคล และการรับฟ้องคดีแม้จะพ้นระยะเวลาก็ตาม ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการให้ความหมายทั้งหมดดังกล่าวข้างต้น ยังมีถ้อยคำอื่น ๆ ที่สื่อถึงความมุ่งหมายนั้นปนกันอยู่ เช่น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนบ้าง ความปลอดภัยของบุคคลหรือทรัพย์สินบ้าง สาธารณูปโภคบ้าง สาธารณชนบ้าง เป็นต้น หากกระทำโดยไม่มีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์โดยส่วนรวมแล้ว สันนิษฐานไว้ก่อนว่า การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องใช้ดุลพินิจตีความให้ยืดหยุ่น เหมาะสมกับสภาพสังคม และข้อเท็จจริงให้บรรลุผลในเวลา²⁶⁷ ประโยชน์ส่วนรวมควรมีลักษณะเช่นใด ย่อมมีความสำคัญไม่น้อยในการควบคุมตรวจสอบว่า การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นตามวัตถุประสงค์นั้นหรือไม่ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่มั่นคงมาประกอบข้อเท็จจริงและวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป ซึ่งข้อเท็จจริงหนึ่งจะมีทางเลือกที่ถูกต้องเหมาะสมเพียงทางเดียวเท่านั้น²⁶⁸ โดยนำนิติวิธีของกฎหมายแต่ละฉบับมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความโดยต้องระลึกรั้งเสมอว่า ประโยชน์ส่วนรวมเป็นความมุ่งหมายของการดำเนินงาน ซึ่งเป็นนิติสมบัติของฝ่ายปกครอง²⁶⁹ และสิ่งที่แน่นอนที่สุดประโยชน์ส่วนรวม ย่อมมีความแตกต่างไปจากประโยชน์ส่วนบุคคลโดยสภาพ

2.4.10.2 ลักษณะทั่วไปและประเภทของประโยชน์ส่วนรวม

ความต้องการของแต่ละคนที่ตรงกันและมีจำนวนมากจนเป็นคนหมู่มาก หรือเป็นส่วนใหญ่ของสังคมความต้องการนั้นจึงถูกยกระดับให้เป็นประโยชน์ส่วนรวม²⁷⁰ เมื่อรัฐสภาได้ตรา

²⁶⁵ ขุนประเสริฐสุภมาตรา, *กฎหมายปกครอง*, น. 79.

²⁶⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 มาตรา 3

²⁶⁷ พิษยศักดิ์ หรยางกูร และณัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์, *หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี*, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 25), น. 12.

²⁶⁸ Eduardo Garcia de Enterría, Fernandes, Tomas Ramon, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid: Civitas, 2000), p. 458.

²⁶⁹ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536), น. 26.

²⁷⁰ ภูริชญา วัฒนรุ่ง และกัจจบดี ก้องเบญจกุล, *ปรัชญาและกฎหมายมหาชน*, น. 198.

กฎหมายขึ้นให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการเรื่องใด เรื่องนั้นก็เป็นเรื่องประโยชน์ส่วนรวม โดยน่านโยบายของรัฐบาลในแต่ละยุคสมัยมาพิจารณาได้ด้วยว่า การกระทำใดเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือไม่ ซึ่งผลที่ได้รับจากการกระทำเพื่อส่วนรวมไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลทั่วไป ราษฎรอาจได้รับเป็นราย ๆ โดยตรงก็ได้ เช่น การช่วยเหลือแก่ผู้ยากไร้ การช่วยเหลือผู้ขาดโอกาสทางการศึกษา การช่วยเหลือผู้ไม่มีงานทำการช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติต่าง ๆ²⁷¹ หรือราษฎรทั่วไปได้รับโดยอ้อมก็ได้ เช่น การป้องกันประเทศ การทูต การเก็บภาษี การสร้างถนน สะพาน การสร้างเขื่อน การสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อย การรักษาสิ่งแวดล้อม การผังเมือง²⁷² และข้อสำคัญของการวินิจฉัย ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์มหาชนและประโยชน์บุคคลสอดคล้องให้มากที่สุด ประโยชน์ของบุคคลพึงถูกละเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่เพียงขนาดจำกัดที่จำเป็น และบุคคลผู้ต้องเสียผลประโยชน์ส่วนตัวในกรณีพิเศษ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม และพึงจะได้รับค่าชดเชยทุกคราวที่เสียสละนั้น

โดยปกติองค์กรผู้กำหนดว่า สิ่งใดเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม ได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน ซึ่งทราบดีว่า สิ่งใดเป็นประโยชน์ส่วนรวม จึงมีการตรากฎหมายให้ฝ่ายปกครองนำไปปฏิบัติ แต่องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายดังกล่าวได้ทุกเรื่อง จึงมีการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิจารณาออกกฎหมายลำดับรองและกำหนดประโยชน์ส่วนรวมแทน โดยมีฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบในขั้นสุดท้ายว่าสิ่งนั้น คือ ประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่²⁷³ การออกคำสั่งทางปกครองอันเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองก็เช่นเดียวกัน ได้รับการสันนิษฐานก่อนเสมอว่าต้องกระทำอยู่ภายใต้หลักการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่การดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายของประโยชน์ส่วนรวมได้ ต้องมีกิจกรรม คือ การบริการสาธารณะ อันเป็นเครื่องมือควบคุมการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายนั้น และเป็นประโยชน์ในการตีความและควบคุมตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้ดำเนินการไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่

2.4.11 หลักการบริการสาธารณะที่ใช้เป็นเครื่องมือควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง (Public Service)

แหล่งที่มาของหลักการทางทฤษฎีในการบริการสาธารณะด้วยคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองในสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐว่า ภารกิจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปตามกฎหมาย ในการทำกิจกรรมเพียงเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมทั้งสิ้น อันเป็นการตอบแทนการเสีย

²⁷¹ ขุนประเสริฐศุกมาตรา, *กฎหมายปกครอง*, น. 112-114.

²⁷² บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ ก., *เล่มเดิม*, น. 394.

²⁷³ *André de Laubadère, Jean - Clamde Venezia, Yves Gaudemet, "Traité de Droit Administratif", Tome I, (Paris, L.G.D.J., 11ed, 1990), p. 687.*

ภาษีอากรของประชาชน²⁷⁴ การบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เป็นภารกิจหน้าที่ของรัฐ โดยการแบ่งให้องค์กรต่าง ๆ ภายในรัฐเป็นผู้ดำเนินการ เพื่อให้เกิดความรวดเร็ว คล่องตัว เหมาะสม ครอบคลุมทุกพื้นที่ แต่ภารกิจพื้นฐานของรัฐ เป็นลักษณะกิจกรรมเพื่อคุ้มครอง บำรุงส่งเสริม สังคม สงเคราะห์ กิจกรรมทางเศรษฐกิจต่าง ๆ ไม่ว่าในรูปแบบหน่วยงานรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือองค์กรเอกชนที่รัฐมอบหมาย²⁷⁵ เห็นว่า กิจกรรมที่รัฐจัดทำขึ้น โดยสภาพเป็นกิจกรรมที่ต้องใช้ เอกสิทธิ์ของรัฐในการใช้อำนาจบังคับและอยู่ในระบบราชการหรือถูกควบคุมโดยระบบราชการ อันได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ทั้งออกคำสั่งทางปกครอง ทำสัญญาทางปกครอง ปฏิบัติการทางกายภาพอันเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ทำให้ กิจกรรมดังกล่าวบรรลุผล

2.4.11.1 ประเภทของการบริการสาธารณะ

ประเภทที่หนึ่ง ดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่ากิจกรรมที่โดยสภาพเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องจัดทำไม่สามารถจะมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้าดำเนินการได้ และต้องอาศัย อำนาจพิเศษและเทคนิคพิเศษตามกฎหมายมหาชน ซึ่งจัดทำให้ประชาชน โดยไม่ต้องเสีย ค่าตอบแทน เช่น กิจกรรมการดูแลรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อย การป้องกันประเทศ และการคลัง การแสดงนาฏศิลป์ การศึกษาวิจัย สุขภาพ กีฬา เป็นต้น

ประเภทที่สอง เป็นบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำแต่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับเอกชน ซึ่งมีลักษณะเป็นทางการค้า อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นบริการที่มีวัตถุประสงค์ วิถีปฏิบัติงาน แหล่งที่มาของเงินทุนที่เน้นการผลิต จำหน่าย แบ่งปันผลตอบแทนเช่นเดียวกับเอกชน เช่น กิจการ ไฟฟ้า ประปา การขนส่ง เป็นต้น

เห็นว่า บริการสาธารณะประเภทหนึ่งกับประเภทที่สอง มีความแตกต่างกันหลาย ประการ เช่น ในด้านบริการของผู้ใช้บริการสาธารณะ ในประเภทที่หนึ่ง จะถูกกำหนดโดยกฎ ข้อบังคับทั้งหมด บริการสาธารณะประเภทสอง ผู้ใช้บริการ จะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมาย เอกชน ในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ บริการสาธารณะประเภทหนึ่ง กระทำเพื่อสนองความต้องการของ ประชาชนในด้านสังคม ในขณะที่บริการสาธารณะประเภทสอง ไม่เพียงแต่เพื่อสนองความต้องการ ของประชาชน ยังเน้นผลตอบแทนทางด้านเศรษฐกิจ เช่น การผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และ

²⁷⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น. 330-338.

²⁷⁵ ณัฏชา คุณาทัณฑ์, *เอกสารประกอบการสอนกฎหมายปกครอง, คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ต้นบุญ, 2554), น. 20.

มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่น กิจการของเอกชน สำหรับวิธีการปฏิบัติงาน บริการสาธารณะประเภทหนึ่ง วิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน บริการสาธารณะประเภทที่สอง วิธีปฏิบัติงานสร้างขึ้นเอง เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ ส่วนแหล่งที่มาของเงินทุน บริการสาธารณะประเภทหนึ่งเงินทุนจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียว บริการสาธารณะประเภทสอง แหล่งรายได้มาจากค่าตอบแทนที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ²⁷⁶

2.4.11.2 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

เมื่อกิจกรรมใดเป็นการบริการสาธารณะแล้ว กิจกรรมนั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์อย่างเดียวกัน ถูเสมือนเป็นกฎหมายของการบริการสาธารณะ²⁷⁷ ที่เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐาน อันเป็นหลักทั่วไปของการบริการสาธารณะ อันได้แก่ หลักความต่อเนื่อง หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ และหลักว่าด้วยความเสมอภาคในการบริการ²⁷⁸ เพราะหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหัวใจสำคัญ หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความสม่ำเสมอ และต่อเนื่องตลอดเวลา ส่วนจะต้องดำเนินการตลอด 24 ชั่วโมงหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับประเภทของบริการนั้นๆ²⁷⁹ อีกประการหนึ่ง บริการสาธารณะที่ดี จะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครอง และความต้องการของผู้ใช้บริการอยู่เสมอ²⁸⁰ ประการสุดท้าย ผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคนที่ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกัน ย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน ไม่ว่าจะการคุ้มครองความปลอดภัย การส่งเสริมสมรรถภาพ ราคา ค่าบริการ การเปิดโอกาสให้มีการแข่งขัน ฯลฯ²⁸¹ ส่วนหลักความเป็นกลาง หลักการให้เปล่า หลักความโปร่งใส หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน เป็นหลักการย่อย

²⁷⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), 35-41. และนันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง*, น. 339-345.

²⁷⁷ แหล่งเดิม, น.346.

²⁷⁸ กรพจน์ อัสวินวิจิตร, *หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ*, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล *หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4* วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, น. 7.

²⁷⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย*, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2555), น. 94-100.

²⁸⁰ สุภัสษา พันเลิศพาณิชย์, “บริการสาธารณะ ตอนที่ 1,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2561, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/422463>

²⁸¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 347-349.

เหล่านี้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริการสาธารณะเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานทั่วไป แต่เป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบเช่นเดียวกัน

เห็นว่า การจัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าโดยฝ่ายปกครอง รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ ย่อมเป็นการดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนรวม จึงอยู่ในเงื่อนไขต้องควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ทั้งสิ้น ในการควบคุมตรวจสอบองค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบ จะต้องควบคุมตรวจสอบให้อยู่ในเงื่อนไขหลักเกณฑ์ของบริการสาธารณะดังกล่าวข้างต้น และองค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบจะต้องควบคุมตรวจสอบต่อไปว่า การดำเนินการของฝ่ายปกครอง อยู่ในความหมายของประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ หากตรวจสอบแล้วเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล หรือเพื่อประโยชน์ของกลุ่มบุคคล ย่อมเป็นการกระทำที่ผิดวัตถุประสงค์ ผู้ควบคุมตรวจสอบต้องสั่งเพิกถอนการกระทำนั้น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่ฝ่ายปกครองยังไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ย่อมเป็นความไม่ชอบอีกประการหนึ่ง ผู้ควบคุมตรวจสอบย่อมมีอำนาจสั่งให้มีการจัดทำภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ หากการไม่ดำเนินการแล้วไปเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้ละเลยย่อมจะต้องรับผิดชอบในทางปกครองอีกด้วย

กล่าวโดยสรุป การพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ย่อมเป็นข้อสำคัญต่อการวินิจฉัยเพื่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมต้องมาจากรัฐสภาพ็นผู้ตรากฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แม้บางกรณีกฎหมายไม่บัญญัติว่า กรณีใดเป็นประโยชน์ส่วนรวม ก็เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจในการตีความว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นหรือไม่ และเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการตีความแล้วว่า เป็นประโยชน์ส่วนรวม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิเสธไม่ดำเนินการไม่ได้ และเมื่อฝ่ายปกครองเลือกดำเนินการแล้ว ในการใช้อำนาจดังกล่าว จะใช้อำนาจเกินขอบเขตของประโยชน์ส่วนรวมไม่ได้อีกเช่นกัน มิฉะนั้น ย่อมเป็นความบกพร่องด้านชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบต่อไปโดยศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรสุดท้าย ในการใช้ดุลพินิจตีความและชี้ว่าการดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ หากการกระทำการปกครองใดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อยู่บนฐานเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมแล้ว การกระทำเช่นนั้น เจ้าหน้าที่ก็มีอำนาจกระทำได้และชอบด้วยกฎหมายเสมอ หากสิ่งใดที่กระทำแล้วไม่ใช่ประโยชน์ส่วนรวมก็เป็นการใช้อำนาจมิชอบผิดวัตถุประสงค์ บิดผันกฎหมาย ส่วนกิจกรรมที่ใช้เป็นเครื่องมือหลักเกณฑ์ในการตีความว่า สิ่งนั้นเป็นประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ ต้องพิจารณาจากหลักการบริการสาธารณะ ที่ต้องมีความต่อเนื่อง มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง มีความเสมอภาค รวมถึงหลักเกณฑ์ย่อย ไม่ว่าหลักความเป็นกลาง หลักการให้เปล่า หลักความโปร่งใส

หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน ประกอบอันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบเสมอไม่ว่าองค์กรควบคุมตรวจสอบจะเป็นองค์กรภายในองค์กรภายในฝ่ายปกครอง หรือองค์กรศาลปกครอง

แต่อย่างไรก็ตาม หากเชื่อว่ากิจกรรมที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการเป็นการบริการสาธารณะทุกเรื่องต้องพิจารณาจากเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของกิจกรรมว่า เป็นกิจกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือไม่ หากไม่ใช่เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมแล้ว กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินไปก็ไม่ใช่กิจกรรมบริการสาธารณะ ที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

2.4.12 หลักคุณภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ดังได้กล่าวแล้วว่า ประโยชน์ส่วนรวม เป็นประโยชน์ตามความต้องการที่ตรงกันของคนหมู่มาก แต่ไม่ได้หมายความว่า ทุกคนจะต้องได้รับประโยชน์เท่าเทียมกันทั้งหมด แม้หลัก“คุณภาพ” ระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะหมายถึง “ความเท่ากันเสมอกัน”²⁸² แต่ความเท่ากัน เสมอกันดังกล่าว เป็นสิทธิและเสรีภาพระหว่างประชาชนด้วยกันเองเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง จะให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์ส่วนรวมมีสถานะเสมอกัน หรือเท่ากัน ในสภาพความเป็นจริงย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากภารกิจหลักขององค์กรฝ่ายปกครอง ต้องรักษาประโยชน์ส่วนรวมไว้ กฎหมายจึงจำเป็นต้องมอบเอกสิทธิ์ให้แก่ฝ่ายปกครองกระทำการบางอย่าง เช่น การออกคำสั่งทางปกครองได้โดยฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมหรือร้องขอจากเอกชน ไม่ว่าจะออกคำสั่งทางปกครองนั้น จะกระทำการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ หรือเพื่อดำเนินการต่าง ๆ ในการจัดให้มีสาธารณูปโภค เป็นต้น ทั้งนี้ ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น ประโยชน์ส่วนบุคคลไม่อาจอยู่เหนือประโยชน์ส่วนรวมได้²⁸³ ในการสร้างคุณภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ กับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดูเหมือนจะไปด้วยกันไม่ได้ แต่จุดมุ่งหมายของ คุณภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ หากแต่กฎหมายเพียงต้องการให้เกิดจุดสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้สัดส่วนที่เหมาะสมต่างหาก ซึ่งเหตุผล ความจำเป็น วิธีการ ประสิทธิภาพ ในการสร้างจุดสมดุลจะบรรลุผลสำเร็จได้ ก็ด้วยคุณสมบัติ ความรู้ ความตระหนักในความสำคัญ และทักษะของนักกฎหมายมหาชน ที่จะใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนเท่านั้น โดยการนำแนวคิด หลักเกณฑ์

²⁸² พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 “คุณภาพ”

²⁸³ Andrew Le Sueur, Maurice Sunkin, Jo Eric Khushal Murkens, *Public Law Text, Cases, and Materials*, (New York: Oxford University Press, 2010), p. 13.

ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายรับรองคุ้มครองไว้ กับหลักเกณฑ์ของประโยชน์ส่วนรวมตามวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองตามที่ได้กล่าวแล้วในงานวิจัยนี้มาใช้และตีความ ซึ่งบางกรณีกฎหมายให้ความสำคัญกับประโยชน์ส่วนรวม บางกรณีกฎหมายให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น การใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนในการสร้างความสมดุลดังกล่าว ต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย การปรับปรุงการบริหารงานของฝ่ายปกครอง ความมั่นคงทางกฎหมาย และความเชื่อถือนิติกรรมทางปกครอง ให้เหมาะสมกับสถานการณ์แต่ละกรณี มาเป็นเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักหาดุลยภาพดังกล่าวด้วย จะนำไปปัจจัยเชิงจำนวนของผู้ได้รับประโยชน์ประการเดียวมาพิจารณาว่าเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือไม่ ย่อมไม่อาจกระทำได้ ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักที่นำมาใช้ เพื่อควบคุมตรวจสอบประกอบการพิจารณาดุลยภาพมีเกณฑ์หลายประการ

หลักเกณฑ์ประการแรก คือ การตีความหมาย ถ้อยคำที่บ่งชี้ประโยชน์ส่วนรวม ในการตีความดังกล่าว ไม่ใช่กรณีที่เจ้าหน้าที่จะมีอำนาจดุลพินิจในการตีความ แต่ต้องพิจารณาจากขอบเขตตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายบัญญัติซึ่งเป็นภาวะวิสัยเท่านั้น ไม่อาจนำอัตวิสัยมาตีความได้ โดยนำข้อเท็จจริงมาประกอบการตัดสินใจว่า จะต้องปรับใช้ในทิศทางใดและการนำไปใช้จะต้องมีทางเลือกเดียว ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ตามข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น²⁸⁴ โดยคำนึงถึงความเป็นพลวัต ที่ต้องพิจารณาให้ทันสมัยต่อการเปลี่ยนแปลง และความยั่งยืนของประโยชน์ที่เกิดขึ้นในอนาคตที่มีต่อชนรุ่นหลังประกอบกันเสมอ ไม่อาจพิจารณาบนฐานของประโยชน์ผู้คนแต่เพียงในปัจจุบัน เช่น การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองอนุญาตให้สร้างโรงไฟฟ้า หรือสร้างนิคมอุตสาหกรรม ซึ่งจะต้องพิจารณาในอนาคตคนรุ่นหลัง อาจได้รับผลกระทบจากสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรถูกทำลาย หรือประชาชนได้รับอันตรายต่อสุขภาพ การปล่อยก๊าซพิษ ภาวะการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศในระยะยาวประกอบการพิจารณาด้วย เป็นต้น รวมถึงการพิจารณาจากแง่มุมอื่นด้วย ไม่ว่าจะแง่มุมการสร้างฐานะความเป็นอยู่ของประชาชน หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ การจ้างงาน ประชาชนมีอาชีพ รายได้ และความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น การเข้าใจถึงความหลากหลายของประโยชน์ส่วนรวมดังกล่าว จะทำให้การตีความเพื่อสร้างดุลยภาพเกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของเจตนารมณ์ของกฎหมายตามความเข้าใจของของวิญญูชน ในฐานะผู้มีตำแหน่งหน้าที่อย่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยึดโยงกับหลักการปกครอง เช่น ตีความถ้อยคำ ว่า “ความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อประโยชน์สาธารณะ” จึงจะต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ จะตีความถ้อยคำดังกล่าว ตามกฎหมายอื่นไม่ได้ เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมาย

²⁸⁴ Anan, Khongkruephan, “Aspecto Jurídico de la Privatización de Empresas Públicas: Un Estudio Comparativo del Modelo Español con el Tailandés,” (Tesis Doctora, Carlos III Univesidad, 2013), P. 315.

แต่ละฉบับต่างกัน การปรับถ้อยคำที่ไม่ตายตัวที่ผิดพลาดหรือตีความหมายผิด ก็เข้าข่ายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้²⁸⁵

หลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เกิดดุลยภาพการพิจารณาตามเกณฑ์ประการแรกเป็นเกณฑ์หนึ่งของประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น แต่ยังมีหลักเกณฑ์ด้านสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่ต้องพิจารณาในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองให้เกิดดุลยภาพด้วย เช่น ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นให้สัมฤทธิ์ผล โดยการยกเลิก หรือเพิกถอน ไม่อาจจะพิจารณาประโยชน์ส่วนรวมแล้ววินิจฉัยไปได้ แต่ต้องพิจารณาหลักการอื่น ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลประกอบด้วย เช่น นำหลักความมั่นคงของกฎหมาย หลักความเชื่อถือว่าไว้วางใจต่อฝ่ายปกครอง หลักความได้สัดส่วน หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะของบุคคล หลักความสุจริตของความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองร่วมด้วย เป็นต้น ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี เช่น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงจากฝ่ายปกครองว่า คำสั่งทางปกครองใดก็ตาม เป็นคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งที่ให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้หรือไม่ ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน โดยพิจารณาถึงความเสียหายที่ประชาชนได้รับด้วย หรือกรณีฝ่ายปกครองต้องการจะทำให้คำสั่งทางปกครองสัมฤทธิ์ผล และปรากฏข้อเท็จจริงว่า คำสั่งทางปกครองที่จะทำให้สัมฤทธิ์ผล เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ในการจะยกเลิกฝ่ายปกครองต้องพิจารณาสีทธิของประชาชนอย่างกว้าง และจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนด และหากไม่กระทำการจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งจะยกเลิกได้เฉพาะในส่วนที่ผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์เท่านั้น ทั้งนี้ หากผู้รับประโยชน์เชื่อในความสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ผู้นั้นย่อมได้รับค่าทดแทนความเสียหายด้วย²⁸⁶

จากที่กล่าวมาเห็นว่า หลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบทั้งภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน ซึ่งอาจเกิดจากตัวผู้ทำสั่งทางปกครองตรวจสอบเห็นเอง หรือจากการควบคุมตรวจสอบขององค์กรผู้บังคับบัญชา โดยอาศัยอำนาจตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินทั่วไป หรือควบคุมตรวจสอบในฐานะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าสามารถควบคุมตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วย

²⁸⁵ อนันต์ คงเรือพันธ์, ประโยชน์สาธารณะในแง่มรดกศิลปกรรม, 722-726. และอนันต์ คงเรือพันธ์, ข้อความคิดเกี่ยวกับถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัวและความแตกต่างกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 17 (2), (เมษายน - มิถุนายน 2560), 8-10.

²⁸⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51-53

กฎหมาย และความเหมาะสม ส่วนองค์กรตรวจสอบภายนอกคือศาลปกครอง ที่ตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น ศาลปกครองย่อมไม่อาจนำหลักเกณฑ์ทั้งหมดที่กล่าวข้างต้นมาใช้ได้ แต่นำมาใช้เฉพาะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณียกตัวอย่างที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยโดยนำหลักคุณูปภาพดังกล่าวมาวินิจฉัย เช่น การสร้างรั้วคอนกรีตล้อมรอบสถานที่ราชการ อันเป็นการรักษาความปลอดภัยของสถานที่ราชการ แต่ปิดบังทางเข้าออกเอกชนกิจการร้านค้าซึ่งเป็นประโยชน์ของเอกชน กรณีดังกล่าวจึงไม่เป็นการสร้างความเสียหายแก่เอกชนเกินสมควร เมื่อเทียบกับประโยชน์ต่อราชการและประโยชน์ของประชาชนโดยรวมที่มาติดต่อราชการ²⁸⁷ หรือกรณีการก่อสร้างด้านข้างหน้าหน้าถาวรของกรมทางหลวง แต่ปิดบังทางเข้าออกในที่ดินของเอกชนเหลือเพียง 10 เมตร จากความยาว 97 เมตร ถือว่าเป็นอุปสรรคแก่การใช้ประโยชน์ในที่ดินของเอกชนจนเกินสมควรเกินสมควรที่ประชาชนจะได้รับ²⁸⁸ หรือกรณีการติดตั้งเสาไฟฟ้าบดบังหน้าดินและอาคารบางส่วน ยังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมากเกินสมควรจนมีผลกระทบต่อความเสมอภาค ในการรับภาระสาธารณะหรือผลประโยชน์ที่จะเกิดต่อสาธารณะ²⁸⁹ เป็นต้น

ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิของประชาชนแต่ละกรณี ไม่ว่าจะคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงเป็นการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยนำหลักความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ในคำสั่งทางปกครองนั้นมาพิจารณาเสมอ เช่น บางกรณีก็เพื่อรักษาความชอบด้วยกฎหมายเอาไว้ บางกรณีเพื่อรักษาความมั่นคงและความเชื่อถือในคำสั่งทางปกครองเอาไว้ บางกรณีเพื่อรักษาความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายเอาไว้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณี

2.4.13 หลักความสัมพันธ์ของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง

เนื่องจากฝ่ายปกครองใช้อำนาจบริหาร ในการมุ่งรักษาเสถียรภาพและรักษาประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ เพื่อจะรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ แต่ศาลปกครองใช้อำนาจตุลาการ โดยมุ่งคุ้มครองพิทักษ์รักษาสิทธิที่ชอบตามเจตจำนงของกฎหมาย ซึ่งทั้งสองฝ่ายแม้ต่างมีแนวคิดและความมุ่งหมายคนละด้าน โดยฝ่ายปกครองมองจากรัฐไปสู่ประชาชน แต่ศาลปกครองมองจากประชาชนขึ้นไปหารัฐ²⁹⁰ อย่างไรก็ตามสถานะความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครอง

²⁸⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 1770/2559

²⁸⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 1497/2559

²⁸⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 172/2560

²⁹⁰ วิชามหาคุณ, *อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ: ความมั่นคงของชาติและหลักนิติธรรม*,

(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 46-47.

กับศาลปกครองไทยตามกฎหมายนั้น มีความใกล้ชิดและส่งผลต่อกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีความสัมพันธ์ทั้งกับฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการคือศาลปกครองด้วย หมายความว่า ในขณะที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองใด ต้องผูกมัดหรือผูกพันตนเองกับกฎหมาย คือ อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น ขณะเดียวกันฝ่ายปกครองต้องถูกตรวจสอบจากฝ่ายตุลาการศาลปกครองว่า คำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองเคารพตามหลักกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นหรือไม่ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงยืนอยู่ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้มีหน้าที่ตรากฎหมายให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติ กับฝ่ายตุลาการผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายเสมอ²⁹¹ การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง จึงย่อมมีทั้งหลักเกณฑ์ร่วมกัน และต่างกันหลายประการ

2.4.13.1 การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง มีรูปแบบการควบคุมตรวจสอบ ทั้งในเชิงการป้องกันและเชิงแก้ไข โดยไม่มีองค์กรศาลปกครองเข้ามาเกี่ยวข้อง²⁹² การควบคุมตรวจสอบวิธีการแรก คือ การควบคุมตรวจสอบแบบป้องกัน เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนก่อนที่คำสั่งทางปกครองจะมีผลถึงประชาชน อันเป็นระยะเตรียมการก่อนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งการควบคุมตรวจสอบครอบคลุมถึง การควบคุมให้ฝ่ายปกครองพิจารณาถึงความเหมาะสมก่อนออกคำสั่งทางปกครองนอกจากความชอบด้วยกฎหมายด้วย²⁹³ โดยใช้อำนาจทั่วไป และอำนาจตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง การใช้อำนาจทั่วไปกรณีที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้เป็นเรื่อง ๆ เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้อย่างกว้าง ๆ ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาตามขอบเขตการบังคับบัญชาทั่วไป ซึ่งได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้วในหัวข้อหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสม ก่อนที่ผู้ได้บังคับบัญชาจะออกคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะเกิดจากการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองจากผู้ที่เกี่ยวข้อง ทั้งลายลักษณ์อักษรหรือกระทำด้วยวาจา หรือโดยรูปแบบอื่น ๆ หรืออาจเกิดจากผู้บังคับบัญชาเห็นเอง รูปแบบการควบคุมวิธีนี้ องค์กรผู้บังคับบัญชา มักจะกำหนดแนวทางปฏิบัติไว้เป็นการแน่นอนล่วงหน้าเป็นการทั่วไป แม้ว่า การควบคุมตรวจสอบโดยวิธีนี้ทำได้โดยสะดวก แต่ในด้านหนึ่งประชาชนอาจไม่ได้รับความเป็นธรรม เพราะผู้บังคับบัญชาจะพิจารณาเรื่องนั้นหรือไม่ก็ได้ ซึ่งอยู่ในอำนาจดุลพินิจ อาจมีการปกป้อง ช่วยเหลือการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชาด้วยกันก็ได้เพราะอยู่ในสายงานบังคับ

²⁹¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*, น. 7.

²⁹² บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, น. 67-141.

²⁹³ โภคิน พลกุล, *รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง*, *วารสารนิติศาสตร์* 12 (1), (มิถุนายน 2524), น. 41.

ปัญหาเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้ทำคำสั่งทางปกครองเห็นว่า เพื่อความรอบคอบและความถูกต้องอาจขอหารือไปยังผู้บังคับบัญชา หรือหารือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนด ซึ่งอยู่นอกสายงานการบังคับบัญชา ในลักษณะการให้ความเห็น การตีความกฎหมาย แต่ก็เป็นดุลพินิจในการขอหารือหรือไม่เช่นกัน

ส่วนการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองแบบป้องกันอีกวิธีหนึ่ง เป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องขอความเห็นจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนจะทำคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะในรูปองค์กรเดียว ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งเพียงคนเดียว และในรูปองค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการต่าง ๆ ซึ่งจะได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ของงานวิจัยนี้ หรือการให้ประชาชนมีส่วนร่วม เช่น การกำหนดให้มีการโต้แย้งก่อนจะมีการออกคำสั่งทางปกครอง การให้ประชาชนทั่วไปได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารก่อนจะมีการทำคำสั่งทางปกครอง หรือการปรึกษาหารือ ใต้สวนสาธารณะ ประชาพิจารณ์ต่าง ๆ ซึ่งรายละเอียดจะกล่าวไว้ในหัวข้อ หลักการมีส่วนร่วมตามหลักกฎหมายทั่วไป

เห็นว่า วิธีการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองแบบป้องกัน ก่อนการทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้น มีการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อย ยิ่งการควบคุมตรวจสอบเชิงป้องกันทั่วไปในฐานะผู้บังคับบัญชา จะมีการตรวจสอบและรับไว้เพื่อตรวจสอบเพียงรูปแบบโดยไม่ได้พิจารณาในเนื้อหาแต่อย่างใด อันเป็นการชะลอเวลาใช้อำนาจกับประชาชนเท่านั้น หรือแม้การควบคุมตรวจสอบเชิงป้องกันตามวิธีการของกฎหมายเฉพาะจะกระทำพอเป็นพิธี เพื่อให้ครบถ้วนตามขั้นตอนให้ชอบด้วยทางวิธีบัญญัติตามกฎหมายเท่านั้น อาจไม่มีผลต่อการตัดสินใจในการออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใดอีกเช่นกัน จากที่กล่าวข้างต้น การควบคุมตรวจสอบเชิงป้องกันเพียงวิธีเดียว แม้จะเกิดผลดีในการป้องกันความเสียหายก่อนจะเกิดแก่ประชาชนก็ตาม แต่วิธีการดังกล่าวยังไม่เพียงพอต่อการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงต้องมีวิธีการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองภายหลัง ที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้วด้วย ในเชิงแก้ไขในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

การควบคุมตรวจสอบวิธีการที่สอง คือ การควบคุมตรวจสอบแบบแก้ไข เป็นการควบคุมตรวจสอบภายหลัง เมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นแล้ว ผู้ควบคุมตรวจสอบไม่ว่าในฐานะการใช้อำนาจทั่วไปในฐานะบังคับบัญชา หรือในฐานะใช้อำนาจตามกฎหมายที่ระบุเฉพาะเรื่อง วิธีการควบคุมตรวจสอบไม่มีความแตกต่างกัน คือ สามารถตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม ความแตกต่างอยู่ที่ผลของการควบคุมตรวจสอบเท่านั้น กล่าวคือ การควบคุมตรวจสอบในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาตามสายบังคับบัญชา ผลของการควบคุม คือ ผู้ควบคุมตรวจสอบมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเพิกถอนคำสั่งนั้นได้ และ

ให้มีการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ หากมีการฝ่าฝืน ผู้ควบคุมตรวจสอบก็ใช้อำนาจของการบังคับบัญชา พิจารณาดำเนินการทางวินัยหรือใช้มาตรการทางอาญาอันนำไปสู่การลงโทษ หรือพิจารณาความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่แล้วแต่กรณี ส่วนผลของการควบคุมตรวจสอบโดยใช้อำนาจเฉพาะเรื่อง ไม่ว่าในลักษณะองค์กรเดี่ยว หรือองค์กรกลุ่ม โดยใช้วิธีการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ผลของการควบคุมตรวจสอบ ก็คือ ผู้มีอำนาจควบคุมคือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จะมีอำนาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอน ยกเลิกเฉพาะตัวคำสั่งนั้น ได้ตามที่กฎหมายนั้นให้อำนาจไว้ และถือว่า คำสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอน ยกเลิกนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เอง แยกต่างหากจากคำสั่งทางปกครองเดิม แต่จะดำเนินการควบคุมตรวจสอบลงโทษทางวินัยแก่ตัวผู้ทำคำสั่งไม่ได้ ซึ่งจะได้ศึกษาในบทที่ 3 เรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองโดยละเอียดต่อไป สำหรับขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองภายหลังจากมีคำสั่งทางปกครองแล้วนี้ สามารถควบคุมตรวจสอบได้ทั้งเชิงรูปแบบและเชิงเนื้อหา²⁹⁴ ย่อมต้องควบคุมตรวจสอบตามเงื่อนไขหลักเกณฑ์นั้นๆ ซึ่งได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้ว ในหัวข้อความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

2.4.13.2 การตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

โดยปกติแล้วศาลปกครองจะทำหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายปกครอง ในการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้นแล้วได้ทุกประเภทและทุกหน่วยงาน เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนให้เป็นการยกเว้นเท่านั้น ซึ่งศาลปกครองจะระมัดระวังมิให้คำวินิจฉัยของตนไปขัดขวางการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ขณะเดียวกันก็ต้องตรวจสอบมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทั้งต้องหาทางปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนควบคู่ไปด้วย

ดังนั้น คำพิพากษาศาลปกครอง ถือเป็นคุณลักษณะของมาตรการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ ตามหลักนิติธรรม อย่างน้อยในแง่ของหลักกฎหมายทั่วไป เช่น แง่ความมั่นคงของกฎหมาย ซึ่งเป็นการนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดี ในคำพิพากษา จะให้ความหมายที่แท้จริงของกฎหมายที่เกิดขึ้นซ้ำ ๆ ในเรื่องเดียวกัน จนกลายเป็นบรรทัดฐานที่แสดงออกในความมั่นคงทางกฎหมาย โดยการสร้างเสถียรภาพ ความเสมอภาค และเกิดความศรัทธาในตัวกฎหมาย และเกิดความเชื่อมั่นในสถาบันศาล อันแสดงให้เห็นถึงการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกต้องแท้จริง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการในการผดุงความยุติธรรมอย่างเป็น

²⁹⁴ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, “การควบคุมตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครองตามกฎหมายเยอรมัน,” (2545), น. 5-6. และมนตรี รูปสุวรรณ, “หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย,” วารสารกฎหมายปกครอง 6 (3), (ธันวาคม 2530), น. 585-587.

รูปธรรม²⁹⁵ คำพิพากษาจึงเป็นผลงาน หรือผลผลิตของกระบวนการยุติธรรม ที่เป็นการตอบข้อเรียกร้องของคู่กรณีในการชี้ขาดข้อพิพาทไปในทางใดทางหนึ่ง คำพิพากษาของศาลปกครอง จึงเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิด วัฒนธรรม ระบบกฎหมาย ได้เป็นอย่างดี

ในการที่ศาลปกครองตรวจสอบการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองก็เช่นเดียวกัน จะผูกพันกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเสมอ ตามเหตุผลของความชอบธรรมให้สอดคล้องกับสภาพของความเป็นจริง ระบบการปกครองและบริบทของสังคม ซึ่งศาลปกครองมีหน้าที่จะต้องเคารพฝ่ายบริหารด้วย อันเป็นเส้นแบ่งในการควบคุมตรวจสอบเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการเข้าแทรกแซงตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในทุกขั้นตอนของสายงานการบังคับบัญชา จนก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจบริหารแทนที่ฝ่ายปกครอง หรือเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหาร จนกลายเป็นอุปสรรคในการบริหารที่มีผลต่อประสิทธิภาพในการให้บริการสาธารณะ อันอาจทำให้หลักการเคารพ ฝ่ายบริหารและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครองมีผลเพียงในทางทฤษฎีเท่านั้น²⁹⁶ จากการศึกษาพอประมวลหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบได้หลายลักษณะ ไม่ว่าจะตรวจสอบองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนของการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครอง แบบของคำสั่งทางปกครอง ข้อกำหนดหรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขทางข้อเท็จจริง ความมุ่งหมายของการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทั้งหมดได้กล่าวมาแล้วโดยละเอียดในหัวข้อหลักการใช้ดุลพินิจของศาลปกครอง ซึ่งในการใช้ดุลพินิจตรวจสอบของศาลปกครองนั้น ควรสอดคล้องกับคำกล่าวที่ว่า “การพิจารณาคดีปกครองของตุลาการนั้น ตุลาการจะต้องรู้จักและเข้าใจวิธีการทำงานและปัญหาของ ฝ่ายปกครอง ระเบียบ แบบแผน วิธีปฏิบัติ เนื่องจากจะต้องชี้แจงน้ำหนักให้พอเหมาะพอควร ระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนรายที่เป็นคู่ความกับการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยไม่เป็นการขัดขวางการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง และให้เป็นทีเคารพนับถือของฝ่ายปกครอง ถ้าหากคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนมากเกินไป หรือเคร่งครัดในหลักกฎหมายมากเกินไปจนไม่คำนึงถึงผลกระทบในทางปฏิบัติที่จะตามมา ก็อาจจะเป็นผลเสียต่อประโยชน์ส่วนรวมได้เช่นกัน ฝ่ายปกครองจะมีความรู้ดีกว่ากฎหมายเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานและพัฒนาสังคมให้เป็นไปโดยราบรื่น”²⁹⁷

²⁹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น. 86-87.

²⁹⁶ เอกสิทธิ์ จันตะมา, “องค์ประกอบของคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศสเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลปกครองไทย,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 18 (1), (มกราคม - มีนาคม 2561), น. 72.

²⁹⁷ ชาญชัย แสงวงศ์, *พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและของไทย*,

เห็นว่า ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ที่ประชาชนและหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองประกอบด้วยสามส่วน

ส่วนแรก เป็นส่วนองค์กรที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง คือ องค์กรผู้ใช้อำนาจปกครอง ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น ราชการอิสระ รัฐวิสาหกิจ และองค์กรอื่น ๆ ที่ใช้อำนาจปกครอง เช่น คณะกรรมการ สภาวิชาชีพต่าง ๆ แต่ก็มีข้อยกเว้นที่ไม่อยู่ในภายใต้การตรวจสอบ คือ การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชำนาญพิเศษสังกัดศาลยุติธรรม ได้แก่ ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น แม้การกระทำขององค์กรเหล่านี้เป็นการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม²⁹⁸

ส่วนที่สอง เกี่ยวกับตัวคำสั่งทางปกครองที่เป็นเงื่อนไขการตรวจสอบของศาลปกครอง สอดคล้องกับบทนิยามในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทั้งคำสั่งทางปกครองทั่วไป และคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับเป็นการเฉพาะราย²⁹⁹ ซึ่งได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้วในประเภทของคำสั่งทางปกครอง

ส่วนที่สาม เกี่ยวกับลักษณะการตรวจสอบ ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ในแง่การใช้อำนาจทั้งรูปแบบ เนื้อหา วัตถุประสงค์ และวิธีการว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ดังนั้น การที่ศาลปกครองตรวจสอบข้อพิพาท เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองตามลักษณะดังกล่าวข้างต้น ตั้งอยู่บนหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม เพื่อให้ฝ่ายปกครองเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม จะมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองหรือตุลาการเท่านั้น เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ด้วยการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นอาวุธที่ทรงประสิทธิภาพมากที่สุด สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดแต่ได้ผลในทางปฏิบัติมากที่สุดเท่าที่ปรากฏในปัจจุบัน³⁰⁰ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาคดีพิพาทระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองมีกระบวนการพิจารณาที่แตกต่างจากคดีทั่วไป เพราะผลคำของพิพาทอาจกระทบถึงการบริหารราชการแผ่นดิน หรือต้องจ่ายเงินภาษีของส่วนรวมเป็นค่าชดเชยหรือ

(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), 81-82.

²⁹⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3

²⁹⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 5

³⁰⁰ ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและของไทย, น. 85.

ค่าเสียหายแก่เอกชน และขณะเดียวกันเอกชนจะอยู่ในฐานะเสียเปรียบที่ไม่อาจทราบข้อมูลจากหน่วยงานของรัฐได้ ดังนั้น ศาลปกครองจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้เป็นอย่างดี ซึ่งในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งทางรูปแบบ และทางเนื้อหาตามขอบเขตอำนาจในการรับฟ้องคดี³⁰¹ (รายละเอียดดูในภาคผนวก ข.) อนึ่ง ยังมีเหตุในเรื่องความบกพร่องที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครองอีกเหตุหนึ่ง ที่ศาลปกครองมีอำนาจรับฟ้องคดี คือ การละเลยในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าในการจะออกคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่ไม่ได้รวมในเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพราะในขณะพิจารณาคดีของศาลปกครอง ยังไม่มีตัวคำสั่งทางปกครองที่ศาลปกครองจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้โดยสภาพ ซึ่งไม่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของตัวคำสั่งแต่อย่างใด หากศาลปกครองเห็นว่าการละเลยหรือมีการล่าช้าในการออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจเพียงสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองตามที่กำหนดเท่านั้น³⁰² นอกจากนี้ที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในแต่ละคดีศาลปกครองยังหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปในการตรวจสอบได้เสมอ แม้ว่าหลักการดังกล่าวไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ดังจะกล่าวในหัวข้อหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในงานวิจัยนี้ ส่วนความเหมาะสมศาลปกครองไม่มีความเหมาะสมสำหรับการตรวจสอบความเหมาะสม ในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง ก็เพราะความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ที่จะให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย หากให้ศาลปกครองมาเป็นผู้วางแนวทางการบังคับใช้กฎหมายอีก ความเป็นเอกภาพในการใช้อำนาจก็ย่อมเกิดความไม่มั่นคงแน่นอน เมื่อพิจารณาจากสภาพความเป็นจริง องค์กรฝ่ายปกครองมีความชำนาญและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อความเหมาะสมหรือความไม่เหมาะสม ในการใช้อำนาจทั้งต่อฝ่ายปกครองด้วยกันเองและต่อประชาชน จึงป้องกันไม่ให้ศาลปกครองเข้ามาตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เพื่อมิให้เกิดสภาพที่องค์กรตุลาการนำเอาดุลพินิจของตนมาแทนที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้ศาลปกครองควบคุมในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาขององค์กรฝ่ายปกครองเสียเอง

แต่อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการยอมรับว่า ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความสามารถบรรลุผลของมาตรการต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง เฉพาะเพื่อค้นหาความประสงค์ในใจของฝ่ายปกครองอันเป็นเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับการตรวจสอบความเหมาะสม ศาลปกครองจึงต้องจำกัด

³⁰¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9

³⁰² พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 72

ขอบเขตในการใช้อำนาจตรวจสอบ มิให้ก้าวล่วง ไปตรวจสอบดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครองอัน เป็นวิสัยของวิญญูชนเท่านั้น ไม่ใช่วิสัยของศาลปกครอง³⁰³ ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่าย ปกครอง จึงมีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองตาม เหตุผลที่กล่าวแล้วข้างต้น

2.4.14 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน

การใช้กฎหมาย หรือการตีความด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยยึดเฉพาะแต่ด้วยบท กฎหมายเท่านั้นเป็นเกณฑ์การวินิจฉัย โดยไม่เปิดช่องให้พิจารณาไปถึงข้อเท็จจริง หรือสาระสำคัญ อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือไม่ยอมให้นำหลักกรรมอื่นมาใช้ในการวินิจฉัย ย่อมเป็นความยุติธรรมตาม แบบพิธีเท่านั้น กฎหมายต้องเป็นเครื่องมือที่ใช้เพื่อเป็นหลักประกัน หรือพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพ ของปัจเจกชน จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง ขณะเดียวกันกฎหมายก็เป็น เครื่องมือของฝ่ายปกครอง อย่งไรก็ตาม ลำพังเพียงแต่กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ถึงแม้จะมี อยู่เป็นจำนวนมาก แต่ก็ยังไม่เพียงพอต่อการใช้ในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมให้เกิด ความเป็นธรรม เพราะสังคมมีการพัฒนาไปตลอดเวลา ความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับรัฐก็ เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลาเช่นเดียวกัน ฝ่ายผู้ตรากฎหมายจึงไม่อาจจะบัญญัติและคาดการณ์สิ่งที่ เกิดขึ้นได้ทุกสิ่ง ดังนั้น การพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายโดยศาลให้ เกิดความเป็นธรรมจึงเป็นสิ่งจำเป็นทุกสังคม

หลักกฎหมายทั่วไป หรือเรียกว่าหลักทั่วไปของกฎหมายก็ได้ ภาษาอังกฤษใช้คำว่า General Principles of Law ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า Les Principes Généraux du Droit และภาษาอิตาลี ใช้คำว่า Principi Generali Diritto หมายถึง “หลักที่มีอยู่ในกฎหมายทั่ว ๆ ไป ไม่จำกัดเฉพาะ ประเทศใดประเทศหนึ่ง”³⁰⁴ แม้จะเรียงถ้อยคำไม่เหมือนกันแต่ก็ใช้ในความหมายเดียวกันอันอาจ เป็นที่มาของกฎหมายแห่งรัฐในเวลาต่อมาด้วย³⁰⁵ เช่น หลักความเสมอภาคของประชาชนภายใต้ กฎหมาย หลักการเคารพในสิทธิของผู้อื่น หลักของการมีสิทธิดีกว่าในระหว่างผู้ได้ทรัพย์สินอัน เดียวกัน ที่ฝ่ายตุลาการค้นหาจากแหล่งต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับในระบบกฎหมาย โดยจะรวมไว้ใน รัฐธรรมนูญ แม้ต่อมาจะมีการนำหลักทั่วไปของกฎหมายมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ไม่ทำให้ ความเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หดถอยลงแต่อย่างใด³⁰⁶

³⁰³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เล่มเดิม, น. 218.

³⁰⁴ ไพจิตร ปุญญพันธ์, “หลักทั่วไปของกฎหมาย,” *ศาลพาห* 11, (2507), น. 6.

³⁰⁵ อักษราทร จุฬารัตน, “รวมบทความกฎหมายของประธานศาลปกครองสูงสุด,”

สำนักงานศาลปกครอง,(กรุงเทพฯ: บริษัท ดินดีไซน์ จำกัด, 2553), น. 40.

³⁰⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, 428.

2.4.14.1 ลักษณะหลักกฎหมายทั่วไป

ดังที่กล่าวแล้วว่า ลำพังเพียงแต่กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ถึงแม้จะมีอยู่เป็นจำนวนมาก แต่ก็ยังไม่เพียงพอต่อการใช้ในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคม หลักกฎหมายทั่วไปเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็น จึงเป็นหน้าที่ของศาลในการสกัดจากตัวบทกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ จะไม่พิพากษาคดีโดยเห็นว่า ไม่สามารถค้นหาหลักกฎหมายมาตัดสินคดีไม่ได้³⁰⁷ เนื่องจากหลักดังกล่าวมีอยู่แล้ว ก่อนศาลจะค้นพบและนำมาใช้ ศาลอาศัยอำนาจ(หน้าที่)ในการตัดสินคดีโดยค้นหา และยืนยัน มิใช่สร้างขึ้นเอง

2.4.14.2 การใช้หลักกฎหมายทั่วไป

ศาลฎีกาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสอ้างคำปรารภในรัฐธรรมนูญ และคำประกาศสิทธิพลเมืองและมนุษยชน และความคิดทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง กฎหมายในสังคม เป็นหลักในการนำกฎหมายทั่วไปมาใช้³⁰⁸ โดยนำหลักเกี่ยวกับสิทธิในการรับฟังความทุกฝ่ายมาเป็นกฎเกณฑ์แรก ในการรับรู้ตรวจสอบเอกสารต่าง ๆ และมีสิทธิชี้แจงเพื่อโต้แย้งได้³⁰⁹ ซึ่งศาลพยายามอ้างอิงโยงไปหาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ลายลักษณ์อักษร โดยมีวิธีการนำรัฐบัญญัติหลาย ๆ ฉบับที่วางหลักการสอดคล้องกันเพื่อค้นเจตนารมณ์หรือตรรกะของกฎหมายนั้น ผ่านการสร้างหลักความยุติธรรมในรูปแบบคำพิพากษา ในการรับรองและคุ้มครองบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญของประชาชนอื่น ๆ ในเวลาต่อมา เช่น เสรีภาพในการเดินทาง ติดต่อสมาคม การค้า อุตสาหกรรม หรือคุ้มครองความเสมอภาค เช่น ความเสมอภาคในการบริการสาธารณะ การรับราชการ การเสียภาษี หรือการคุ้มครองความมั่นคงของบุคคล หลักการกระทำทางปกครองต้องมีผลไปในอนาคตเท่านั้น หลักการป้องกันสิทธิของตนเอง³¹⁰ เป็นต้น ซึ่งศาลสามารถหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปมาเพิ่มคุณค่าให้กับคำพิพากษา ไม่ใช่เพียงค้นหาเท่านั้น แต่มีหน้าที่ยืนยัน ความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปด้วย แต่หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทย เน้นไปที่หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จึงไปแสวงหาหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง ในการพัฒนา และยืนยันความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไป โดยนำแนวทางจากต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นมาเป็นแนวทางและปรับใช้ โดยพิจารณาความเหมาะสมและสภาพการณ์ทางสังคม ตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินในประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพต่อไป

³⁰⁷ ซอง-ปีแอร์ เดรง, หลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ, วารสารวิชาการศาลปกครอง 6 (1), (มกราคม – เมษายน 2549), 53.

³⁰⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ ก., เล่มเดิม, น. 245.

³⁰⁹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C. E.) 26 oct. 1945, Aramu, R. 213.

³¹⁰ ซอง-ปีแอร์ เดรง, หลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ, น. 56-59.

2.4.14.3 เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป

ในที่นี้จะศึกษาหลักกฎหมายทั่วไป เฉพาะหลักการที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาการวิจัย คือ หลักความเสมอภาค หลักแห่งความได้สัดส่วน หลักการฟังความสองฝ่าย หลักการมีส่วนร่วม หลักความเป็นกลาง และหลักสุจริต ซึ่งเป็นหลักที่บัญญัติไว้ทั้งเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ และไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

1) หลักความเสมอภาค

ความเสมอภาค เป็นหลักพื้นฐานในปณิญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และราชฎร ค.ศ.1789 การใช้สิทธิและเสรีภาพเป็นไปอย่างทั่วถึง คือ ความเสมอภาคในสิทธิและเสรีภาพ ถ้าเสรีภาพเข้าถึงเฉพาะบางกลุ่ม ก็ไม่ถือว่ามีความเสมอภาคในเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพ และเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นอย่างจริงจัง³¹¹ จากความเชื่อที่ว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติ ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด ทำให้ทุกคนจะต้องเคารพซึ่งกันและกัน ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารับรอง ก็มีผลบังคับใช้ได้ เพราะเป็นสิ่งที่รัฐ และทุกคนมีอาจปฏิเสธได้ ผูกพันองค์กรของรัฐในอันที่จะเคารพ และปฏิบัติตาม³¹² เมื่อทุกคนยอมรับและเคารพความเสมอภาคแล้ว ในการใช้ก็ต้องใช้เป็นอันเดียวกันกับทุกคน โดยไม่มีการแบ่งแยก แม้ว่าคน ๆ นั้นจะมีความคิดเห็น ทัศนคติเรื่องนั้น ๆ แตกต่างกัน ดังนั้น หลักความเสมอภาค ไม่ใช่หมายความว่า จะต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์ของ แต่เป็นความเสมอภาคในทางกฎหมายทั้งในด้านสิทธิ เสรีภาพทางภาระหรือหน้าที่³¹³ และในการใช้บุคคลทุกคนกล่าวอ้างกับการกระทำใด ๆ ของรัฐได้ทุก ๆ เรื่อง โดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ไม่ว่าความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย ความเสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณะ ความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะ ความเสมอภาคกันในการเข้าทำงานให้แก่หน่วยงานของรัฐ แต่หากมีการกำหนดการใช้ความเสมอภาคเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือเฉพาะกลุ่มบุคคลหนึ่ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง ก็ไม่ต้องนำหลักความเสมอภาคดังกล่าวมาใช้อีก ดังนั้น เมื่อบุคคลมีความเสมอภาคกันตามที่กล่าวข้างต้นทั้งสองประการแล้ว ก็ต้องมีให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ในระหว่างความแตกต่างของบุคคลไม่ว่าเพศ อายุ การศึกษา ฐานะ³¹⁴

³¹¹ Claude - Albert Colliard, *Libertés Publiques*, 6e édition (Paris: Dalloz, 1982), p.215.

³¹² René Chapus, *Droit Administratif Général*, p. 35.

³¹³ สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, "สรุปหลักกฎหมายมหาชนเรื่องความเสมอภาค," 5.

³¹⁴ Bruno Genevois, *La Jurisprudence du Conseil Constitutionnel: Principes Directeurs*, (Paris: STH., 1988), p. 235.

สำหรับประเทศไทยมีการบัญญัติไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรว่า “บุคคลย่อมมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย”³¹⁵ ซึ่งรับรองไว้หลายประการ เช่น ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย ความเสมอภาคระหว่างเพศ ความเสมอภาคมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เว้นแต่เลือกปฏิบัติเพราะมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่³¹⁶ ความเสมอภาคในการศึกษาพื้นฐานไม่น้อยกว่า 12 ปีอย่างทั่วถึงและไม่เก็บค่าใช้จ่า³¹⁷ ความเสมอภาคในทางกฎหมาย ย่อมหมายถึงความเสมอภาคทั่วไป ดังกล่าวข้างต้นแล้ว รวมถึงความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่ฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อสิ่งเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน โดยการให้บุคคลมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับบุคคลอื่น อาจเป็นความเสมอภาคในทางภาระก็ได้ แต่ในการดำเนินการให้เกิดภาระใด ๆ กับราษฎร รัฐหรือหน่วยงานรัฐ ต้องกำหนดให้ราษฎรทุกคน ได้รับภาระนั้นอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน มิใช่กำหนดหรือดำเนินการให้เกิดผลเป็นภาระแก่ราษฎรคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง³¹⁸ และต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานความได้สัดส่วน ที่คำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความแตกต่างของบุคคล การเลือกปฏิบัติที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคทางกฎหมายต้องมีเหตุผล มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่เป็นอยู่ หรือเพื่อส่วนรวมและสามารถอธิบายได้ ทั้งนี้จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายด้วย³¹⁹

ดังนั้น ในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง หลักความเสมอภาคย่อมเป็นการควบคุมตรวจสอบเฉพาะเรื่อง โดยบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน การทำคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกันย่อมขัดต่อความเสมอภาคในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของการทำคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะชั้นการพิจารณาทางปกครอง ชั้นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง และชั้นการบังคับทางปกครอง รวมถึงความเสมอภาคผลของคำสั่งทางปกครองด้วย เห็นว่า ปัญหาอย่างหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากการทำคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว คือ การไม่มีการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ ไม่ว่าปัญหานี้จะเกิดขึ้นเพราะเหตุใด ย่อมทำให้คำสั่งนั้นยุติลงเท่านั้น ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกรณีดังกล่าว ย่อมหมายถึง ความเสมอภาคต่อผลทางกฎหมายที่จะได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน เมื่อมีสถานการณ์ของข้อเท็จจริง

³¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27

³¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 3

³¹⁷ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 10

³¹⁸ รัชชา คุณาทัณฑ์, *เอกสารประกอบการสอนกฎหมายปกครอง*, น. 54.

³¹⁹ บุญลือ พิมพ์ทองงาม, ความเสมอภาคและความเป็นธรรมในการจัดเก็บรายได้บุคคลธรรมดาจากสามีภริยา, *รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 8: ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม*, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2552), น. 297-298.

เดียวกันด้วย ดังนั้น เมื่อการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเกิดขึ้นไม่ได้ เพราะไม่มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งนั้น การควบคุมตรวจสอบในระดับเหนือขึ้นไปที่อยู่ภายนอกฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองก็ไม่อาจกระทำได้อีกเช่นกัน เพราะในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองจะเกิดขึ้นได้ อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า จะต้องผ่านการอุทธรณ์เรื่องนั้น อันเป็นขั้นตอนภายในฝ่ายปกครองชั้นหนึ่งก่อน เมื่อไม่มีการอุทธรณ์เท่ากับว่า ไม่มีมาตรการหรือกลไกใด ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองได้อีก ความเสมอภาคในผลของกฎหมายหากมีข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์อื่น ๆ ลักษณะเดียวกัน ย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ ศาลปกครองก็ไม่มีโอกาสตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม การคุ้มครองสิทธิด้วยการสร้างมาตรการ กรณีไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของคู่กรณี ย่อมเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในผลของกฎหมาย หากมีมาตรการควบคุมตรวจสอบภายในอื่นแม้จะ ไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งนั้นก็ตาม กรณีดังกล่าวแล้ว เท่ากับว่ามีการดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนตามขั้นตอนแล้ว ทำให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขการตรวจสอบของศาลปกครองต่อไปได้

ความเสมอภาคจากที่กล่าวตามปัญหาข้างต้นแล้ว ศาลปกครองยังนำการกระทำลักษณะอื่น ๆ มาวินิจฉัยความเสมอภาคด้วยไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่ละกรณี ไม่ว่าจะลักษณะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือลักษณะการกระทำที่ขัดต่อความเสมอภาคหลายกรณี เช่น การออกคำสั่งทางปกครองตัดสิทธิผู้มีร่างกายพิการ แขน ขาลีบ ไม่ให้เข้ารับราชการ เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม³²⁰ หรือการออกประกาศรับสมัครคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาต่อหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิต โดยกำหนดรับเฉพาะผู้จบจากระบบ โรงเรียนการศึกษาขั้นพื้นฐาน จึงเป็นการกำหนดในลักษณะการจำกัดสิทธิของบุคคลเพราะความแตกต่าง ในเรื่องการศึกษาอบรม ถือเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ต่อผู้ที่ศึกษานอกระบบการศึกษาอื่นที่ประสงค์จะสมัครสอบ ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค³²¹ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคนี้ไม่ได้นำมาใช้เฉพาะฝ่ายปกครอง ในการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่นำมาใช้กับทุก ๆ องค์กร แม้แต่ศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย กล่าวคือ ศาลจะต้องทำให้ประชาชนมีความเท่าเทียมกัน ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาล เช่น มีความเท่าเทียมกันในการโต้แย้ง คัดค้าน หรือแสดงพยานหลักฐาน เพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้าง หรือข้อต่อสู้ได้ หรือความเท่าเทียมกันในการบังคับใช้กฎหมายโดยศาล ไม่ว่าความรวดเร็ว เป็น

³²⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547

³²¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1911-1912/2559

ธรรม และปราศจากอคติ³²² ดังนั้น เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทบต่อหลักความเสมอภาค จำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ความเสมอภาค เพื่อนำไปใช้ให้เกิดความถูกต้องต่อไป และเป็นประโยชน์แก่ผู้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจสอบด้วย

โดยหลักทั่วไปแล้ว ภารกิจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องเฉพาะราย เมื่อฝ่ายปกครองได้มีการปฏิบัติไปตามองค์ประกอบของกฎหมายแล้ว แต่ฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามผลของกฎหมาย ย่อมเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาคเช่นกัน เรียกว่าเป็นการใช้กฎหมายที่ผิดพลาด³²³ หมายความว่า ในการทำคำสั่งทางปกครอง ย่อมความผลผูกพันต่อการทำคำสั่งทางปกครองในครั้งต่อ ๆ ไปด้วย หากมีข้อเท็จจริงเป็นกรณีเดียวกัน กับข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองเคยวินิจฉัยมาแล้ว ฝ่ายปกครองก็ต้องผูกพันวินิจฉัยตามแนวทางที่เคยวินิจฉัยมาแล้ว เว้นแต่เหตุผลที่ดีกว่ามาสนับสนุน หากฝ่าฝืนย่อมขัดกับหลักความเสมอภาค³²⁴ กรณีระหว่างบุคคลธรรมดา กับนิติบุคคล ถือว่ามีสาระสำคัญของบุคคลแตกต่างกัน อาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและขัดต่อหลักความเสมอภาค³²⁵ ดังนั้น ในการควบคุมตรวจสอบต้องพิจารณาว่า การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้น มีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในกรณีเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาค เฉพาะเรื่อง การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกัน เป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ เช่น ละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ หรือมีข้อยกเว้นอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ มีความเหมาะสม และมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่³²⁶

กล่าวโดยสรุป หลักความเสมอภาคเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในคุณค่าของบุคคลมีอยู่ในตัวของทุกคน โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ ในตัวบุคคลนั้น ดังนั้น การกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ไม่ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ย่อมเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เสมอ ดังนั้น หลักความเสมอภาค จึงเป็น

³²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 และมาตรา 188

³²³ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), 178.

³²⁴ แหล่งเดิม, 99.

³²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 115/2562

³²⁶ รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: บริษัท มิสเตอร์ ก๊อบปี่ (ประเทศไทย) จำกัด, 2555), น. 22-23.

หลักทั่วไปของกฎหมาย ที่มุ่งเน้นจะลดความเหลื่อมล้ำของบุคคลในสังคม การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามที่กล่าวมาข้างต้น ย่อมเป็นหนทางหนึ่งในการขจัดปัญหาดังกล่าว การทำความเข้าใจในแนวคิดอันนี้เพียงแต่เป็นจุดเริ่มต้นเท่านั้น แต่การทำให้หลักความเสมอภาคถึงจุดสุดท้าย คือ นำมาทำให้เกิดขึ้นจริงในสังคม

2) หลักแห่งความได้สัดส่วน

ทฤษฎีดุลยภาพที่ใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในระดับสูงสุด³²⁷ คือที่มาของแนวคิดความได้สัดส่วน หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่นำมาใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยมีจุดประสงค์เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย มีค่าบังคับเสมอเป็นกฎหมายและมีศักดิ์ของกฎหมายลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ³²⁸ แต่หากนำหลักความได้สัดส่วนมาวินิจฉัยสถานะของกฎหมายว่า ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมีศักดิ์ของกฎหมายไม่ใช่ลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญแต่มีค่าต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากหลักดังกล่าวอยู่นอกเหนือจากเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมาย และอยู่นอกเหนือจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร³²⁹ หลักความได้สัดส่วนเป็นห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ หรือให้กระทำพอควรแก่เหตุป้องกันการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ³³⁰ สำหรับประเทศไทย แม้หลักความได้สัดส่วนไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ศาลปกครองได้นำมาวินิจฉัยคดีโดยมีเนื้อหาที่สอดคล้องเช่นเดียวกันกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ ดังนั้น การทำความเข้าใจต่อสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน จึงมีความจำเป็นเพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครองด้วยให้เกิดดุลยภาพยิ่งขึ้น

หลักแห่งความได้สัดส่วนในทางวิชาการอธิบายได้ว่า ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องใช้เท่าที่จำเป็นเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ ในสัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมาย และการตัดสินใจ โดยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของการทำคำสั่งทางปกครอง³³¹ ดังนั้น ภายใต้หลักความได้

³²⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, เล่มเดิม, น. 222.

³²⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, น. 148.

³²⁹ สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, “หลักความได้สัดส่วน,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 5 (1), (มกราคม – เมษายน 2548), น. 2.

³³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส,” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 1 (2), (พฤษภาคม - สิงหาคม 2542), น. 40-70.

³³¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักแห่งความได้สัดส่วน,” *วารสารนิติศาสตร์* 20 (4), (ธันวาคม 2553), น. 100.

สัดส่วนรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น

เห็นว่า หลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันการใช้ อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐทุกประเภท ใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความเหมาะสมแก่ กรณียของคำสั่งทางปกครองอันเป็นการตรวจสอบโดยพิเคราะห์ลึกลงไป ถึงคุณภาพของคำสั่งทาง ปกครองต่อการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในระดับสูงสุด

ในการควบคุมตรวจสอบคุณภาพของคำสั่งทางปกครองจำเป็นต้องควบคุมตรวจสอบใน สามขั้นตอนด้วยกัน คือ ความเหมาะสม ความจำเป็น และความสมดุลของประโยชน์ที่ได้รับ³³² ดังนี้

ขั้นตอนที่หนึ่ง ความเหมาะสมหรือความสัมฤทธิ์ผล ขั้นตอนนี้เป็นการควบคุมความ เหมาะสมของข้อเท็จจริงว่า การเลือกข้อเท็จจริงเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง สามารถบรรลุความมุ่ง หมายตามที่กฎหมายให้อำนาจหรือไม่อันเป็นการควบคุมดุลพินิจสูงสุด³³³ คำสั่งทางปกครองใด ๆ ก็ ตาม ในความเป็นจริงแล้วไม่อาจทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ได้ ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสมและเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งย้ายเจ้าพนักงานที่ดิน จังหวัด โดยให้เหตุผลว่า เพื่อแก้ปัญหาในทางบริหารและลดกระแสความกดดันจากมวลชนที่ ร้องเรียน ย่อมเป็นเหตุผลไม่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงและไม่ชอบด้วยกฎหมาย³³⁴

ขั้นตอนที่สอง ความจำเป็นกล่าว คือ ในบรรดาคำสั่งทางปกครองหลาย ๆ คำสั่ง ล้วนแต่ สามารถทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในขั้นตอนที่หนึ่งได้ทั้งสิ้น แต่เมื่อ พิจารณาลิทธิและเสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อ ลิทธิและเสรีภาพของเอกชนน้อยที่สุด การไม่เลือกมาตรการอื่นที่สร้างภาระน้อยกว่า มาตรการนั้น ย่อมเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชน จนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นในการบรรลุถึงเจตนารมณ์ ของกฎหมาย³³⁵ ในทางกลับกันถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่เอกชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออก คำสั่งที่มีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด ตัวอย่างเช่น คำสั่งย้ายข้าราชการครูออกจากพื้นที่ เนื่องจากถูกร้องเรียนว่า เบิกค่าเช่าบ้านไม่ถูกต้องและมีปัญหาความขัดแย้งสร้างความแตกแยก ภายในโรงเรียน ส่งผลต่อการบริหารและจัดการเรียนการสอน กรณีนี้การเลือกใช้มาตรการย้ายเป็น

³³² บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, น. 49-50.

³³³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *เล่มเดิม*, น. 217-218.

³³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 414/2553

³³⁵ วรพจน์ วิสรุตพิณษ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติ ธรรม, 2543), 50-51. และบรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, น. 274.

การกระทำที่จำเป็นและเหมาะสมพอสมควรแก่เหตุแล้ว³³⁶ ดังนั้น แม้หลักความจำเป็นซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักแห่งความได้สัดส่วน จะได้รับบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่หลักการดังกล่าว ฝ่ายปกครองยังไม่ได้ให้ความสำคัญในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

ขั้นตอนที่สาม ขั้นตอนการพิจารณาความสมดุลระหว่างความเสียหายที่เอกชนจะได้รับกับประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง ผู้ควบคุมตรวจสอบต้องพิจารณาว่า ฝ่ายปกครองซึ่งนำหน้าระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับความคุ้มครอง กับผลประโยชน์ของส่วนรวมสมดุลกันหรือไม่³³⁷ ดังนั้น โดยนัยแห่งหลักการนี้ จึงห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ ที่เห็นได้ชัดว่า เมื่อลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้ว จะเกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก หรือไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งยกเลิกห้องที่กั้นคานและจำเป็นต้องฆ่าสัตว์ในท้องที่ที่แต่ยกเลิกบางท้องที่ในอำเภอเดียวกัน เป็นเหตุให้ต้องนำสัตว์ไปฆ่าในท้องที่อื่นที่มีโรงฆ่าสัตว์ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำสั่งยกเลิกดังกล่าว อาจเกิดความเสียหายต่อประชาชนในพื้นที่มากกว่า เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่จังหวัดจะได้รับ³³⁸

เห็นว่า การทำคำสั่งทางปกครองที่สอดคล้องกับหลักความเหมาะสม ย่อมหมายถึง เป็นคำสั่งทางปกครองที่บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองที่สอดคล้องกับความจำเป็นย่อมหมายถึง คำสั่งทางปกครองสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และก่อผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด หรือเกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวมน้อยที่สุดแล้วแต่กรณี คำสั่งทางปกครองที่รักษาสมดุล ย่อมหมายถึง คำสั่งทางปกครองที่บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก่อผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด เมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ส่วนรวมที่ได้รับอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผล

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น หลักความได้สัดส่วนมีหน้าที่หลายประการ ในการวางข้อจำกัดของการใช้มาตรการใด จะต้องคำนึงถึงการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับประโยชน์ของเอกชน หากประโยชน์สองฝ่ายมีความขัดแย้งกันให้พิจารณาถึงคุณค่าในแต่ละกรณี³³⁹

³³⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 263/2553

³³⁷ บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 273.

³³⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 441/2557

³³⁹ Mads Andenas and Stenfan Zleptnig, Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective, p. 384.

ทั้งนี้ ในการใช้มาตรการใดจะต้องไม่เกินขอบเขตความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายต้องการ³⁴⁰ เมื่อฝ่ายปกครองใช้เกณฑ์ดังกล่าวการพิจารณาการออกคำสั่งทางปกครองต้องครบถ้วน ชัดเจน พอเหมาะพอประมาณกับความจำเป็นและสภาพของข้อเท็จจริง ซึ่งองค์กรผู้มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบย่อมนำหลักดังกล่าวมาใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมด้วย

3) หลักการฟังความสองฝ่าย

แนวความคิดที่รับรองว่า ต้องไม่มีบุคคลใดถูกตัดสิน โดยไม่มีโอกาสตอบโต้ พยานหลักฐานที่ถูกอ้างขึ้นในการพิจารณาเพื่อเอาผิดบุคคลนั้น อันเป็นการรับรองสิทธิของบุคคลตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่มีค่าเท่าเทียมกับคัมภีร์ไบเบิล³⁴¹ ซึ่งมีผลทำให้การฝ่าฝืนหลักดังกล่าวเป็น โทษ ตัวอย่างเช่น นายกเทศมนตรีลงโทษเพิกถอนสิทธิของพลเมือง³⁴² หรือมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์เพิกถอนปริญญาบัตรของ Dr. Bentley³⁴³ ดังนั้น การทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นไปโดยถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ย่อมต้องเกิดมาจากการรู้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเท่านั้น ซึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการออกคำสั่งทางปกครอง หลักการฟังความสองฝ่ายเป็นหลักการพื้นฐานในระดับต่ำสุด ที่เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการทุกอย่างที่เห็นว่าเหมาะสม เพื่อตนจะได้ความจริงถูกต้องครบถ้วน นอกจากนั้นฝ่ายปกครองจะต้องขยายการรับฟังข้อเท็จจริงจากหลายฝ่ายด้วย ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่า การรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีสองฝ่ายยังไม่เพียงพอต่อการทำให้มีคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจผูกมัดกับข้อเท็จจริงเพียงเท่านั้นได้ เพราะในบั้นปลายหากเจ้าหน้าที่นำข้อเท็จจริงเพียงนั้น มาเป็นเหตุในการทำคำสั่งทางปกครอง การออกคำสั่งทางปกครองอาจบกพร่อง และอาจสำคัญผิดในข้อเท็จจริงขึ้นได้ เพราะเจ้าหน้าที่ขาดการพิจารณาอย่างรอบด้าน การพิจารณาว่า เจ้าหน้าที่ควรรับฟังหรือแสวงหาข้อเท็จจริงจากแหล่งใดบ้าง จะรับฟังความเห็นจากผู้ใด จะตรวจสอบข้อเท็จจริงจากเอกสารหลักฐานใด เป็นเรื่องดุลพินิจและความจำเป็นในแต่ละกรณี เจ้าหน้าที่จะต้องไม่ผูกมัดอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี ซึ่งโดยหลักการผู้ใดที่เข้ามาเป็นคู่กรณี กฎหมายถือเป็นหน้าที่ของผู้นั้นที่จะต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง รวมทั้ง มีหน้าที่แจ้ง

³⁴⁰ Mohamed Razik Fathima, Indirect Expropriation and the Application of Principle of Proportionality: the Role of ICSID Tribunals, p. 26.

³⁴¹ วิชญ์พาส พิมพ้อักษร, หลักการรับฟังความสองฝ่าย (audi alteram partem) กับข้อ 61 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, เอกสารงานแปลวิชาการต่างประเทศ สำนักวิจัยและวิชาการ ศาลปกครอง, (กันยายน 2562), น. 128-129.

³⁴² Bagg's Case 1615

³⁴³ Bentley's Case or R v Chancellor of University of Cambridge 1723

พยานหลักฐานที่ตนทราบแก่เจ้าหน้าที่ด้วย หากต่อมาในภายหลัง การที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง ไปโดยที่คู่กรณีไม่แจ้งข้อเท็จจริง ทำให้คำสั่งทางปกครองผิดพลาด คู่กรณีอาจต้องร่วมรับผิดชอบกับเจ้าหน้าที่ด้วย อีกทั้ง จะเรียกร้องเอาประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น มิได้ด้วย

หลักการรับฟังความสองฝ่ายในแต่ละระบบกฎหมายคล้ายคลึงกัน เช่น ประเทศอังกฤษนั้น เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงเนื้อหาของการรับฟังล่วงหน้า รวมถึงเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสีย มีโอกาสรับฟัง เพื่อได้แสดงข้อเท็จจริง และเหตุผลในการปกป้องสิทธิของตน โดยเจ้าหน้าที่ต้องรายงานผลการรับฟังทั้งข้อเท็จจริงและความเห็นต่าง ๆ ด้วย หากมีการรวบรวมพยานหลักฐานเพิ่มเติม ก็ต้องเปิดโอกาสให้มีกระบวนการรับฟังอีกครั้ง³⁴⁴ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวก่อนจะออกคำสั่งทางปกครองที่จะกระทบสิทธิของบุคคล ต้องให้โอกาสในการชี้แจงข้อเท็จจริงและเหตุผลที่มีผลต่อการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ได้รวบรวมไว้³⁴⁵ ส่วนการรับฟังข้อเท็จจริงในระบบกฎหมายไทย เจ้าหน้าที่ที่มีอิสระที่จะรวบรวมข้อเท็จจริงได้อย่างกว้างขวางและรอบด้าน รวมถึงมีอำนาจแสวงหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าบุคคล เอกสาร วัตถุ สถานที่ต่าง ๆ รับฟังคำชี้แจงของคู่กรณี บุคคล ผู้เชี่ยวชาญตามที่เห็นว่าจำเป็น ให้ผู้ครอบครองเอกสารส่งเอกสารที่เกี่ยวข้อง ออกไปตรวจสอบสถานที่ หึ่งที่เป็นคุณแก่คู่กรณีด้วย อีกทั้ง ในการรับฟังข้อเท็จจริง เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ หากเจ้าหน้าที่เห็นว่า การทำคำสั่งทางปกครองอาจมีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น มีโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริง เพื่อถ่วงดุลคุณภาพของพยานหลักฐานต่าง ๆ อีกทั้ง ยังเป็นการขยายสิทธิในการต่อสู้คัดค้านของประชาชน โดยมีโอกาสป้องกันสิทธิของตนเองทำให้คำสั่งทางปกครองมีความสมบูรณ์มากขึ้น³⁴⁶ จากหลักกฎหมายดังกล่าว เป็นการกำหนดแนวทางในการดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงครบถ้วนของเจ้าหน้าที่ ก่อนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจัดทำคำสั่งทางปกครองใด ๆ เพื่อให้การปฏิบัติงานเกิดความเป็นธรรม มีประสิทธิภาพ ถูกต้องตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กรณีคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่ส่งมอบแบบสรุปพยานหลักฐานทำให้ผู้ถูกสอบสวนไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ว่า พยานหลักฐานที่ปรากฏมีอยู่อย่างไร จึงทำให้กระบวนการสอบสวนทางวินัยบกพร่องในสาระสำคัญ³⁴⁷ ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะ

³⁴⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและการได้ส่วน ค.ศ. 1971

³⁴⁵ รัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 28 (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG)

³⁴⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 30

³⁴⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 23/2553

มิได้ดำเนินการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกสอบสวน ซึ่งเป็นคู่กรณีในการพิจารณาเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง ได้รับฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอที่จะให้โอกาสคู่กรณียกเป็นข้อต่อสู้แก้ข้อกล่าวหาได้

เห็นว่า หลักการรับฟังความสองฝ่ายมุ่งที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลในการพิจารณา หรือ วินิจฉัยข้อเท็จจริงตามขั้นตอนการตรวจสอบและแสวงหาข้อเท็จจริง ในทางกลับกัน หากไม่มีการพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงก็ไม่มีผลจำเป็นในการใช้หลักการรับฟังความสองฝ่าย ซึ่งทั้งระบบ กฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และระบบกฎหมายไทย ก็บัญญัติ หลักการรับฟังความสองฝ่ายในลักษณะเดียวกัน ซึ่งเป็นสิทธิของคู่กรณีไม่ว่าสิทธิที่จะได้รับแจ้ง กำหนดการพิจารณา รับแจ้งเนื้อหาแห่งการพิจารณา วัตถุประสงค์ในการทำคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้คู่กรณีปกป้องตนเองในขั้นตอนต่อไป

กล่าวโดยสรุป หลักการฟังความสองฝ่ายเชื่อว่า มนุษย์ทุกคนมีเหตุผล ดังนั้น ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่จะต้องเคารพโดยการเปิดโอกาสให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบได้ทราบ และแสดงข้อเท็จจริงและเหตุผลเพื่อป้องกันตนเอง เพราะเชื่อว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยไม่อาจทราบข้อเท็จจริงและเหตุผลได้อย่างสมบูรณ์ด้วยตนเอง ในการนำหลักฟังความสองฝ่ายมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง นอกจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจัดทำคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจ ในการรวบรวมข้อเท็จจริงที่สมบูรณ์ เพื่อใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการลดความเสียหายเปรียบในขอบเขตความรู้ของเอกชน ตามหลักการรับฟังความสองฝ่ายด้วย

4) หลักการมีส่วนร่วม

รัฐธรรมนูญกำหนดหน้าที่รัฐว่า ถ้ารัฐจะดำเนินการในเรื่องใดหรือรัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดกระทำการใดแล้ว อาจจะมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง รัฐต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนและชุมชนที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาดำเนินการ หรืออนุญาตตามที่กฎหมายบัญญัติ³⁴⁸ จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นบทบัญญัติให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น การดำเนินการ เพื่อปกป้องสิทธิต่าง ๆ ซึ่งเป็นหลักการทั่วไป การมีส่วนร่วมในที่นี้ หมายถึง การเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในทุกขั้นตอน ทั้งในการแก้ไขปัญหาและป้องกันปัญหาโดยเปิดโอกาสให้มีส่วนร่วมในการคิดริเริ่ม ร่วมวางแผน ได้มีโอกาสในการแสดงความคิดเห็น ให้คำ

³⁴⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 58

ปรึกษาหารือและแลกเปลี่ยนข้อมูลทางเลือก และร่วมกันในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ ได้อย่างเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับร่วมกันทุกฝ่าย อันเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกระดับ³⁴⁹

ดังนั้น หากนำหลักการมีส่วนร่วมมาควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครอง ในกระบวนการ การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ผู้ที่อาจได้รับความเสียหายจากการออกคำสั่งทางปกครองในการดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ได้เข้ามาปกป้องผลประโยชน์ของตน ในบางกรณีการมีส่วนร่วม แม้ไม่ใช่เป็นผู้ที่อาจได้รับความเสียหายโดยตรง แต่ได้เข้ามาปกป้องประโยชน์ส่วนรวม ถือว่าอาจเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายในฐานะประชาชนทั่วไป เช่น การทำประชาพิจารณ์ในโครงการที่ได้รับผลกระทบแก่สิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นผลดีแก่ฝ่ายปกครองที่จะประเมินความต้องการและข้อบกพร่อง ให้การปฏิบัติงานมีประสิทธิภาพและถูกต้องตามกฎหมาย หลักการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง ถือเป็นการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองแบบป้องกันในสองลักษณะ³⁵⁰ คือ หลักให้ประชาชนมีส่วนร่วม และโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงข้อมูลของราชการ

ประการแรก หลักให้ประชาชนมีส่วนร่วมสอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญที่ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผลจากหน่วยงานรัฐ มีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นของตน ก่อนการอนุญาต หรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใด ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองบุคคลย่อมมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผล หรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ และกฎหมายได้บัญญัติกระบวนการมีส่วนร่วมของการทำคำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของกลุ่ม เจ้าหน้าที่จะต้องให้โอกาสกลุ่มได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน³⁵¹ กฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติให้กลุ่มได้โต้แย้ง หรือในบางกรณีการตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะขอความเห็นจากกลุ่มบุคคลโดยผ่านตัวแทน ในลักษณะการมีส่วนร่วมแบบปรึกษาหารือขององค์กรกลุ่ม ซึ่งเป็นวิธีการรวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการตัดสินใจ เช่น กลุ่มวิชาชีพแพทย์ ทนายความ วิศวกร สถาปนิก เป็นต้น แต่หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ขอความเห็น

³⁴⁹ ธีรพร อรุณทอง, การมีส่วนร่วมของประชาชนในโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม, *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 13 (2), (เมษายน-มิถุนายน) 2556, 25.

³⁵⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), 76-80.

³⁵¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30

ของกลุ่มบุคคลโดยตรง หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง โดยไม่ผ่านผู้แทนและไม่คำนึงว่า กลุ่มบุคคลจะมีมากน้อยเพียงใด ก็ให้หลักการมีส่วนร่วมแบบได้สวนสาธารณะ

จากที่กล่าวมาข้างต้น หากเป็นหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญขั้นตอนการมีส่วนร่วมของประชาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 มาเป็นแกนกลางในการกำหนดแนวทาง การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน บางกรณีบัญญัติไว้ตามกฎหมายเฉพาะ การมีส่วนร่วมก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ เช่น เมื่อจะทำผังเมืองของท้องที่ใด ให้สำนักผังเมืองแจ้งให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นทราบ และให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมาแสดงความคิดเห็นด้วย ในการวางและจัดทำผังเมืองรวมให้เจ้าพนักงานท้องถิ่น จัดให้มีการโฆษณาให้ประชาชนทราบ แล้วจัดประชุมประชาชนเพื่อรับฟังข้อคิดเห็นของประชาชนในท้องที่ ในการรับฟังความคิดเห็นอาจกำหนดเฉพาะผู้แทนของประชาชนเข้าร่วมประชุมตามความเหมาะสมก็ได้³⁵² กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่ดำเนินการหลักการมีส่วนร่วมรูปแบบนี้ ถือว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำ ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ ย่อมเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบดำเนินการในขั้นตอนต่อไป

ประการที่สอง การให้คู่กรณีหรือประชาชนรับรู้และเข้าถึงข้อมูลของราชการ เป็นการทำให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการทราบถึงข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและเหตุผลต่าง ๆ ไม่ว่าโดยวิธีการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งให้ประชาชนทราบ ด้วยการพิมพ์เผยแพร่ ประกาศ อันทำให้ความลับของราชการคลายความศักดิ์สิทธิ์ลง โดยรัฐต้องเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะ ในความครอบครองของหน่วยงานรัฐที่มีข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หรือเป็นความลับของราชการตามที่กฎหมายบัญญัติ³⁵³ และมีกฎหมายกลางที่บัญญัติการรับรู้ข่าวสารของราชการ ที่รองรับหลักการตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้ในกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ เพื่อรับรองสิทธิได้รู้ของประชาชน ยึดหลัก โปร่งใส ประชาชนมีส่วนร่วมและตรวจสอบได้ ส่วนพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติหลักการมีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ (รายละเอียดดูในภาคผนวก ข.)

กล่าวโดยสรุป การพิจารณาในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง โดยให้เจ้าหน้าที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณี หรือบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง มีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องยึดหลักการเปิดเผยเป็นสำคัญ เพราะทำให้กระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง มีความ โปร่งใส เกิดความถูกต้อง และได้รับความไว้วางใจ

³⁵² พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 18

³⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 59

จากประชาชน เพราะการมีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นการผ่อนคลายน ความศักดิ์อันเป็นความลับของฝ่ายปกครองลง อีกทั้ง หากคำสั่งทางปกครองใดที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่ใช้หลักการมีส่วนร่วมดังกล่าว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นไปตามขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5) หลักความเป็นกลาง

การปฏิบัติหน้าที่ราชการของฝ่ายปกครอง กระทำไปเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม ไม่ใช่เพื่อประโยชน์แก่บุคคลใดโดยเฉพาะ การทำงานที่จะได้รับผลดีแก่ทุกฝ่ายและเป็นที่ยอมรับไว้วางใจ ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลางไม่เอนเอียงไปฝ่ายใด ย่อมเป็นพื้นฐานให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน อันเป็นวิธีการควบคุมตรวจสอบในการใช้อำนาจของการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ โดยจะต้องคำนึงถึงความเป็นกลาง หากการทำคำสั่งทางปกครองใดมีสภาพความไม่เป็นกลาง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนจะมีผลเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ที่จะเป็นเหตุให้ถูกเพิกถอนในภายหลัง หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะอันทำให้ไม่มีผลใด ๆ เลย ซึ่งย่อมจะต้องพิจารณาจากสภาพความไม่เป็นกลางนั้นในแต่ละเหตุเฉพาะกรณีไป เช่น หากเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นคู่กรณีเอง หรือออกคำสั่งทางปกครองให้ตนเองได้รับประโยชน์ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่มีผลทางกฎหมายและเสียเปล่าตั้งแต่ต้น หากเจ้าหน้าที่มีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางด้วยเหตุอื่น คำสั่งทางปกครองกรณีนี้ มีผลบังคับตามกฎหมาย จนกว่าจะถูกทำให้สิ้นผลทางกฎหมายด้วยการเพิกถอน อันเป็นกระบวนการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกส่วนหนึ่งต่างหาก ส่วนคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการพิจารณาทางปกครองขององค์กรกลุ่มหรือคณะกรรมการ ซึ่งมีกรรมการผู้หนึ่งผู้ใดมีเหตุกระทบต่อความไม่เป็นกลาง ถ้าความเห็นของกรรมการที่มีเหตุความไม่เป็นกลางสภาพกระทบต่อการวินิจฉัย หรือลงมติโดยไม่อาจแยกความเห็นของกรรมการที่มีผลกระทบต่อความไม่เป็นกลางออกจากความเห็นของคณะกรรมการได้ คำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกัน³⁵⁴ สภาพความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการคำสั่งทางปกครอง อาจเกิดจากสภาพภายนอกหรือสภาพภายในก็ได้

1) ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก

โดยปกติเมื่อเจ้าหน้าที่จะทำคำสั่งทางปกครองใด รู้เหตุอาจนำไปสู่ความไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องถอนตัวไป แม้ในความเป็นจริงเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะมีความเป็นกลางในการทำคำสั่งทางปกครองอย่างเต็มที่ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อขจัดความระแวงสงสัยของผู้ที่เกี่ยวข้อง เหตุความไม่

³⁵⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนวงสานต์, เล่มเดิม, น. 241-250.

เป็นกลางโดยสภาพภายนอกมีหลายประการ³⁵⁵ โดยมีสาระสำคัญว่าเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งเป็นคู่กรณีเอง เช่น การขออนุญาตมิและใช้อาวุธปืนให้ตนเอง ในขณะที่ตนเองเป็นนายทะเบียนอาวุธปืนผู้มีอำนาจอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน เป็นต้น เจ้าหน้าที่เป็นคู่หมั้นหรือเป็นคู่สมรสของคู่กรณี หมายถึง คู่หมั้น คู่สมรส ที่กระทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่เป็นญาติของคู่กรณี เช่น เป็นบุพการี คือ ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปไม่ว่ากี่ชั้นให้ถือตามความเป็นจริง ผู้สืบสันดาน คือ ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาไม่ว่ากี่ชั้นโดยถือตามความเป็นจริง พี่น้องนับได้ภายในสามชั้น คือ ผู้เกิดในครอบครัวจากพ่อแม่เดียวกัน หรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือร่วมแต่มารดาเดียวกันก็ได้ให้ถือตามความเป็นจริง ไม่ว่าบิดามารดาจดทะเบียนสมรสกันหรือไม่ ลูกพี่ลูกน้องนับได้ภายในสามชั้น คือ ลูกของผู้เป็นพี่หรือน้องของพ่อหรือแม่ เช่น ลูกของลุง ลูกของป้า ลูกของน้ำ ลูกของอา หรือหลานของลุง หลานของป้า หลานของน้ำ หลานของอา ญาติทางการแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น หมายถึง เป็นพ่อและแม่ของภรรยา หรือเป็นพ่อและแม่ของสามี หรือเป็นสามีของพี่ หรือสามีของน้องหรือเป็นภรรยาของพี่หรือเป็นภรรยาของน้อง เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้พิทักษ์ หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี เช่น ผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นผู้ปกครอง ผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นผู้อนุบาล ผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นผู้พิทักษ์ ผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นตัวแทนบุคคลหรือนิติบุคคล เป็นเจ้าหน้าที่ ลูกจ้าง หรือนายจ้างของคู่กรณี ซึ่งอาจเกิดจากนิติกรรม สัญญา จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ หรือละเมิดก็ได้

2) ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในหรือความไม่เป็นกลางทางเนื้อหาสาระ

กล่าวได้ว่า เป็นความไม่เป็นกลางตามสภาพความเป็นจริง ถือหลักฉันทาคติ โทสาคติ ภยาคติ โมหาคติ แม้เจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง ไม่มีเหตุความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกตามที่กล่าวแล้วข้างต้น แต่มีเหตุอื่นภายในทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีสภาพร้ายแรง ก็ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น เจ้าหน้าที่มีทัศนคติเป็นปฏิปักษ์กับเรื่องที่กำลังพิจารณา หรือเจ้าหน้าที่เคยพิจารณาและออกคำสั่งทางปกครองมาแล้วในชั้นต้น หรือเจ้าหน้าที่มีผลประโยชน์ขัดกับเรื่องที่กำลังพิจารณา เพราะการพิจารณาจะเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง³⁵⁶ ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญายุโรป ว่าด้วยการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานว่า ห้ามมิให้ตุลาการวินิจฉัยตัดสินเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสีย กล่าวคือ ตุลาการผู้วินิจฉัยมีความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ฟ้อง เช่น เป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน คู่สมรส หรือญาติสนิทแล้ว ยังรวมถึงกรณีที่ตุลาการเคยเป็นผู้พิพากษาที่นั่งในคดีเดียวกันในศาลอื่นมาแล้ว หรือ

³⁵⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13

³⁵⁶ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 16

เคยเป็นอนุญาโตตุลาการมาก่อนแล้ว³⁵⁷ หรือการที่เจ้าหน้าที่เคยเป็นกรรมการในคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง และคณะกรรมการในคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงข้าราชการ เข้าร่วมในการประชุมและร่วมมีมติเพื่อพิจารณาโทษทางวินัยตามข้อกล่าวหาเดียวกันอีก ย่อมเป็นที่คาดหมายได้ว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าว มีความเห็นเช่นเดิมอันเป็นความเห็นที่เป็นปฏิบัติต่อผู้ถูกกล่าวหา ย่อมเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงจึงไม่อาจทำการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวได้ หรือกรณีสภามหาวิทยาลัยมีมติคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งคณบดี มีกรรมการซึ่งเป็นคู่สมรสกับผู้ที่ได้เสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งคณบดี ซึ่งเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย ย่อมเป็นมติที่ขัดต่อหลักความเป็นกลาง มติดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁵⁸ หรือผู้วินิจฉัยสั่งการตามผลการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบทางละเมิดกรณีตนเองอาจต้องรับผิดชอบใช้กำลังใหม่ทดแทน ย่อมเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อสภาพความเป็นกลาง³⁵⁹

กล่าวโดยสรุป คำสั่งทางปกครองใดที่อาจจะขัดต่อสภาพความเป็นกลาง ไม่ว่าจะเกิดจากสภาพภายในหรือเกิดจากสภาพภายนอก กฎหมายห้ามมิให้มีเหตุเช่นนั้น เพราะการออกคำสั่งทางปกครองอาจลำเอียงขึ้นได้ แต่เหตุความไม่เป็นกลางดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงแนวโน้มว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยไม่มีสภาพความเป็นกลาง อาจเกิดความไม่เป็นธรรมเท่านั้น ในท้ายที่สุดแม้เจ้าหน้าที่จะมีสภาพความเป็นกลาง เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจทำการพิจารณาทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ลำเอียงและเป็นธรรมก็ได้ กฎหมายจึงยินยอมให้ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ในรายละเอียดความไม่เป็นกลางได้ ในภายหลังเมื่อทำคำสั่งทางปกครองไปแล้วได้โดยไม่นำหลักคัดค้าน หรืออุทธรณ์ในขณะพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ เพื่อให้การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองไม่หยุดชะงัก

6) หลักสุจริต

หลักสุจริตมีรากฐานมาจากหลักคุณธรรม และจริยธรรมของบุคคลในสังคมในสมัยกรีกโบราณที่เป็นพื้นฐานของความยุติธรรม โดยมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลที่สุจริต ทั้งที่เป็นกรณีทั่วไปและกรณีเฉพาะเรื่อง “สุจริต” ในกฎหมายโรมันหมายถึง “ความซื่อสัตย์หรือสัจจะดี ความซื่อสัตย์ในที่นี้ หมายถึง ซื่อสัตย์ในวัตถุประสงค์ ซื่อตรงต่อหน้าที่ ไร้ซึ่งเจตนาหลอกลวง หรือ

³⁵⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย*, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2555), น. 104-105.

³⁵⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 86/2561

³⁵⁹ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 1360 /2561

แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ”³⁶⁰ ส่วนพจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายคำว่าสุจริต หมายถึง “ประพฤติชอบ ประพฤติด้วยตั้งใจดี ประพฤติซื่อตรง”³⁶¹

จากความหมายข้างต้น หลักสุจริตย่อมสอดคล้องทั้งในแง่ของความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ดังนั้น ในแง่ของความซื่อสัตย์ เป็นหลักที่บุคคลทุกคนมีหน้าที่รักษาสัจจะที่จะปฏิบัติตามเจตนาหรือคำมั่นที่ได้แสดงไว้ ส่วนในแง่ของความไว้วางใจ เป็นหลักที่บุคคลทุกคนมีหน้าที่รักษาความไว้วางใจที่ได้รับจากผู้อื่นหรือจากสาธารณชนหรือวิญญูชนทั่วไป ย่อมเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความประพฤติที่ยอมรับกันในวงการนั้น ๆ เป็นเกณฑ์ ³⁶² ซึ่งศาลปกครองนำมาตรวจสอบในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานทั้งขั้นตอนการทำคำสั่งและขั้นตอนเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง³⁶³

หลักสุจริตของการทำคำสั่งในทางปกครอง เป็นหลักการคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต และใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหมดสิ้นไปแล้ว แม้คำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากไม่ปรากฏว่า ประโยชน์ส่วนรวมมีความสำคัญมากกว่า ฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งทางปกครองย่อมไม่อาจเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ได้³⁶⁴ ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามหลักการนี้ จะต้องพิจารณาถึงความสุจริต จากพฤติการณ์กับข้อเท็จจริงแล้วซึ่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียเพื่อประกอบการพิจารณานิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีกับหน่วยงานรัฐ ซึ่งเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายทางกฎหมายให้สมบูรณ์และเป็นธรรมมากขึ้น เช่น การมีคำสั่งย้ายผู้ได้บังคับบัญชาไปปฏิบัติงานในพื้นที่ที่ไม่มีประสิทธิภาพ ในจังหวัดปัตตานีที่ต้องการบุคคลที่มีประสิทธิภาพ และดำเนินการย้ายแบบรวดเร็วเร่งด่วน ซึ่งเป็นเรื่องผิดวิสัยของการพิจารณาเพื่อคัดเลือกบุคลากรที่มีคุณภาพและเหมาะสมกับการปฏิบัติงาน อีกทั้ง มีลักษณะกลั่นแกล้งผู้ได้บังคับบัญชาที่ไม่ปฏิบัติงานสนองนโยบาย หรือมีปัญหาพิพาทกับผู้บังคับบัญชาในลักษณะเป็นการลงโทษ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริตอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁶⁵

³⁶⁰ วรณารี สิงห์โต, หลักสุจริต, *เอกสารการสอนหน่วยที่ 1 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช), 1-7.

³⁶¹ พจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, “สุจริต”

³⁶² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), 61-66.

³⁶³ วรณารี สิงห์โต, หลักสุจริต , สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก [http:// www.stou.ac.th/ schools/ s/w/upload/ex40701-1.pdf](http://www.stou.ac.th/schools/s/w/upload/ex40701-1.pdf).

³⁶⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51

³⁶⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1031/2559

หรือการที่ ผู้ซื้อที่ดินชำระราคาที่ดินโดยไม่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน และมีส่วนร่วมกับเจ้าพนักงานที่ดินออก น.ส.3 ก โดยมีชอบ เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต³⁶⁶ อย่างไรก็ตาม ยังมีเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ อันเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตด้วยเช่นกัน คือ การทำคำสั่งทางปกครองโดยฉ้อฉลหรือคอร์รัปชันหรือแสวงหาประโยชน์อันมิชอบส่วนตัว³⁶⁷ เป็นต้น และหากเจ้าหน้าที่กระทำการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่สุจริตดังกล่าว ถือว่า เป็นผู้พิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางด้วย³⁶⁸ ย่อมทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ดังนั้น หลักสุจริตจะทำหน้าที่เป็นเครื่องชี้วัดความชอบธรรม ภายใต้การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ทั้งในแง่ของความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ เป็นหลักที่แทรกอยู่ในตัวบทกฎหมาย โดยต้องการให้เกิดความยุติธรรมที่ยืดหยุ่นที่คู่กรณีต้องยืนอยู่บนหลักการพื้นฐานในเรื่องความสุจริต การตีความหลักสุจริตที่แท้จริงต้องตีความให้เกิดความยุติธรรมตามเนื้อเรื่อง ให้สอดคล้องกับมาตรฐานความยุติธรรม ต้องมีขอบเขตที่เหมาะสม สามารถอธิบายเหตุผลได้อย่างมีตรรกะเป็นที่ยอมรับของบุคคลทั่วไป³⁶⁹ หลักสุจริตในกฎหมายปกครอง ล้วนมีรากฐานมาจากหลักสุจริตในกฎหมายแพ่ง ไม่ว่าหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ดังนั้น จึงต้องนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายปกครองได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปนอกจากกล่าวทั้งหมดข้างต้นแล้ว ศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นอีกหลายเรื่อง เช่น หลักสิทธิในทางเศรษฐกิจและสังคม หลักสิทธิของคนต่างด้าว หลักว่าด้วยความอิสระ หลักว่าด้วยการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น หลักว่าด้วยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หลักว่าด้วยความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง หลักว่าด้วยสิทธิในการฟ้องคดี หลักว่าด้วยสิทธิในการโต้แย้งคัดค้านหรือสิทธิในการต่อสู้อคดี หลักว่าด้วยสิทธิของผู้อยู่ใต้ปกครองในการประกันความเป็นธรรมทางปกครอง³⁷⁰ ดังนั้น หลักการดังกล่าวทั้งหมดข้างต้นย่อมมีบทบาท ทั้งในแง่ของผู้ใช้อำนาจของผู้มีอำนาจตามกฎหมายกับในแง่ของประชาชนผู้อยู่ภายใต้ปกครองนั้นด้วย เพราะกฎหมายเป็นเครื่องกำกับการใช้อำนาจ

³⁶⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 445/2556

³⁶⁷ เพลินดา ตันรังสรรค์, กฎหมายภายใต้หลัก conflict of interest, จุลินิติ, (กันยายน - ตุลาคม 2552), น.53-65.

³⁶⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 16

³⁶⁹ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 9), กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น. 102.

³⁷⁰ ซอง-ปีแอร์ เตรง, หลักกฎหมายทั่วไปโดยสถานแห่งรัฐ, น. 73-79.

ทางปกครองให้อยู่ในกรอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กร และ กระบวนการที่เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการเป็นไปตามกฎหมายจะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้ ตลอดจนเป็นเครื่องมือสนับสนุนการใช้อำนาจปกครองให้มีประสิทธิภาพ เพราะกฎหมายเป็นคำสั่ง หรือข้อบังคับที่เป็นมาตรฐานที่ใช้ได้โดยทั่วไป เป็นเครื่องมือในการแสดงออกซึ่งการใช้อำนาจให้ เกิดผลสัมฤทธิ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในอีกด้านหนึ่งเป็นเครื่องควบคุม ชี้ขาดข้อพิพาทตามที่ กฎหมายประกาศให้ทราบเป็นการล่วงหน้าโดยไม่ขึ้นอยู่กับจิตใจของบุคคล ดังนั้น หากกฎหมายดี การใช้กฎหมายดี ความเป็นธรรมในสังคมก็จะดีตามไปด้วย

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศและประเทศไทย

ในการศึกษาถึงการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศมุ่งที่จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์และผลเฉพาะการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ตรงกับปัญหาที่กล่าวไว้ในงานวิจัย คือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ และการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบ โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับ การควบคุมตรวจสอบในประเทศไทย เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่าง ซึ่งจะนำมาวิเคราะห์ถึงผลดีผลเสีย ในอันจะประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย ในการศึกษาดังกล่าวจึงเลือกประเทศที่ได้รับยอมรับโดยสากล และมีอิทธิพลต่อการพัฒนากฎหมายปกครองในประเทศไทย ทั้งในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรสเปน และบริบทเกี่ยวกับองค์การการควบคุมตรวจสอบของประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและราชอาณาจักรสวีเดน ซึ่งในบทนี้จะศึกษาถึงการควบคุมตรวจสอบโดยเปรียบเทียบประเด็นกับสมมติฐานที่ปรากฏในงานวิจัย ทั้งศึกษามาตรการทางกฎหมายในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองของประเทศไทยที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายพื้นฐานที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอันเป็นหลักทั่วไปก่อน

สำหรับกฎหมายสูงสุดในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองของประเทศไทย คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งวางหลักการทั่วไปในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจในทางปกครอง โดยมีบทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีกลไกการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจกระทำการด้านต่าง ๆ ในภาพรวมของฝ่ายปกครอง การให้สถาบันศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ ข้อมเป็นหลักประกันความเป็นธรรมได้อย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นหลักการที่เป็นนามธรรม ส่วนจะมีผลเป็นรูปธรรมในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองหรือไม่ อยู่ที่การกำหนดรายละเอียดการปฏิบัติในกฎหมายลำดับรอง อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุม

ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองโดยตรง นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญยังมีหลักการที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปและเป็นหลักการทั่วไปด้วย เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักการฟังความสองฝ่าย หลักการมีส่วนร่วม หลักความเป็นกลาง หลักสุจริต หลักความจำเป็น เป็นต้น ซึ่งได้กล่าวโดยละเอียดแล้วในงานวิจัยของบทที่ 2

นอกจากนี้เนื้อหาการประกันความเป็นธรรมทางปกครองดังกล่าวข้างต้นแล้ว รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติสอดคล้องตามหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เพื่อการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองให้มีผลเป็นรูปธรรมตามหลักการ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งมี ดังนี้

1. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 อันเป็นการประกันสิทธิในการได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ

2. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นการประกันสิทธิในการมีส่วนร่วมและทราบข้อเท็จจริง วิธีการอุทธรณ์ ได้แย้งในกระบวนการพิจารณาของการทำคำสั่งทางปกครอง

3. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นการประกันสิทธิในการฟ้องหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ต่อศาลปกครอง จากผลของการทำคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลย หรือล่าช้า หรือละเมิดจากการทำคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ

4. พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นการประกันสิทธิในการได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย และคุ้มครองเจ้าหน้าที่ที่เกิดจากผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5. พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 เป็นการประกันสิทธิที่ได้รับการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตามขั้นตอนและภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือประชาชน

ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการวางกรอบในการป้องกันและควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ และได้บัญญัติหน้าที่ของรัฐที่มีต่อประชาชนเช่นเดียวกับที่ประชาชนมีหน้าที่ต่อรัฐ การมีสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักทั่วไป อันเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้หลายกรณี ไม่ว่าสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิการแสดงความคิดเห็น สิทธิการประกอบอาชีพ หากมีการใช้อำนาจเป็นการละเมิดสิ่งที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ย่อมต้องถูกควบคุมตรวจสอบ ไม่ว่าจะตรวจสอบจากภายในองค์กรนั้น หรือองค์กร

อิสระ หรือองค์กรศาลอันนำไปสู่การเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการควบคุมตรวจสอบ ไม่ว่าจะเป็นการได้รับรู้มูลของทางราชการ การรับทราบขั้นตอนและระยะเวลาการทำงานของผู้เจ้าหน้าที่ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการพิจารณาทางปกครองของผู้เจ้าหน้าที่ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายลำดับรองที่เป็นหลักประกันความชอบธรรมทางปกครองทั่วไป นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีอีกมีจำนวน 5 ฉบับตามที่ยกตัวอย่างข้างต้น (คู่มือหายย่อในภาคผนวก ข.) รวมถึง ศึกษา ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ระบบการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้ในการทำคำสั่งทางปกครอง รวมทั้ง องค์กรที่มีผลต่อการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะในลำดับถัดไปซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

3.1 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองของต่างประเทศและประเทศไทย

คำสั่งทางปกครองต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง อาจกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์หรือต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง หรืออาจก่อให้เกิดความไม่พอใจแก่บุคคลที่มาติดต่อเกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครอง จึงมีการร้องเรียนต่าง ๆ ซึ่งการร้องเรียนอาจเกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองร้องเรียนด้วยตนเอง ไม่ว่าจะร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาระดับสูงขึ้นไป หรือต่อองค์กรอื่น ๆ ที่สามารถรับฟังและจัดการพิจารณาในปัญหานั้น ได้ หรืออาจเป็นการร้องเรียนจากประชาชนอันเกิดจากการทำคำสั่งทางปกครองของผู้เจ้าหน้าที่ โดยมีจุดมุ่งหมายให้มีการแก้ปัญหาคือความเดือดร้อนจากคำสั่งนั้นให้หมดไป หรือเบาบางลง หากไม่รีบแก้ไขให้ทันต่อเหตุการณ์อาจเกิดผลร้ายแรง ข้อร้องเรียนเหล่านั้นย่อมเป็นประโยชน์ซึ่งนอกจากจะเป็นข้อมูลในการแก้ไขปัญหาให้กับผู้ร้องเรียนแล้ว ยังเป็นข้อมูลที่ดีในการแก้ไขปรับปรุงการบริหารงานให้มีประสิทธิภาพต่อไปในอนาคต หากไม่เปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ หรือที่ก่อให้เกิดความไม่พอใจจากคำสั่งดังกล่าว อาจเกิดการต่อต้านหรือประท้วงเกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองได้ การกำหนดให้มีการร้องเรียนจึงเป็นช่องทางอันสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเป็นระบบการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง เพื่อหาหนทางจัดการแก้ไขเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวข้างต้นเกิดขึ้นอีก อันเป็นเครื่องมือการระงับข้อพิพาทของฝ่ายปกครองโดยแท้ การกำหนดให้มีการร้องเรียนคำสั่งทางปกครองของผู้เจ้าหน้าที่อาจร้องเรียนไปยังผู้บังคับบัญชา หรือร้องเรียน ไปยังองค์กรอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ หรือเป็นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองด้วยกันตามกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น อันเป็นหนทางหนึ่งที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นให้ยุติก่อนจะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

การควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองโดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ถือเป็นการร้องเรียนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศมากบ้างน้อยบ้าง จากความแตกต่างดังกล่าวจึงทำให้ผลของการอุทธรณ์ซึ่งเป็นผลของการควบคุมตรวจสอบแตกต่างกันด้วย ระบบการควบคุมตรวจสอบของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นระบบ

การควบคุมตรวจสอบที่มีมายาวนาน ทำให้มีการนำไปประยุกต์ใช้ในอีกหลายประเทศ เช่น ประเทศเบลเยียม ประเทศอียิปต์ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹ ดังนั้น การศึกษาระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของในต่างประเทศว่า มีหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และมีข้อดีข้อเสียอย่างไร เพื่อนำมาเป็นแนวทางประยุกต์ให้เข้ากับบริบททางกฎหมายของสังคมไทยต่อไป

3.1.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีผลสะท้อนจากแนวคิดพื้นฐานทางวัฒนธรรมการเมืองการปกครองในประวัติศาสตร์ อันเนื่องมาจากการแย่งชิงอำนาจระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับศาล โดยพระมหากษัตริย์ยังคงต้องการสงวนอำนาจ โดยการแต่งตั้งตัวแทนออกไปปกครอง รวมถึงอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทของเจ้าหน้าที่ โดยไม่ให้ศาลยุติธรรมก้าวล่วงแทรกแซงการบริหารงานของกษัตริย์ กับผลมาจากแนวคิดของ Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu ในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง ที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ในองค์กรหรือกลุ่มบุคคลเดียวกัน ประกอบกับการที่นโปเลียน โบนาปาร์ต ได้จัดระเบียบการปกครองโดยวิธีการรวมอำนาจโดยสมบูรณ์เด็ดขาด จึงพยายามผลักดันแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชนขึ้น อันเป็นความหมายเดียวกับความหมายของคำว่ารัฐ ที่ต้องการแยกหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่อยู่เหนือเจตนารมณ์ของพลเมืองที่เป็นเอกชน โดยใช้วิธีการใช้อำนาจบังคับในการดำเนินงาน ได้แก่ การออกคำสั่ง ห้ามกระทำการต่าง ๆ เช่น คำสั่งของรัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด นายกเทศมนตรี สถาปนาศาล เป็นเอกเทศออกจากแนวคิดพื้นฐานของเอกชน² ต่อมา จึงทำการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อให้มีการแบ่งแยกอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการเป็นอิสระออกจากกัน โดยไม่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามาพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อขัดแย้งทางการบริหารอีกต่อไป จึงมีการออกรัฐบัญญัติว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในศาลปกครองกับอำนาจหน้าที่ในทางตุลาการ อันเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในปัจจุบัน³

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีหลายลักษณะ เช่น การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง การอุทธรณ์ในลักษณะกึ่งข้อพิพาท และการอุทธรณ์ในลักษณะข้อพิพาท⁴ ซึ่งพิจารณาจากองค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เป็นหลัก ทั้งองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ในฝ่ายปกครองด้วยตนเองในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสองประเภทแรก ซึ่งแยกออกเป็น การ

¹ ขวัญชัย สันตสว่าง, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), น. 21.

² อิศระ นิตินันท์ประกาศ, *คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ เล่ม 1* (2521), น. 19-33.

³ ขวัญชัย สันตสว่าง, *เล่มเดิม*, น. 61-74.

⁴ *เล่มเดิม*, น. 23.

ร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง การร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาในระดับสูง การร้องเรียนต่อผู้มีอำนาจกำกับดูแลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และการร้องเรียนต่อคณะกรรมการ ออกระงับที่กฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อบุคคล⁵ กับการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง คือ ศาลปกครองในลักษณะข้อพิพาท ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ลักษณะแรก การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง โดยพิจารณาจากองค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ แบ่งเป็น

1) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง เป็นการอุทธรณ์หรือร้องเรียนต่อผู้กระทำการหรือสั่งการทางปกครองนั่นเอง และการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้รับผิดชอบในระดับที่สูงกว่า⁶ โดยไม่มีแบบพิธีกำหนดไว้เป็นพิเศษ อาจกระทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ หากกระทำด้วยวาจาเจ้าหน้าที่จะทำใบตอบรับว่า ร้องเรียนเมื่อใดและเรื่องใด ในส่วนด้านตัวผู้ร้องเรียนต้องมีความสามารถที่จะทำนิติกรรมได้ตามกฎหมาย จุดประสงค์ของการร้องเรียนอาจต้องการให้เจ้าหน้าที่แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอนการดำเนินการ การสั่งการนั้น หรือเลื่อนกำหนดเวลา หรือร้องเรียนเพียงแต่ให้เจ้าหน้าที่ทราบว่า เจ้าหน้าที่เข้าใจผิดในเรื่องที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการหรือสั่งการ ความจริงที่ถูกต้องเป็นอย่างอื่น ในกรณีที่ร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้รับผิดชอบในระดับที่สูงกว่า หากมีผู้บังคับบัญชาหลายระดับ ก็สามารถร้องเรียน ได้ตั้งแต่ผู้บังคับบัญชาต่ำสุดจนถึงผู้บังคับบัญชาสูงสุดตามลำดับชั้นได้ ส่วนเนื้อหาในการพิจารณาคำร้องเรียน สามารถพิจารณาได้ทั้งความถูกต้องของกฎหมายและในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจว่าถูกต้องหรือไม่ และเมื่อพิจารณาแล้วจะยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงไปในทางใดก็ได้⁷ และผลการพิจารณาไม่ว่าเป็นประการใด สามารถนำเรื่องร้องเรียนมาฟ้องศาลได้เสมอไม่เป็นการดำเนินการซ้ำ การอุทธรณ์ภายในเช่นนี้ ไม่ได้ให้หลักประกันพิเศษแก่ผู้ร้องเรียนแต่อย่างใด เพราะเจ้าหน้าที่อาจเพิกเฉยเสียได้ เพราะขึ้นอยู่กับความพอใจของฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่อาจให้ความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง ดังนั้น การสร้างหลักประกันผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการหรือสั่งการของฝ่ายปกครองจะสมบูรณ์ยิ่งขึ้นหากมีรูปแบบอื่น เช่น การอุทธรณ์ในลักษณะกึ่งข้อพิพาทที่จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

2) การอุทธรณ์ในลักษณะกึ่งข้อพิพาท เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมายหน้าที่โดยเฉพาะตามกฎหมาย อาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นคณะกรรมการก็ได้ ซึ่งมีหน้าที่

⁵ ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, “การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส: สถานะและผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 15 (4), (ตุลาคม – ธันวาคม 2558), น. 53-54.

⁶ จัญชัย สันตสว่าง, เล่มเดิม. น. 22-27.

⁷ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 24 Octobre 1956, Delzant, rec, 421.)

พิจารณาคำอุทธรณ์ตามกฎหมายแต่ไม่ใช่ศาล และจะต้องพิจารณาคำอุทธรณ์ตามรูปแบบและกระบวนการวิธีพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เปิดโอกาสให้ผู้อุทธรณ์ต่อสู้โต้แย้งคัดค้าน คล้ายกับการพิจารณาในชั้นศาล ส่วนผู้อุทธรณ์ต้องมีความสามารถตามกฎหมาย การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ พิจารณาได้ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เมื่อมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วคำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายหากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจในผลการพิจารณา ก็นำเรื่องไปฟ้องศาลได้ต่อไป โดยเฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย⁸ ส่วนการตีความคำว่า ให้คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองเป็นที่สุดท้ายนั้นจะมีการนำคดีไปฟ้องศาลได้หรือไม่ ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความเห็นเช่นเดียวกับศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ที่ไม่ยอมตีความบทบัญญัติทำนองนี้ตามตัวอักษร หากตีความตามตัวอักษรย่อมจะนำมาฟ้องศาลต่อไปไม่ได้ โดยเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติให้คำวินิจฉัยขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเป็นที่สุดท้ายนั้น ไม่ตัดอำนาจศาลในอันที่จะตรวจสอบและควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด

3) การอุทธรณ์ในลักษณะข้อพิพาท การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะข้อพิพาทเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลได้มีโอกาสโต้แย้งถึงสถานภาพด้วยวิธีทางตามกฎหมาย ซึ่งวิธีการร้องทุกข์และการอุทธรณ์ให้ฝ่ายปกครองพิจารณาข้อพิพาทนั้นไม่ได้รับความคุ้มครอง และเยียวยาแก้ไขให้ตามความประสงค์ การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะพิพาท คือ การเสนอคดีต่อศาลเป็นการกระทำต่อหน้าศาลภายใต้กระบวนการพิจารณาความ ที่ให้หลักประกันความเป็นธรรมทางปกครอง การฟ้องคดีปกครองต่อศาลในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแบ่งได้สองประเภท คือ การฟ้องว่าคำสั่งหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่มีชอบด้วยกฎหมาย และการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากฝ่ายปกครองอันเนื่องมาจากคำสั่ง หรือการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในทางปกครอง โดยผู้พิพากษาในคดีปกครองสามารถ พิจารณาและวินิจฉัยทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และศาลปกครองจะไม่ก้าวล่วงไปวินิจฉัยควบคุมในส่วนเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในทางปกครอง และการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองบางเรื่อง ได้แก่ การกระทำของรัฐบาล เช่น การวางนโยบายประเทศ การประกาศสงคราม การป้องกันประเทศ การดำเนินการระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา การติดต่อสัมพันธ์ทางการทูตซึ่งมิใช่เรื่องการกระทำทางปกครอง ส่วนการกระทำของฝ่ายรัฐบาลที่ฐานะหนึ่ง คือ การกระทำในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นการกระทำทางปกครองศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้⁹

⁸ ขวัญชัย สันตสว่าง, เล่มเดิม, 28.

⁹ แหล่งเดิม, 58-60.

ลักษณะที่สอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาจากสถานะของผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์¹⁰

1) การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

การร้องเรียนโดยวิธีนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ได้มีโอกาสทบทวนว่า คำสั่งทางปกครองที่ตนได้กระทำไปนั้น ถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาตรวจสอบใหม่ให้เกิดความรอบคอบ หรือนำคำร้องเรียนมาพิจารณาว่าสิ่งที่ตนทำคำสั่งทางปกครอง บกพร่องจริงตามคำร้องเรียนหรือไม่ ซึ่งอาจทำให้เจ้าหน้าที่นั้น ยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลง คำสั่งทางปกครองนั้นได้ อันเป็นการลดจำนวนข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง ขอบเขตในการเพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง มีอยู่แค่นั้น เพียงใด ขึ้นอยู่กับลักษณะเดิมของคำสั่งทางปกครองเดิมที่ถูกโต้แย้งอาจมีลักษณะ ดังนี้

1.1) คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ โดยส่วนใหญ่เป็นคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย เช่น คำสั่งทางปกครองที่ให้บุคคลมีใบอนุญาตขับขี่ คำสั่งทางปกครองอนุญาตให้บุคคลทำการก่อสร้างอาคาร สถานที่ต่าง ๆ คำสั่งทางปกครองให้สัญญาแก่บุคคล คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้อาจส่งผลกระทบต่อผู้รับคำสั่ง และอาจมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกก็ได้ โดยปกติคำสั่งทางปกครองโดยการก่อตั้งสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่อาจยกเลิกได้เอง เพราะจะทำให้สถานะของบุคคลมีความไม่มั่นคงแน่นอนและถูกละเมิด เว้นแต่จะมีกฎหมายให้ยกเลิก หรือเป็นกรณีที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธินั้นร้องขอให้มีการยกเลิกเสียเอง ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะยกเลิกเองก็ได้ แต่มีเงื่อนไขว่า จะต้องมีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งสิทธิที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นภายใน 4 เดือนนับแต่วันที่มิคำสั่งทางปกครอง หากเกินระยะเวลาดังกล่าวเจ้าหน้าที่ไม่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้อีก¹¹

1.2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อตั้งสิทธิ เช่น คำสั่งทางปกครองที่กำหนดจำนวนค่าเสียหายเพื่อชดเชยค่าเสียหายแก่บุคคล คำสั่งกำหนดเขตพื้นที่สาธารณะ¹² เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้อาจเกิดจากคำสั่งที่เจ้าหน้าที่ได้ออกไปโดยไม่มีกฎหมายรองรับ คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่หลงผิด หรือผิดพลาดเอง คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ใช้ดุลพินิจใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งเจ้าหน้าที่อาจยกเลิกคำสั่งได้ทุกขณะไม่ว่าระยะเวลาจะผ่านพ้นไปนานเท่าใด

¹⁰ ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, “การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส: สถานะและผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์,” น. 53-60.

¹¹ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), Assemblée, 26 Novembre 2001, Temon, n° 197018)

¹² คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 19 Mars 1980, Delmas)

1.3) คำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้ได้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธหรือการลงโทษบุคคล เช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่อนุญาตให้บุคคลออกจากงาน หรือคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธมิให้ข้าราชการกลับเข้ารับตำแหน่ง¹³ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เจ้าหน้าที่อาจยกเลิกคำสั่งได้ทุกขณะไม่ว่าระยะเวลาจะผ่านพ้นไปนานเท่าใดเช่นกัน

2) การร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาระดับสูง เป็นการร้องเรียนตามลำดับชั้นของการบังคับบัญชา โดยใช้อำนาจที่มาจากเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งผู้บังคับบัญชาจะยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมได้ แต่จะไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ที่อยู่ในขอบเขตของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง¹⁴ และในการร้องเรียน ผู้ร้องเรียนสามารถร้องเรียนคำสั่งทางปกครองได้ทุกคำสั่ง ไม่มีข้อจำกัด เพราะสภาแห่งรัฐถือว่า การร้องเรียนคำสั่งทางปกครองไปยังผู้บังคับบัญชาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป¹⁵

3) การร้องเรียนต่อผู้มีอำนาจกำกับดูแลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ การร้องเรียนกรณีนี้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่จัดลำดับความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานที่ใช้อำนาจกำกับดูแล และหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล ซึ่งผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจค่อนข้างจำกัด ในการพิจารณาอุทธรณ์เฉพาะในขอบเขตของกฎหมายเฉพาะให้อำนาจไว้เท่านั้น¹⁶

4) การร้องเรียนต่อคณะกรรมการ ที่กฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อบุคคลการร้องเรียนประเภทนี้มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ เช่น การร้องเรียนต่อคณะกรรมการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร

จากที่กล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะมีการแบ่งประเภทของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาจากองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ หรือพิจารณาจากสถานะของผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่โดยรายละเอียดในเนื้อหาแล้วไม่มีความแตกต่างกัน ทั้งมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่อยู่ในสายงานการบังคับบัญชา กับการอุทธรณ์นอกสายการบังคับบัญชา เช่น คณะกรรมการต่าง ๆ หรือในฐานะผู้กำกับดูแล

ในการพิจารณาการร้องเรียน ผู้มีอำนาจวินิจฉัยจะต้องพิจารณาปรับบทกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในวันที่มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ และอาจหยิบยกข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครองเดิม หรือเพิกเฉยไม่นำข้อเท็จจริงนั้นมาพิจารณาก็ได้ หากคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นคำสั่ง

¹³ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 29 Mars 1968), (CE. Sect., 4 Février 1955, Rodde)

¹⁴ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 23 Octobre 1985, Ste Sodico - Quest)

¹⁵ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 13 Février 2006, Hipopay, n° 281840)

¹⁶ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), Sect., 16 Mars 1984, X, n° 50878)

ทางปกครองไม่ก่อตั้งสิทธิ¹⁷ กรณีคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ ผู้มีอำนาจวินิจฉัยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นมาก่อนแล้วเท่านั้น¹⁸ ในการแก้ไขคำสั่งทางปกครองเดิมหากคำสั่งทางปกครองเดิมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ผู้มีอำนาจวินิจฉัยเพียงยกเลิกคำสั่งทางปกครองเดิมและส่งกลับไปให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ¹⁹ หากคำสั่งทางปกครองเดิมออกโดยกระบวนการ ขั้นตอนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีอำนาจวินิจฉัยไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องเองได้ ต้องสั่งให้ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิม ดำเนินกระบวนการ ขั้นตอนให้ถูกต้องใหม่²⁰ และในกรณีที่มีการร้องเรียนการลงโทษ ผู้มีอำนาจวินิจฉัยจะลงโทษร้ายแรงกว่าโทษตามคำสั่งทางปกครองเดิมไม่ได้²¹

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะมีการแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นอย่างไรตามที่ได้กล่าวข้างต้น หากพิจารณาในผลทางกฎหมายแล้ว ผลทางกฎหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสแยกได้เป็นสองประเภท คือ การอุทธรณ์แบบบังคับกับระบบการอุทธรณ์แบบไม่บังคับ หมายความว่า หากจะมีการฟ้อง โดยการนำคำสั่งทางปกครองมาเสนอต่อศาลปกครอง ถ้ากฎหมายกำหนดให้เป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนฟ้อง ที่เรียกว่า การอุทธรณ์แบบบังคับ ศาลปกครองจะต้องดูว่า มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นมาก่อนหรือไม่ หากไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาก่อน ศาลปกครองก็ไม่รับฟ้องคดี กรณีคำสั่งทางปกครองไม่มีเงื่อนไขให้มีการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี เรียกว่า การอุทธรณ์แบบไม่บังคับ ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้เลย²² ถ้าหากมีการยื่นคำร้องเรียนทั้งแบบบังคับและแบบไม่บังคับควบคู่กันไปพร้อมกัน การฟ้องโต้แย้งสามารถฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยแบบบังคับต่อศาล และฟ้องคำวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชาสูงขึ้นไปได้ เพราะคำวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชามีผลไปแทนที่คำสั่งทางปกครองเดิม²³

เมื่ออำนาจในการพิจารณาข้อมแตกต่างกัน ข้อมส่งผลของกฎหมายระหว่างการอุทธรณ์แบบบังคับ และการอุทธรณ์แบบไม่บังคับ ที่แตกต่างกันด้วยโดยมีรายละเอียด ดังนี้

¹⁷ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), sect., 6 Juillet 1990, Ste Clinique Les Martinets, n° 77546)

¹⁸ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 29 Avril 1987, Stekassbohrer - France)

¹⁹ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 5 Octobre 1983, SA Transports Encommun Agglomeration Bayonnete)

²⁰ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 3 Décembre 2008, min. Defense, n° 301435)

²¹ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), Sect., 16 Mars 1984, Moreteau: Rec)

²² คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), Sect., 10 Mars 2006, Ste Leroy Merlin, n° 278220)

²³ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), Sect., 13 Juin 1984, Assoc. Hand - ball Club de Cyoising)

1. ผลทางกฎหมายของการอุทธรณ์แบบไม่บังคับ หากผู้มีอำนาจพิจารณาคือผู้บังคับบัญชาได้มีการยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม ก็ถือว่า คำวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชาได้เข้าไปแทนที่คำสั่งทางปกครองเดิม ในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลต้องนำคำวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชาที่ได้เข้าไปแทนที่คำสั่งทางปกครองเดิมนั้นไปฟ้องศาล²⁴ หากผู้มีอำนาจพิจารณามีการยืนยัน แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือวินิจฉัยให้คำสั่งทางปกครองเดิมสมบูรณ์ยิ่งขึ้น การยื่นฟ้องโต้แย้งคดีต่อศาล จะต้องโต้แย้งทั้งคำสั่งทางปกครองเดิม และคำวินิจฉัยใหม่²⁵

2. ผลทางกฎหมายของการอุทธรณ์แบบบังคับ คำวินิจฉัยที่ออกมาภายหลังการยื่นอุทธรณ์ในรูปแบบนี้ คำวินิจฉัยมีผลทางกฎหมายในการเข้าไปแทนที่คำสั่งทางปกครองเดิมโดยอัตโนมัติ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่คำวินิจฉัยเป็นการยืนยัน ยกเลิก เพิกถอน หรือ แก้ไข คำสั่งทางปกครองเดิม การยื่นฟ้องคดีต่อศาลไม่อาจนำคำสั่งทางปกครองเดิมไปโต้แย้งได้อีก ต้องนำคำสั่งทางปกครองของผู้มีอำนาจไปโต้แย้งได้เท่านั้น เพราะคำวินิจฉัยอุทธรณ์เข้าไปแทนที่คำสั่งเดิมทุกกรณี ไม่ว่าจะยกอุทธรณ์ก็ตาม ซึ่งเท่ากับว่า ไม่มีคำสั่งทางปกครองเดิมอีกต่อไป²⁶ เพียงแต่อาจหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเดิม เพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองใหม่ได้เท่านั้น ไม่ว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเกิดจากกระทำไม่ถูกต้อง ตามขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญ การปรับบทผิดพลาด การตีความกฎหมายผิด²⁷ หากมีการนำคำสั่งทางปกครองเดิมมาฟ้องต่อศาล ให้ถือว่า เป็นการยื่นฟ้องที่มีคำขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่แทนที่คำสั่งทางปกครองเดิม²⁸ ในการยื่นคำฟ้องแบบอุทธรณ์ในลักษณะบังคับ ถ้าหากมีการยื่นอุทธรณ์ยอมทำให้อายุความฟ้องคดียอมสะดุดหยุดลงในระหว่างรอคำตอบจากผู้มีอำนาจพิจารณาคดี และถือเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยที่ศาลอาจหยิบยกกล่าวอ้างขึ้นได้ในชั้นพิจารณา²⁹ ในกรณีที่ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ คำสั่งทางปกครองเดิมไม่มีผลบังคับได้อีกไม่ว่าทางใด³⁰

เนื่องจากประเทศไทยกำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง มีลักษณะการอุทธรณ์แบบบังคับ กล่าวคือ หากจะนำคำสั่งทางปกครองมาฟ้องคดี ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก่อน เหมือนดังที่พบในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังนั้น การศึกษา ลักษณะและผลทางกฎหมายของ

²⁴ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 10 Mars 1997, Dias, n° 169830)

²⁵ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 12 Juin 1987 Sté Gantois, n° 72388)

²⁶ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 30 Mai 2007, SteLesaffre, n° 287280)

²⁷ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 10 Janvier 2007, Renou, n° 277418)

²⁸ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 19 Décembre 2008, Françoise P., n° 297187)

²⁹ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 28 Septembre 2005, Louis, n° 266208)

³⁰ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (C. E.), 1 Octobre 1993, SA Hyperallye, n° 45924)

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ย่อมเป็นประโยชน์ในการนำมาประยุกต์ใช้กับประเทศไทยให้เหมาะสมต่อไป โดยมีรายละเอียด ดังนี้³¹

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับจะมีความแตกต่างกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบทั่วไป ที่ถือเป็นทางเลือกกว่าผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง จะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ ก็ได้ ไม่ว่าจะการขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งนั้น หรือให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้น แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามที่มีผู้ร้องขอ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองนั่นเอง ส่วนการอุทธรณ์แบบบังคับ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดรูปแบบเป็นพิเศษไว้อย่างชัดเจนว่า เป็นการอุทธรณ์แบบบังคับ ซึ่งจะไม่มีเป็นกรณีการสันนิษฐานว่า เป็นการอุทธรณ์แบบบังคับหรือไม่ ไม่ว่าจะระบุไว้ในกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือที่ตราโดยฝ่ายบริหาร แต่หากกฎหมายไม่ได้ระบุไว้โดยชัดเจน ก็เป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะใช้ดุลพินิจในการตีความ ซึ่งในปัจจุบันมีประมาณ 150 รูปแบบอันมีลักษณะเฉพาะและแตกต่างกันออกไป เช่น ในคดีภาษีอากร การบริหารงานบุคคลของข้าราชการทหาร การปฏิเสธการลงตราเพื่อทำนากินประเทศ การออกคำสั่งของสมาพันธ์กีฬา เป็นต้น ซึ่งรูปแบบพิเศษเหล่านี้จะเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรับฟ้องคดีต่อไป หากไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อน เพราะเป็นกระบวนการที่ต้องกระทำก่อนที่จะนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีต่อศาล ลักษณะการอุทธรณ์แบบบังคับจะต้องกระทำลงภายในกำหนดระยะเวลา หมายความว่า ถ้าไม่มีการอุทธรณ์ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจอุทธรณ์ได้อีกต่อไป ซึ่งย่อมส่งผลให้สิทธิในการฟ้องคดีระงับเช่นกัน เช่น ข้อพิพาททางภาษีต้องอุทธรณ์ภายใน 2 ปี ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งสภามหาวิทยาลัยต้องมีการอุทธรณ์ภายใน 5 วัน ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกำหนดโทษแก่ผู้คุมขังต้องอุทธรณ์ภายใน 15 วัน หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงตราของคนต่างด้าว ซึ่งต้องอุทธรณ์ภายใน 2 เดือน เป็นต้น

ส่วนการยื่นอุทธรณ์แบบบังคับนั้น มีขั้นตอนและรูปแบบการยื่นอุทธรณ์ที่หลากหลาย ซึ่งขึ้นอยู่กับว่า เป็นการอุทธรณ์ในเรื่องใดและกฎหมายกำหนดไว้อย่างไร บางกรณีให้ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว กฎหมายกำหนดให้ยื่นต่อผู้บังคับบัญชา อันมีลักษณะเดียวกันกับการร้องเรียนในระบบการอุทธรณ์ทั่วไป เพราะเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้อุทธรณ์ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักความเป็นกลางได้มากกว่า แต่บางกรณีกฎหมายกำหนดให้มีการยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานอื่นที่ไม่ใช่หน่วยงานสายบังคับบัญชาในรูปแบบของคณะ

³¹ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพถกษ, วารสารวิชาการศาลปกครอง, “Professeur Christophe Alonso, เอกสารการบรรยาย เรื่อง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” 15 (4), (ตุลาคม - ธันวาคม 2558), น. 1-28.

เช่น การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการควบคุมอาคาร การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการบริหารงานบุคคล การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ เป็นต้น

เมื่อกฎหมายให้คำสั่งทางปกครองเรื่องใดเป็นการอุทธรณ์แบบบังคับแล้ว ก็ย่อมส่งผลต่อการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ดังนี้

1. การนับอายุความการยื่นฟ้อง การนับระยะเวลาการยื่นฟ้องคดี เริ่มนับเมื่อฝ่ายปกครองมีคำวินิจฉัยออกมาซึ่งจะต้องกระทำภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่ได้มีการแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ หากฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่มีการวินิจฉัยอุทธรณ์ ถือว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งทางปกครองปฏิเสธ โดยปริยาย ให้ยื่นฟ้องภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธ โดยปริยายนั้น

2. คำวินิจฉัยอุทธรณ์มีผลเป็นการแทนที่คำสั่งแรก หลักการนี้ สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของการอุทธรณ์แบบบังคับ กล่าวคือ เมื่อมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกคำสั่งแรกโดยอัตโนมัติ เมื่อคำสั่งแรกยกเลิกไปแล้ว ย่อมเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องทำคำสั่งทางปกครองใหม่ โดยไม่อาจมีเนื้อหาเหมือนคำสั่งทางปกครองเดิมได้ จะต้องฟังข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเหมาะสมมาทำการพิจารณาใหม่ หากมีการยื่นฟ้องเพื่อเพิกถอนคำสั่งแรก ศาลปกครองจะไม่รับคดีไว้พิจารณา การสิ้นผลของคำสั่งแรกย่อมส่งผลให้เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแรกสิ้นผลไปด้วย อย่างไรก็ตาม หากในชั้นพิจารณามีการกล่าวอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแรก ศาลปกครองจะต้องตีความข้ออ้างดังกล่าวว่าเป็นข้ออ้างที่ขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ เพราะเป็นหน้าที่ของศาลปกครองในการตีความให้ถูกต้อง แม้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแรกจะสิ้นผลไปแล้วก็ตาม

3. ข้ออ้างที่ใช้ในชั้นพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ไม่จำเป็นต้องเป็นข้ออ้างเดียวกับการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพราะการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับไม่มีความเกี่ยวพันกับการฟ้องคดีต่อศาล ผู้ฟ้องคดีจะไม่ถูกผูกมัดว่าจะต้องนำข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดิม ที่ยกต่อสู้ในชั้นพิจารณาอุทธรณ์มาได้แย้งต่อศาลเท่านั้น เพียงแต่มีเงื่อนไขว่า ข้อพิพาทในชั้นพิจารณาอุทธรณ์และชั้นศาลปกครองต้องเป็นเรื่องเดียวกัน

4. การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับ ส่งผลต่อการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ แม้ยังไม่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่ยังคงอยู่ในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ย่อมมีสิทธิยื่นคำขอต่อศาลให้มีการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ หากศาลปกครองมีคำสั่งทูลเกล้าการบังคับให้ยอมมีเหตุอันควรสงสัยแล้วว่า คำสั่งทางปกครองนั้นอาจมีปัญหาเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ทำให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสทบทวนให้รอบคอบในการแก้ไขคำสั่งนั้นให้รอบคอบยิ่งขึ้น

เห็นว่า การมีระบบการอุทธรณ์แบบบังคับของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ย่อมส่งผลดีหลายประการ ในแง่ประชาชนย่อมเป็นเครื่องมือที่รวดเร็ว ประหยัด ในการเสนอให้ฝ่ายปกครองแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ในแง่ในฝ่ายปกครองย่อมทำให้ฝ่ายปกครองทราบว่า ตนมีข้อบกพร่องในการทำคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ อย่างไร อาจพิจารณาได้จากข้ออ้างในคำอุทธรณ์นั้น หากเห็นว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องตามที่มีการอ้างในคำอุทธรณ์จริง ก็เป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครอง ชกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้น โดยไม่ต้องฟ้องศาลปกครอง อีกทั้ง ทำให้ฝ่ายปกครองระมัดระวังในการออกคำสั่งทางปกครองในครั้งถัดไปให้เกิดความรอบคอบได้อีกในอนาคต ในแง่ของศาลปกครอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับ อาจเป็นการลดปริมาณคดีสู่ศาลปกครอง หากฝ่ายปกครองมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นตรงตามที่ต้องการ รวมถึงหากมีการนำคดีสู่ศาลปกครองย่อมทำให้ศาลปกครองพิจารณาว่าฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะฝ่ายปกครองได้ผ่านการพิจารณาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย ความเหมาะสม ซึ่งได้ให้เหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมเป็นการสะดวก และรวดเร็วในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

กล่าวโดยสรุป การร้องเรียนหรือการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดไว้ในสองลักษณะ กล่าวคือ หากไม่มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นให้มีการอุทธรณ์ ก็ไม่มีความจำเป็นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนที่จะมีการฟ้องคดี เรียกว่า การอุทธรณ์แบบไม่บังคับ แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนฟ้องคดี เรียกว่าการอุทธรณ์แบบบังคับ ก่อนฟ้องคดีต้องมีการดำเนินการให้ครบขั้นตอนก่อน คือ การอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้นั่นเอง เมื่อผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยแล้ว ถือว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นคำสั่งสุดท้ายที่เข้ามาแทนที่คำสั่งทางปกครองเดิมโดยอัตโนมัติ และย้อนหลังไปถึงวันที่มีคำสั่งทางปกครองเดิม จะส่งผลให้ศาลปกครองไม่อาจรับคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมซึ่งเป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับที่ต่ำกว่าได้ และศาลปกครองในสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส ได้ตีความสร้างบรรทัดฐานในการขยายอำนาจในการรับฟ้องคดีให้เกิดความเป็นธรรมยิ่งขึ้น กล่าวคือ หากมีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองเดิม โดยไม่ได้ฟ้องคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ก็ให้ถือว่าเป็นการฟ้องคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว รวมถึงการวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีสามารถหยิบยกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ศาลปกครองวินิจฉัย แม้ไม่ได้โต้แย้งไว้ในการอุทธรณ์ก็ตาม และที่สำคัญการอุทธรณ์ย่อมทำให้อายุความการฟ้องคดีสะดุดหยุดลง อันเป็นการรักษาสิทธิของผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากคำสั่งทางปกครองอีกด้วย

3.1.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ที่มาของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้รับอิทธิพลมาจากการสร้างรัฐของประชาชนในชนชาติ ผ่านวัฒนธรรมทางการเมืองและการปกครองซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามระบบการเมืองการปกครองในแต่ละยุคสมัย ดังนั้น ประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองย่อมสะท้อน แนวคิด ข้อจำกัดระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบันได้เป็นอย่างดี เส้นแบ่งระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันเป็นรากฐานในปัจจุบัน เริ่มนับตั้งแต่มีการใช้หลัก นิติรัฐที่ประชาชนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเรียกร้องด้านสิทธิ เสรีภาพ และการรวมชาติ โดยมีการสร้างระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง เพราะต้องการให้อำนาจฝ่ายปกครองกับศาล แยกต่างหากจากกัน และไม่ต้องต้องการให้ศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองได้ แต่ให้ใช้ระบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครองแทน ตามแนวทางการแบ่งแยกอำนาจตามหลักนิติรัฐของระบบกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่ว่าจะด้านรูปแบบ กระบวนการ ขั้นตอนในการโต้แย้งสิทธิ หรือด้านองค์กรโดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยในรูปแบบคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เช่น มีคณะกรรมการชี้ขาดทางภาษีอากร หรือคณะกรรมการชี้ขาดทางเศรษฐกิจ แต่เมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประชาชนได้รับการศึกษาเพิ่มขึ้นก็มีการเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงทางสังคม จากผู้อยู่ภายใต้การปกครองมาสู่ความเป็นพลเมือง ไม่ว่าจะสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย โดยมีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การพิจารณาข้อพิพาททางปกครองโดยฝ่ายปกครองสิ้นสุดลง ในการวินิจฉัยข้อพิพาททั้งหลายเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาล โดยจัดตั้งศาลปกครองขึ้นและได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ปีค.ศ. 1960 ขึ้นมาใช้บังคับ โดยกำหนดหลักการทางกฎหมายให้ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และกฎหมายดังกล่าวนำมาใช้ถึงปัจจุบัน³² โดยมาตรา 68 (1) แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ค.ศ. 1960 บัญญัติว่า ก่อนที่จะฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองนั้นเสียก่อน³³ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายในแต่ละมลรัฐทั้ง 16 มลรัฐ ที่มีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นของตนเอง สำหรับเงื่อนไขของการฟ้องคดีก่อนที่จะนำคำสั่งทางปกครองมาฟ้องต่อศาลปกครองได้นั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครองเสียก่อน ด้วยการขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทบทวนคำสั่งนั้นอีกครั้งหนึ่ง ทั้งในแง่

³² มานิตย์ วงศ์เสรี, การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง, (กรุงเทพฯ: บริษัท ประชาชน จำกัด, 2561), น. 3-22.

³³ Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) 1960 68 (1) "VorErhebung der

Anfechtungsklagen sind Rechtmäßigkeit and Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen"

ความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม เมื่อเจ้าหน้าที่ทบทวนและวินิจฉัยเป็นอย่างไรแล้ว หากไม่พอใจคำสั่งทางปกครองนั้น ก็ยังมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นได้อีก ในระหว่างโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองอยู่ หากเป็นคำสั่งในรูปแบบไม่เป็นพิธีการ มีผลต้องทุเลาคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ก่อน ถ้าโต้แย้งคัดค้านแล้วเจ้าหน้าที่เพิกเฉยไม่ยอมวินิจฉัย ผู้โต้แย้งมีสิทธินำคดีมาฟ้องศาลปกครองได้ว่าเจ้าหน้าที่ละเลยต่อหน้าที่³⁴ แต่ในการโต้แย้งคัดค้านก่อนฟ้องคดีนั้น ประมวลกฎหมายของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดว่า หากมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าไม่ต้องโต้แย้งคัดค้าน ก็สามารถฟ้องต่อศาลได้เลย เช่น คำสั่งทางปกครองที่เป็นรูปแบบพิธีการ ซึ่งมีอยู่สองกรณี คือ 1. คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่สูงสุดของสหพันธ์และของมลรัฐ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้าน 2. คำตัดสินในเรื่องการเยียวยาหรือคำคัดค้านที่คัดค้านแล้ว ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นครั้งแรก เช่น มีการคัดค้านคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารโดยเพื่อนบ้านที่ไม่ใช่คู่กรณี โดยคัดค้านให้เพิกถอนใบอนุญาต กรณีเช่นนี้ย่อมกระทบต่อผู้ได้รับใบอนุญาตในครั้งแรก ผู้ได้รับใบอนุญาตในครั้งแรกไม่ต้องโต้แย้งคัดค้านอีกสามารถนำคดีมาฟ้องศาลได้เลย³⁵ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปในการควบคุมฝ่ายปกครองว่า ประชาชนผู้ซึ่งถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองจะอุทธรณ์ได้ เฉพาะในกรณีเกี่ยวกับคำฟ้องให้ศาลยกเลิกนิติกรรม และให้ออกนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น หากประชาชนถูกระทบสิทธิทางด้านอื่นสามารถมาฟ้องต่อศาลปกครองได้เลย โดยไม่จำเป็นต้องไปอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อน เว้นแต่จะมีกฎหมายยกเว้นเป็นอย่างอื่น ซึ่งเห็นได้ว่าตามกฎหมายปกครองสหพันธ์รัฐสาธารณรัฐเยอรมนี ถือเอาลักษณะหรือประเภทของคำฟ้องทางปกครองเป็นเกณฑ์ว่าจะอุทธรณ์ได้หรือไม่

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดไว้ในมาตรา 68-73 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาล มาจากกฎหมายพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองประเภทคำฟ้องที่ขอให้ศาลยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Anfechtungsklage) และคำฟ้องประเภทที่ขอให้ศาลสั่งการให้ออก นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธ และละเลยไม่ออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Verpflichtungsklage) จะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครองก่อน ซึ่งเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาล หากไม่มีการอุทธรณ์จะนำคำสั่ง

³⁴ ชาลุชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 63.

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมนี, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547), น. 88.

ทางปกครองนั้นมาฟ้องศาลไม่ได้ ส่วนในคำฟ้องประเภทขอให้ศาลสั่งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ ละเว้นกระทำการ นอกเหนือจากการขอให้ศาลออกนิตินกรรมทางปกครอง(Feststellungs- und Leistungsklage) ส่วนมากจะเป็นปฏิบัติการทางปกครอง เช่น ให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการซ่อมแซมถนน ให้เจ้าหน้าที่ดูแลช่วยเหลือคนพิการ ให้เจ้าหน้าที่ให้ข้อมูลต่าง ๆ³⁶ และคำร้องประเภทขอให้ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรองไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้โดยตรงโดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อน³⁷ เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่จะทบทวนความชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีมีการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่จะทบทวนความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง ประโยชน์ของการกำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก่อน อย่างน้อยมีข้อดีสองประการ คือ ให้โอกาสเจ้าหน้าที่แก้ไขข้อผิดพลาดในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น กับเป็นการแบ่งเบาภาระศาลไม่ต้องพิจารณาคดีที่มีจำนวนมาก เพราะมลรัฐเคยมีการยกเลิกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ แต่ในที่สุดก็ต้องนำกระบวนการพิจารณามาใช้ใหม่เพราะศาลปกครองมีคดีต้องพิจารณาเป็นจำนวนมาก ในการยื่นอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือ หรือแจ้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจดบันทึกคำอุทธรณ์ก็ได้ ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่าคำอุทธรณ์มีเหตุผล สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมได้ทั้งหมดหรือบางส่วน และเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งสามารถกำหนดค่าใช้จ่ายในการอุทธรณ์ได้ แต่หากพิจารณาคำอุทธรณ์แล้วไม่เห็นชอบด้วย ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ผู้ออกคำสั่งต้องส่งอุทธรณ์นั้นไปให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ โดยส่วนใหญ่จะเป็นเจ้าหน้าที่ลำดับสูงขึ้นไป แต่มาตรา 70 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สองของกฎหมายปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดให้ประชาชนผู้ซึ่งถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็ได้ ระยะเวลาการอุทธรณ์กำหนดไว้ภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ทราบคำสั่ง จะมายื่นก่อนรับทราบคำสั่งไม่ได้ เพราะยังไม่มีสิ่งใดให้ต้องโต้แย้ง หากไม่มีแจ้งระยะเวลา ยื่นอุทธรณ์ขยายไปเป็นหนึ่งปี แต่ในส่วนตัวของเจ้าหน้าที่สามารถพิจารณาอุทธรณ์ได้แม้จะยื่นพัน กำหนดเวลาก็ตามตามแนวคำวินิจฉัยของศาล แต่ในทางดาราไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าว เนื่องจากจะทำให้บุคคลมีหน้าที่รับภาระ หรือหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง และทำให้กฎหมายไม่ชัดเจนแน่นอน ส่วนเนื้อหาของการอุทธรณ์ เช่น อุทธรณ์โต้แย้งการกระทำที่มีลักษณะ

³⁶ สำนักงานศาลปกครอง, “รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” (2543), น. 427.

³⁷ คณะกรรมการกฤษฎีกา, “การเตรียมการรองรับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง: ประสพการณ์ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,” เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ ครั้งที่ 5, (1 สิงหาคม 2539), น. 107-123.

ทางข้อเท็จจริง หรือโต้แย้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยกฎหมายที่ไม่มีผลไปสู่ภายนอก เช่น ระเบียบคำสั่ง หรือข้อบังคับภายในของเจ้าหน้าที่

ผลของการวินิจฉัยอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จะเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองอันเป็นการเพิ่มภาระของผู้อุทธรณ์ก็ได้ เช่น เพิ่มค่าธรรมเนียมให้สูงกว่าเดิม หรือลดเงินให้ความช่วยเหลือลง หรือเพิ่มเงื่อนไขในใบอนุญาตต่าง ๆ ให้เข้มงวดขึ้นตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง แต่มีผู้ไม่เห็นด้วยว่าจะวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นการเพิ่มภาระหรือกำหนดเงื่อนไขเพิ่มไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษ และเป็นคำวินิจฉัยในเรื่องที่อยู่นอกเหนือคำอุทธรณ์ แต่ทั้งสองฝ่ายต่างเห็นพ้องกันว่า แม้ว่าผลการพิจารณาคำอุทธรณ์เป็นอย่างไร ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมหรือไม่ หรือเปลี่ยนแปลงและเป็นการเพิ่มภาระผู้อุทธรณ์ ก็ไม่สามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นได้อีก หากไม่พอใจก็มีหนทางเดียวคือฟ้องคดีต่อศาลปกครอง สำหรับข้อยกเว้นตามกฎหมายที่ไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีสองกรณี คือ คำสั่งทางปกครองและนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่สูงสุดของสหพันธ์ ได้แก่ นายกรัฐมนตรี ประธานาธิบดี รัฐมนตรี เนื่องจากเป็นเจ้าหน้าที่ในระดับที่ไม่มีชั้นที่สูงกว่าในการควบคุมอีกแล้ว และกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้วินิจฉัยอุทธรณ์แล้วเกิดกระทบต่อบุคคลที่สาม ตามที่กล่าวแล้วข้างต้น³⁸

ความแตกต่างระหว่างการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นดุลยพินิจของฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ก็ได้ และการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยทั่วไป ไม่มีผลการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง โดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมิได้เป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ในทางตรงกันข้าม การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นสิทธิของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ต้องมีพิจารณาอุทธรณ์นั้น นอกจากนี้การอุทธรณ์ตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองทันที และเป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีปกครอง กฎหมายวิธีพิจารณาความศาลปกครอง (VwGO) มาตรา 68 (1) และ (2) ซึ่งได้กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้ถูกกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง จะนำข้อโต้แย้งมาสู่การพิจารณาต่อศาลปกครองสำหรับคดีประเภทโต้แย้งสิทธิ (Anfechtungsklage) คำฟ้องประเภทขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) จะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อน ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

³⁸ บุญศรี มีวงศ์โหมษ, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538),

พิจารณาตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอีกครั้งหนึ่งก่อน ส่วนในคดีปกครองประเภทอื่นไม่นำการอุทธรณ์บังคับมาใช้คดีดังกล่าว ได้แก่ คดีขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ เป็นคำฟ้องที่มุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีใจเรื่องการทำคำสั่งทางปกครอง (Leistungsklage) คดีขอให้พิสูจน์สิทธิเป็นคำฟ้องที่มุ่งหมายให้มีการพิสูจน์ถึงการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของคำสั่งทางปกครอง (Feststellungsklage) และคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง เป็นคำฟ้องที่มุ่งหมายให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายลำดับรอง (Antrag auf Normenkontroll) ³⁹

3.1.3 ราชอาณาจักรสเปน⁴⁰

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของราชอาณาจักรสเปน คือ การที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ขอให้หน่วยงานทางปกครองเพิกถอน หรือปรับปรุงแก้ไขคำสั่งของตน ในการอุทธรณ์จะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามลำดับชั้น ไปจนถึงที่สุด หากผู้มีส่วนได้เสียไม่พอใจคำวินิจฉัยก็มีทางเลือก คือ อุทธรณ์ซ้ำภายในฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง เพื่อโต้แย้งคำวินิจฉัยต่อหน่วยงานที่ทำคำสั่งดังกล่าว หรือฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองซึ่งเป็นศาลชำนาญพิเศษในศาลยุติธรรมได้ทันที แต่มีเงื่อนไขว่า หากมีการอุทธรณ์ซ้ำภายในฝ่ายปกครอง จะต้องฟ้องต่อศาลปกครองได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองต้องออกคำวินิจฉัยมาก่อน

ลักษณะการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง เป็นการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อหน่วยงานทางปกครองโดยผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้น

ประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสเปนค.ศ. 1992 มาตรา 107 บัญญัติว่า คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของหน่วยงานทางปกครองที่ได้วินิจฉัยในประเด็นแล้ว หรือได้วินิจฉัยว่าไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้อีกต่อไปแล้ว หรือเป็นคำสั่งที่คู่กรณีไม่ได้ใช้สิทธิโต้แย้งหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิหรือประโยชน์ทางกฎหมายของคู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสียสามารถอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามลำดับชั้น หรือทำการคัดค้านคำสั่งซึ่งสิ้นสุดกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง และมาตรา 108 ยังได้บัญญัติถึงเหตุการณ์พิเศษที่ผู้มีส่วนได้เสียสามารถขอให้หน่วยงานทางปกครองพิจารณา

³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์* 29 (2), (มิถุนายน), น. 282 -284.

⁴⁰ โรม ทีปะปาล, *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองของประเทศสเปน”, 17 (1), (มกราคม - มีนาคม 2560), น. 50-62.

คำสั่งทางปกครองใหม่ได้อีกด้วย จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นสามารถแบ่งประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้เป็นสามประเภท คือ

1. การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามลำดับชั้น ซึ่งเป็นการอุทธรณ์ตามหลักทั่วไป กล่าวคือ หากคำวินิจฉัยของหน่วยงานทางปกครองยังไม่สิ้นสุดกระบวนการพิจารณาภายในฝ่ายปกครองสามารถอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามลำดับชั้นต่อหน่วยงานทางปกครอง ที่อยู่ในลำดับสูงกว่าหน่วยงานที่ทำการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการให้อุทธรณ์ต่อประธานกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งและเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ ส่วนการยื่นอุทธรณ์มาตรา 114.2 ต้องยื่นต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งและหน่วยงานดังกล่าว จะต้องส่งเรื่องต่อไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง โดยหัวหน้าหน่วยงานที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ สำหรับระยะเวลาและแจ้งผลการพิจารณาต้องกระทำภายใน 3 เดือน หากไม่ได้วินิจฉัยภายในระยะเวลาดังกล่าวถือว่าเป็นการยกอุทธรณ์ ซึ่งถือว่ากระบวนการพิจารณาภายในฝ่ายปกครองได้สิ้นสุดลงเช่นเดียวกันกับที่สิ้นสุดลงกับกรณีอื่น ๆ เช่น กรณีกฎหมายกำหนดให้ระงับข้อพิพาททางเลือก ได้แก่ การประนีประนอมยอมความ การไกล่เกลี่ย และอนุญาโตตุลาการ หรือเมื่อมีข้อตกลง มติ หรือสัญญาให้ยุติกระบวนการพิจารณาภายใน ฝ่ายปกครองซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2. การอุทธรณ์คัดค้านคำสั่ง เป็นการกระทำหลังจากสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาภายในฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกว่า การอุทธรณ์ซ้ำ หมายถึงเมื่อคำสั่งทางปกครองได้สิ้นสุดกระบวนการพิจารณาภายในฝ่ายปกครองแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิคัดค้านคำสั่งทางปกครองนั้นได้อีกครั้งหนึ่ง กรณีที่ไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งตามลำดับชั้นมาก่อน ซึ่งเป็นทางเลือกหนึ่งก่อนที่จะนำคำสั่งไปฟ้องศาลปกครอง แต่ต้องใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ออกคำสั่ง หากไม่มีการออกคำสั่งต้องใช้สิทธิอุทธรณ์ภายใน 3 เดือน หากพ้นระยะเวลาดังกล่าว มีทางเดียวคือต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองเท่านั้น

3. การอุทธรณ์ขอให้พิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ เมื่อมีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้น ซึ่งวิธีการนี้จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุการณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งมีอยู่สี่กรณี คือ

3.1 การออกคำสั่งทางปกครองเกิดจากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง เนื่องจากเอกสารที่ยื่นประกอบการพิจารณาออกคำสั่ง

3.2 เอกสารที่ยื่นในการขอพิจารณาใหม่นั้น แสดงให้เห็นว่า คำสั่งที่ออกมาแล้วมีความผิดพลาด

3.3 เมื่อคำสั่งทางปกครองออกโดยพิจารณาพยานหลักฐานซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายตามคำพิพากษาของศาลซึ่งมีผลทำให้คำวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไปได้

3.4 การออกคำสั่งทางปกครองมาจากความบกพร่องในหน้าที่ ถูกกลั่นแกล้ง ถูกข่มขู่ ถูกทำร้าย หรือกระทำการอื่นใดที่ผิดกฎหมายตามคำพิพากษาถึงที่สุด

สำหรับระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ใหม่ตามข้อ 3.1 ต้องกระทำภายใน 4 ปีนับจากวันออกคำสั่ง ส่วนกรณีอื่น ๆ ให้กระทำภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่ได้รับทราบถึงพยานหลักฐานดังกล่าวหรือนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด

กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์และคำวินิจฉัย มีกระบวนการพิจารณา ดังนี้

1. การยื่นอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือ มีเนื้อหาประกอบด้วยข้อมูลต่าง ๆ ได้แก่ ชื่อนามสกุลของผู้ร้องอุทธรณ์ เหตุผลที่ต้องยื่นอุทธรณ์ ข้อมูลอื่นใดที่ระเบียบเฉพาะบัญญัติไว้เกี่ยวกับการอุทธรณ์ในเรื่องนั้น

2. การทูลเกล้าฯ ถัดตามคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานพิจารณาอุทธรณ์ สามารถทูลเกล้าฯ ถัดตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนได้ เว้นหากมีกรณีที่เมื่อบังคับตามคำสั่งทางปกครองแล้ว จะทำให้เกิดความเสียหายแก่การเยียวยา หรือไม่สามารถเยียวยาได้ และเป็น การอุทธรณ์อ้างเหตุโมฆะตามกฎหมาย

3. การรับฟังพยานหลักฐานของกลุ่มและผู้มีส่วนได้เสีย เฉพาะเมื่อมีเหตุพบพยานหลักฐานใหม่ ซึ่งไม่ได้แนบมาในคำร้องอุทธรณ์ ผลในการไม่รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นโมฆะ เพราะเป็นการกระทำผิดรูปแบบอาจถูกเพิกถอนได้

คำวินิจฉัยอุทธรณ์ ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์สามารถตัดสินได้สามแนวทาง

แนวทางที่หนึ่ง ยอมรับตามคำร้องอุทธรณ์ทั้งหมดหรือบางส่วน

แนวทางที่สอง ปฏิเสธคำร้องอุทธรณ์ และยืนยันความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเดิม

แนวทางที่สาม ไม่รับคำร้องอุทธรณ์ เช่น ยื่นภายหลังจากระยะเวลาที่กำหนด หรือผู้ร้องไม่ใช่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ส่วนประเด็นการวินิจฉัยนั้น สามารถวินิจฉัยได้ทุกประเด็นที่อุทธรณ์ ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย แต่ต้องสอดคล้องกับเนื้อหาคำร้องอุทธรณ์ และไม่สามารถสร้างภาระให้ผู้ร้องอุทธรณ์มากกว่าเดิมได้

กล่าวโดยสรุป การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของราชอาณาจักรสเปน มีความแตกต่างจากประเทศไทย การอุทธรณ์ตามลำดับชั้นของราชอาณาจักรสเปน กำหนดให้ผู้อุทธรณ์สามารถอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ลำดับชั้นสูงกว่าได้ทันที โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองอีกครั้ง ทำให้ไม่เสียเวลาในการอุทธรณ์ การกำหนดให้ผู้อุทธรณ์ตามลำดับชั้น โดยไม่ต้อง

ผ่านหน่วยงานทางปกครองที่ออกคำสั่ง จะประหยัดเวลาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็นอย่างมาก นอกจากนั้นหลักการอุทธรณ์ขอให้พิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ เมื่อมีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้นของประเทศสเปนมีอยู่ 4 กรณีตามที่กล่าวข้างต้น อาจนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ เช่นเดียวกัน ส่วนการทูลเกล้าฯ ถวายคำร้องตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างอุทธรณ์ได้ จะเป็นการสร้างหลักกฎหมายมิให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างไม่มีขีดจำกัดและตามอำเภอใจ ส่วนข้อจำกัดที่ไม่ให้ฝ่ายปกครองมีคำวินิจฉัยที่สร้างภาระให้ผู้ร้องอุทธรณ์มากกว่าเดิม ก็เป็นหลักประกันว่า การอุทธรณ์จะไม่เกิดผลร้ายต่อตนมากกว่าที่เป็นอยู่

แต่อย่างไรก็ตาม ราชอาณาจักรสเปนแม้จะมีระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้นแล้ว ราชอาณาจักรสเปนยังมีระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแทนการอุทธรณ์ เพราะต้องการแก้ไขปัญหาการฟ้องต่อศาล ทำให้มีคดีค้างการพิจารณาอยู่เป็นจำนวนมากกรณีหนึ่ง และอีกกรณีหนึ่งเพื่อให้ข้อพิพาทยุติลงอันสิ้นภายในฝ่ายปกครอง อันเป็นการรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐ และ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทในการบริหารงานบุคคล ระหว่างเจ้าหน้าที่กับหน่วยงานของรัฐนั้น ซึ่งในการระงับข้อพิพาทในชั้นฝ่ายปกครอง อาจใช้วิธีการเจรจา การเรียกร้องสิทธิ การไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการ และการประนีประนอมข้อพิพาท⁴¹ แม้การระงับข้อพิพาททางเลือกดังกล่าวมีการใช้ในศาลแล้วก็ตาม แต่ศาลแผนกคดีปกครองในราชอาณาจักรสเปนจะมีอำนาจระงับข้อพิพาททางเลือกได้ เฉพาะมีการ ฟ้องคดีต่อศาล

⁴¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 2015 มาตรา 86 (1) บัญญัติว่า หน่วยงานทางปกครองสามารถทำข้อตกลง ข้อสัญญา สนธิสัญญา หรือสัญญากับบุคคลอีกฝ่าย ทั้งตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน หากไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย หรือไม่เป็นเรื่องที่ไม่สามารถประนีประนอมยอมความได้ และเป็นไปเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะ ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละกรณีที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับรอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการยุติกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือไม่จำเป็นต้องมีคำวินิจฉัยสุดท้ายจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองออกมา และมาตรา 112.2 บัญญัติว่า ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอื่นใด สามารถกำหนดบทบัญญัติให้มีมาตรการทดแทนการอุทธรณ์ ตามลำดับชั้นต่อผู้บังคับบัญชาในลำดับชั้นสูงกว่าได้ โดยกำหนดเหตุที่สามารถทำได้ไว้เป็นการเฉพาะ โดยทำการเรียกร้อง หรือ ประนีประนอมข้อพิพาท หรือ ไกล่เกลี่ย หรือใช้ระบบอนุญาโตตุลาการต่อคณะกรรมการที่มีได้อยู่ในระดับชั้นการบังคับบัญชา ภายใต้หลักการและระยะเวลาที่พระราชบัญญัตินี้รับรองไว้ ต่อบุคคลและผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ด้วยเงื่อนไขเดียวกัน หากมีการอุทธรณ์เพื่อทบทวนคำสั่งที่ได้ทำการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจนถึงที่สุดแล้ว สามารถถูกแทนที่ด้วยมาตรการอื่น โดยคำนึงถึงสิทธิในการอุทธรณ์คัดค้านของผู้มีส่วนได้เสียด้วย และการนำมาตราการเหล่านี้มาใช้บังคับต่อหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ทำให้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรส่วนท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งตามที่กำหนดโดยบัญญัติไว้ต้องสูญเสียไป

ขึ้นมาแล้วเท่านั้น⁴² ในการระงับข้อพิพาททางเลือกลงมือไม่ใช่เรื่องที่ขัดต่อกฎหมาย หรือเรื่องที่ไม่อาจประนีประนอมยอมความได้ หรือเรื่องที่ต้องให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบก่อน หรือเรื่องนั้นจะเป็นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่ง หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ส่วนวิธีการในการระงับข้อพิพาททางเลือก จะต้องได้รับการยอมรับทั้งสองฝ่าย โดยสมัครใจและยินยอมด้วยกัน และสามารถร้องเรียนต่อกรรมการตามที่กฎหมายอนุญาตได้ เพื่อให้กรรมการดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิธีการที่กล่าวมาข้างต้นได้ เช่น ร้องเรียนเรื่องการประกบกันภัย ด้านการพลังงาน ด้านการขนส่ง ด้านการสื่อสาร ด้านการกีฬา ด้านทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น หรืออาจกระทำในรูปการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อทดแทนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง โดยใช้อำนาจตุลาการ เพียงแต่ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจตุลาการ ซึ่งในราชอาณาจักรสเปน มีอำนาจตุลาการหลายเรื่อง เช่น อำนาจตุลาการเกี่ยวกับสัญญาต่าง ๆ อำนาจตุลาการสำหรับผู้บริโภค อำนาจตุลาการด้านเศรษฐกิจและการคลัง⁴³ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางเลือกดังกล่าว เป็นมาตรการทดแทนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เมื่อมีการใช้มาตรการดังกล่าวแล้วองค์กรตุลาการสามารถมีอำนาจที่จะทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ เห็นว่า การที่องค์กรตุลาการสามารถมีอำนาจที่จะทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ไม่ว่าทบทวนในทางเนื้อหาหรือรูปแบบ ย่อมทำให้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมีปัญหาในการใช้มาตรการนี้ภายในฝ่ายปกครองได้ หากจะทำให้มีประสิทธิภาพในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ ควรจะตรวจสอบในลักษณะเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น เช่น การระงับข้อพิพาททางเลือกมีการฉ้อฉลหรือกระทำไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นต้น หากจะนำมาตรการการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ทดแทนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย ควรต้องประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมในบริบทการปกครองของไทยด้วย อันจะทำให้มีการพัฒนารูปแบบ และวิธีการการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะได้เสนอแนะต่อไปในบทที่ 5

3.1.4 ประเทศไทย

การอุทธรณ์คำสั่งหรือการดำเนินการในทางปกครองในประเทศไทย มีการกระทำตั้งแต่สมัยสุโขทัย โดยวิธีการสันกระบี่ดิ่ง ที่แขวนไว้ที่ประตูพระราชวังร้องทุกข์ต่อพระมหากษัตริย์ ซึ่งพระมหากษัตริย์จะเสด็จตัดสินด้วยพระองค์เอง ส่วนสมัยกรุงศรีอยุธยา และกรุงรัตนโกสินทร์

⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน (Constitución del reino de España) มาตรา 106

⁴³ โรม ทีปะบาล, “การระงับข้อพิพาททางเลือกของประเทศสเปนและข้อสังเกตจากการเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศสเปนกับประเทศไทย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 3 (3), (กรกฎาคม – สิงหาคม 2562), น. 24-32.

ตอนต้นได้เปลี่ยนเป็นตีกลง และถวายฎีกาเป็นหนังสือในที่สุด สำหรับในปัจจุบัน ราษฎรได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ในทางปกครอง ก็ยังสามารถถวายฎีกาต่อองค์พระมหากษัตริย์ได้ แต่เนื่องจากมีรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ราษฎรที่ได้รับความเดือดร้อนหันมาใช้วิธีการร้องทุกข์ กับฝ่ายปกครองตามระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น องค์การอิสระต่าง ๆ มากกว่าการถวายฎีกาต่อองค์พระมหากษัตริย์ สำหรับวิธีการร้องทุกข์ของราษฎรกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นวิธีการร้องทุกข์แบบธรรมดา ไม่มีแบบพิธีตามกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งการร้องทุกข์ด้วยวิธีการดังกล่าว อาจมีการลำเอียงที่ผู้บังคับบัญชาเข้าข้างผู้ได้บังคับบัญชาของตน ทำให้ผู้ร้องทุกข์ไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร⁴⁴ จึงมีการกำหนดวิธีการในการร้องทุกข์ เป็นการอุทธรณ์ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายต่าง ๆ หากไม่มีกฎหมายใดกำหนดวิธีการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ ก็ให้นำกฎหมายกลาง คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้แทน ซึ่งโดยปกติกฎหมายจะกำหนดระยะเวลาและขั้นตอนการยื่นอุทธรณ์เอาไว้ เช่น พระราชบัญญัติสมาคมการค้า บัญญัติให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่ง ไม่นานญาติให้จัดตั้งสมาคมการค้า ต่อรัฐมนตรีภายใน 30 วันนับแต่วันทราบคำสั่งคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่ที่สุด และคำว่าถึงที่สุดหมายความว่า เป็นที่สุดเมื่อเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามกฎหมาย⁴⁵ ซึ่งใช้เป็นบรรทัดฐานมาถึงปัจจุบัน หากการอุทธรณ์ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ คือ อุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำสั่งหรือกระทำการนั้นภายใน 15 วัน หากผู้ทำคำสั่งนั้นไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ก็ส่งคำให้อุทธรณ์ให้ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปพิจารณาอีกครั้งหนึ่งก่อนนำคดีไปศาลปกครอง หากไม่มีการอุทธรณ์จะนำคำสั่งหรือการกระทำนั้นไปฟ้องศาลปกครองไม่ได้⁴⁶

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หรือการดำเนินการทางปกครองอยู่ในลักษณะกึ่งข้อพิพาทตามแบบอย่างในสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการชี้ขาดที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะและการร้องทุกข์ไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการชี้ขาดที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ จะให้คณะกรรมการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทหรือเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการหรือวินิจฉัยเรื่องนั้นก็ได้ เช่น คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนชี้ขาดข้อพิพาท

⁴⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “องค์กรและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), น. 32.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 146-147/2510

⁴⁶ ขวัญชัย สันตสว่าง, เล่มเดิม, น. 30-60.

ระหว่างข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยกับผู้สั่งลงโทษ หรือสภานายความ หรือสภาวิชาชีพต่าง ๆ ที่ชี้ขาดมารยาทและความเป็นสมาชิกในการเป็นวิชาชีพนั้น ๆ เป็นต้น ส่วนการร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยมีจุดประสงค์ให้ความเป็นธรรม คณะกรรมการร้องทุกข์มีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระ ส่วนเนื้อหาในการร้องทุกข์ต้องเป็นความเดือดร้อนที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ อันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า กระทำการนอกเหนือหน้าที่ กระทำการไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ กระทำการโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งคล้ายกับเงื่อนไขของการรับฟ้องคดีของศาลปกครองในปัจจุบัน และถ้าหากคณะกรรมการร้องทุกข์มีความเห็นอย่างไร ก็ต้องส่งให้นายกรัฐมนตรีวินิจฉัยต่อไป เห็นได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นเพียงเจ้าหน้าที่กลั่นกรอง และพิจารณาให้ความเห็นเบื้องต้นเท่านั้น ผู้มีอำนาจสั่งการที่แท้จริงคือนายกรัฐมนตรี ต่อมา เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองแล้วงานที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและนายกรัฐมนตรี มาอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตั้งแต่นั้นมาจนถึงปัจจุบัน

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เป็นกระบวนการควบคุมฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง ที่อาจแก้ไขบรรดาข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนให้หมดสิ้นไป แต่เดิมประเทศไทย มีการนำเอาการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาใช้เฉพาะในบางเรื่องตามแต่กฎหมายเฉพาะจะบัญญัติไว้ ซึ่งมีรายละเอียดและเงื่อนไขที่แตกต่างกันไป ในกฎหมายแต่ละฉบับ แต่เมื่อได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นลักษณะของกฎหมายทั่วไป สำหรับให้ฝ่ายปกครองใช้ในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง รวมถึงหลักเกณฑ์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 44-48 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1. การยื่นอุทธรณ์และกำหนดเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง⁴⁷

1.1 ผู้ที่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คือ คู่กรณี ซึ่งได้แก่ ผู้ที่เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองทุกคน คือ ผู้ที่ได้ยื่นคำขอ ผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ที่ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอื่น ๆ แต่สำหรับบุคคลภายนอกที่มีได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้นจะอุทธรณ์ไม่ได้ แต่บุคคลดังกล่าวสามารถโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้โดยตรง

⁴⁷มหาวิทยาลัยรามคำแหง, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่* (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549), น. 121-124.

1.2 ผู้ที่จะรับอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คู่กรณีต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งที่ระบุชื่อและตำแหน่งในคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ทราบเรื่อง และอยู่ในฐานะที่จะทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเองได้ดีที่สุด

1.3 กำหนดระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คู่กรณีต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง แต่หากผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่ได้ระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่น คำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้งและระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์โต้แย้ง จะเริ่มนับตั้งแต่วันที่รับแจ้งตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวใหม่ ถ้าไม่มีการแจ้งไม่ว่าตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือกฎหมายเฉพาะถ้าหากมี และระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งสั้นกว่า 1 ปี ให้ขยายไปเป็น 1 ปี นับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่งทางปกครอง

2. รูปแบบของคำอุทธรณ์ คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือ มีข้อความชัดเจนว่าไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครอง มีข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายพอให้เกิดความเข้าใจว่าประสงค์จะโต้แย้งส่วนใด หรือทั้งหมด

3. การพิจารณาอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองที่ได้รับคำอุทธรณ์ มีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองด้วยตนเอง หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้น ไปในทางใด และเรื่องใดก็ได้ ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนโดยต้องพิจารณาให้เสร็จ และแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบว่า เห็นด้วย หรือไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์ ในกรณีเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้น ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวเช่นกัน แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ นอกจากจะต้องแจ้งผลให้แก่ผู้อุทธรณ์ทราบแล้ว ก็ต้องรายงานความเห็นพร้อมด้วยเหตุผล ไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์ดังกล่าวด้วย ส่วนผู้ใดจะมีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ให้ เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง⁴⁸ และผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จ ภายใน 30 วันนับจากวันที่ได้รับรายงาน หากมีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จ ก็ต้องแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดระยะเวลา 30 วัน และผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์สามารถขยายระยะเวลาออกไปได้อีกไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลา 30 วันแรก ส่วนขอบเขตการพิจารณาคำอุทธรณ์เป็นเช่นเดียวกับ ขอบเขตการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

⁴⁸ กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

4. ผลการพิจารณาอุทธรณ์ เมื่อผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์แล้ว จะต้องทำคำสั่งทางปกครองใหม่ในชั้นอุทธรณ์ ไม่ว่ายืนยันตามคำสั่งทางปกครองเดิม หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนก็จะเป็นไปตามมาตรา 49-53 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรื่องการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง สิ่งที่เกิดขึ้นตามมาย่อมเกิดคำสั่งทางปกครองสองคำสั่งในเรื่องเดียวกัน คือ คำสั่งทางปกครองเดิม และคำสั่งทางปกครองใหม่ในชั้นวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งย่อมมีผลต่อการนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้องศาลปกครองต่อไปด้วย ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งทางปกครองคำสั่งทางปกครองแรกกับคำสั่งทางปกครองวินิจฉัยอุทธรณ์ สามารถเปรียบเทียบกับต่างประเทศได้ ดังนี้

ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไทยนั้น ต่างก็กำหนดให้มีการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องศาลปกครอง ดังนั้น การนำคดีมาฟ้องเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง จะต้องประกอบไปด้วยคำสั่งแรกและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสมอ ซึ่งคำสั่งแรกและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จะมีความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองชั้นต้นและผู้บังคับบัญชาระดับสูงกว่า ซึ่งจะเป็นความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นในสายบังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง หากเป็นระบบโครงสร้างของฝ่ายปกครอง ที่ให้ความสัมพันธ์กับความรับผิดชอบตามสายการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นแล้ว ถ้าให้คำวินิจฉัยของชั้นผู้น้อย ยังคงเป็นสาระสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล หรือเป็นวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดี โดยที่คำวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นเพียงการทบทวนเนื้อหาสาระบางประการ ที่จะเข้าไปแทนที่เนื้อหาของคำสั่งแรกเท่านั้น โดยจะไม่ไปทำลายผลทางกฎหมายหรือเข้าไปแทนที่คำสั่งแรก หรือหากความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองให้ความสำคัญกับอำนาจของผู้บังคับบัญชามากกว่า ก็จะทำให้เจ้าหน้าที่ระดับที่สูงกว่าอยู่ในลักษณะที่จะสามารถเข้าไปใช้อำนาจแทนเจ้าหน้าที่ในระดับที่ต่ำกว่าได้ และจะทำให้คำวินิจฉัยอุทธรณ์มีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครองไปในตัวของมันเอง และจะรวบรวมผลทางกฎหมายของคำสั่งแรกมาไว้ในตัวของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ หรืออาจกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยอุทธรณ์จะเข้าไปแทนที่รูปแบบและเนื้อหาของคำสั่งแรก ทำให้คำสั่งแรกและคำวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นหนึ่งเดียว ถือเป็นกระบวนการพิจารณาเดียวกัน คือกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ และจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดีต่อไป ซึ่งในกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 79 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองแรกเป็นวัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดี และให้นำเนื้อหาสาระจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์มาประกอบเข้าไว้ด้วยกัน เว้นแต่คำวินิจฉัยอุทธรณ์จะเป็นการเพิ่มภาระ

เพิ่มเติม เช่น บกพร่องในกระบวนการพิจารณาที่เป็นสาระสำคัญ⁴⁹ วัตถุประสงค์การฟ้องคดีย่อมเป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์อย่างเดียว ไม่อาจตีความไปในทางให้ความหมายถึงคำสั่งทางปกครองแรกด้วย

ดังนั้น หากให้ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเน้นที่การบังคับบัญชา อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองกำหนดโครงสร้าง ขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ที่เป็นอุปสรรคต่อการฟ้องคดี เพราะกฎหมายบังคับให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนการฟ้องคดี เช่น มีการอุทธรณ์หลายชั้นของฝ่ายปกครอง หรือมีการกำหนดระยะเวลาพิจารณาที่นานเกินไป

ความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งแรกและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ประเทศไทย ที่แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งแรก กล่าวคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้กระบวนการอุทธรณ์ออกเป็นสองชั้น กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ชั้นแรก ต้องเป็นการพิจารณาอุทธรณ์โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งแรก ตามความในมาตรา 45 โดยที่เจ้าหน้าที่ระดับสูงขึ้นไป ไม่อาจหยิบยกคำสั่งแรกขึ้นมาวินิจฉัยได้เอง แต่เจ้าหน้าที่ระดับสูงขึ้นไป จะมีอำนาจเฉพาะมีการส่งอุทธรณ์จากเจ้าหน้าที่ ผู้ทำคำสั่งแรกขึ้นมาเท่านั้น และเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งแรกจะส่งได้แต่เฉพาะกรณีที่ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ดังนั้น การวินิจฉัยอุทธรณ์จึงมีความผูกพันและขึ้นอยู่กับความคงอยู่ของคำสั่งแรกเป็นสำคัญ ความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งแรกและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ย่อมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่อาจแยกได้อีกเช่นกัน วัตถุประสงค์แห่งการฟ้องคดีย่อมหมายถึงคำสั่งแรกและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ เพราะเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 มีการกำหนดให้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อน หมายถึงการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแรก และต้องมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม นอกจากที่กล่าวข้างต้น ในการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะต้องคำนึงถึงหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เพื่อทำคำสั่งทางปกครองใหม่ในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายภายใน

⁴⁹ มาตรา 79 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ค.ศ. 1960 บัญญัติว่า

(1) วัตถุประสงค์การฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คือ 1) คำสั่งทางปกครองแรกที่อยู่ในรูปแบบที่ปรากฏตามคำสั่งวินิจฉัยอุทธรณ์ 2) คำสั่งที่เป็นไปตามคำร้องอุทธรณ์หรือคำสั่งวินิจฉัยอุทธรณ์กรณีคำสั่งดังกล่าวก่อให้เกิดการระงับใหม่เป็นครั้งแรก

(2) กรณีที่คำวินิจฉัยอุทธรณ์ มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการระงับเพิ่มเติม และไม่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองเดิม ให้คำวินิจฉัยนั้นเป็นวัตถุประสงค์ฟ้องคดีต่างหากก็ได้ และในกรณีที่คำสั่งวินิจฉัยอุทธรณ์มีข้อบกพร่องด้านกระบวนการในสาระสำคัญ ก็ให้ถือว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นก่อให้เกิดการระงับเพิ่มเติมและไม่เกี่ยวข้องกับคำสั่งเดิมด้วย

ที่ฝ่ายปกครองใช้ เพราะการพิจารณาอุทธรณ์เป็นการพิจารณาทางปกครองอย่างหนึ่ง ต้องอยู่ภายใต้บังคับเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครองครั้งแรก และมาตรการทางกฎหมายภายในดังกล่าวบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (ดูรายละเอียดในภาคผนวก ข.)

ดังนั้น การเปรียบเทียบระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปนกับประเทศไทยสามารถเปรียบเทียบได้ ดังนี้ 1. การเปรียบเทียบผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ 2. การเปรียบเทียบผลที่เกิดขึ้นจากการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง 3. เปรียบเทียบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี

1. การเปรียบเทียบผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์

1.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศสผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจะเป็นใครนั้นขึ้นอยู่กับประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองซึ่งแบ่งได้ ดังนี้

1) การอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง การที่ให้อุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ที่คำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเห็นว่า เป็นผู้ที่เหมาะสมที่สุด ที่ควรจะได้มีโอกาสแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมของตน การอุทธรณ์ในลักษณะนี้จึงมีขอบเขตกว้าง โดยให้โอกาสบุคคลภายนอกที่ได้รับผลกระทบหรืออาจได้รับผลกระทบ สามารถยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ด้วย เช่น ให้บุคคลผู้ได้อาจได้รับผลกระทบจากการอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร⁵⁰

2) การอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยทั่วไปการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ อำนาจของผู้บังคับบัญชามีอยู่อย่างเต็มที่และตลอดเวลา แม้ไม่มีกฎหมายระบุไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม และผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจนี้ได้หลายทาง ไม่ว่าจะเกิดจากการอุทธรณ์ของผู้รับคำสั่ง หรือบุคคลภายนอก หรือผู้บังคับบัญชาเห็นสมควรเอง⁵¹

3) การอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ ผู้ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผู้บริหารขององค์กรที่มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่รัฐ เพียงแต่เจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจกำกับดูแลเท่านั้น ซึ่งเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไขและจำกัด เฉพาะตามที่กฎหมาย

⁵⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C. E.), Sect., avis, 15 Juillet 2004, Met Mme Damon, (A. J. D. A. 2004), p. 1504.

⁵¹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C. E.), 1 Mai 1874, Lezeret de la Maurinerie, rec., p. 409.

กำหนดไว้ให้เท่านั้น เช่น ผู้มีอำนาจ กำกับดูแลผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจ⁵²

1.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีสองชั้น คือ การอุทธรณ์ต่อตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อให้เจ้าหน้าที่นั้น ได้มีโอกาสทบทวนความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมอีกครั้งหนึ่ง แต่ในการอุทธรณ์สองชั้นนี้ จะอุทธรณ์ไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เหนือขึ้นไปก็ได้ หากเห็นว่า คำอุทธรณ์มีเหตุผลเจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็จะทำการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิก หรือเพิกถอนทั้งหมด หรือบางส่วนให้ถูกต้องและเหมาะสมต่อไป หากเห็นว่าคำสั่งทางปกครองเดิมนั้นถูกต้องเหมาะสมแล้ว ก็จะต้องส่งคำอุทธรณ์ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ตามที่กฎหมายระบุไว้เป็นผู้พิจารณาคำอุทธรณ์และมีคำสั่งต่อไป ซึ่งโดยปกติผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะเป็นผู้บังคับบัญชาในระดับสูงขึ้นไป⁵³

1.3 ราชอาณาจักรสเปน

ราชอาณาจักรสเปน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสเปน ค.ศ. 1992 มาตรา 114.2 บัญญัติว่า การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ตามลำดับชั้นไปจนถึงที่สุดซึ่งจะต้องยื่นอุทธรณ์โดยผู้มีส่วนได้เสีย และให้ยื่นต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และเป็นหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวจะต้องส่งคำอุทธรณ์ ไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง โดยให้หัวหน้าหน่วยงานนั้นเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ และมาตรา 115 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังบัญญัติต่อไปว่า การยื่นอุทธรณ์นั้นให้กระทำได้ภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่มีการออกคำสั่งทางปกครอง หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉย ไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายนั้น ๆ กำหนด กฎหมายถือว่าฝ่ายปกครองได้มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว และให้มีการอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลา 3 เดือนนับจากวันที่เกิดคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉย

1.4 ประเทศไทย

ประเทศไทยมีการแบ่งการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปภายในฝ่ายปกครองสองชั้น กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ คือเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม หากเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ก็มีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้น ตามความเหมาะสม หากไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ก็ต้องส่งคำอุทธรณ์ พร้อม

⁵² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C. E), Section, avis, 17 Mars 1972, MmeFigaroli, Rec., p. 224., (A. D. J. A. 1972, p. 213)

⁵³ มานิตย์ วงศ์เสรี, กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, น. 107-123.

ความเห็นว่าเป็นผู้บังคับบัญชาตามสายงานบังคับบัญชาตามสายงาน หรือผู้มีอำนาจกำกับดูแลผู้
ออกสั่งทางปกครองตามกฎหมาย เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชา
ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผู้ว่าราชการจังหวัด
เฉพาะงานในหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทย⁵⁴ หากคำสั่งทางปกครองที่ผู้ว่าราชการจังหวัดออกโดย
อยู่ในงานรับผิดชอบของกระทรวงอื่น ที่ไม่ใช่งานในหน้าที่รับผิดชอบของกระทรวงมหาดไทย เช่น
การศึกษา การสาธารณสุข จะต้องให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษา หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง
สาธารณสุขเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์⁵⁵ ส่วนการอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะจะมีความแตกต่าง
กับการอุทธรณ์บังคับทั่วไปทั้งขั้นตอน วิธีการ และระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ ดังนี้

ประการแรก ความแตกต่างในขั้นตอน และวิธีการในการยื่นอุทธรณ์ การอุทธรณ์แบบ
บังคับเฉพาะจะมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการยื่นอุทธรณ์ ตามที่กฎหมายที่มาของการทำ
คำสั่งทางปกครองนั้นกำหนดไว้เช่น พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 กำหนดขั้นตอนและ
ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค⁵⁶ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535
กำหนดขั้นตอนและให้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข⁵⁷ พระราชบัญญัติข้อมูล
ข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กำหนดขั้นตอนและให้ยื่นอุทธรณ์ ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการ
เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร⁵⁸ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดยื่นอุทธรณ์ต่ออธิบดีกรม
ประมง⁵⁹ เป็นต้น แต่ในการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป จะต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม
ก่อนเท่านั้น

ประการที่สอง ความแตกต่างของระยะเวลา การยื่นอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะกฎหมาย
จะกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์แตกต่างกันออกไป ซึ่งต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ฝ่าย
ปกครองใช้ในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 กำหนด

⁵⁴ ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 672/2544

⁵⁵ กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
พ.ศ. 2539 ข้อ 2

⁵⁶ พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 มาตรา 37

⁵⁷ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 66

⁵⁸ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 35

⁵⁹ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 78

ระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ ภายใน 30 วัน⁶⁰ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งพักใช้ ระเบียบการอนุญาตต่ออธิบดีกรมประมง ภายใน 30 วัน⁶¹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 48 ชั่วโมง⁶² พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายในกำหนด 30 วัน⁶³ พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 30 วัน⁶⁴ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 30 วัน⁶⁵ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 90 วัน⁶⁶ เป็นต้น ส่วนการยื่นอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป ต้องกระทำภายใน 15 วันเท่านั้น⁶⁷

ประการที่สาม ความแตกต่างเรื่องระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ด้วย ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ ซึ่งมีกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นไว้โดยเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 7 วันทำการนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์⁶⁸ พระราชบัญญัติเลื่อยโซ่ยนต์ พ.ศ. 2545 ให้นายทะเบียนเลื่อยโซ่ยนต์พิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ว่าเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ โดยการอนุญาตตามคำขอ หรือยืนยันคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้อุทธรณ์ทราบภายใน 30 วัน⁶⁹ พระราชบัญญัติมาตราชั่งตวงวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557 ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 45 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์⁷⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 กำหนดให้การวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นจากคณะกรรมการ⁷¹ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดให้การวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้น

⁶⁰ พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 มาตรา 56

⁶¹ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 78

⁶² พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 36

⁶³ พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 มาตรา 41

⁶⁴ พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 70

⁶⁵ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 40

⁶⁶ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 18

⁶⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44

⁶⁸ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 118

⁶⁹ พระราชบัญญัติเลื่อยโซ่ยนต์ พ.ศ. 2545 มาตรา 15

⁷⁰ พระราชบัญญัติมาตราชั่งตวงวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557 มาตรา 65/5

⁷¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 มาตรา 49

ภายใน 60 วัน⁷² ส่วนระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปกำหนดครบวสันสิ้นสุดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ให้เสร็จภายใน 90 วัน⁷³

อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองเป็นที่สุด หมายความว่ากฎหมายไม่ต้องการหรือประสงค์ให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นอีกต่อไป เช่น พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 บัญญัติว่า การพิจารณาประเด็นทางเทคนิค เป็นอำนาจดุลพินิจของผู้อำนวยความสะดวก และให้เป็นที่สุด⁷⁴ หรือพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย อาจใช้ดุลพินิจสั่งให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล รองประธานสภาเทศบาล พ้นจากตำแหน่งก็ได้ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้เป็นที่สุด⁷⁵ เป็นต้น และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เคยมีความเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ไม่ได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ ก็ย่อมหมายความว่า กฎหมายห้ามมิให้คนต่างด้าวอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นจึงไม่อาจนำเรื่องการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับไม่ได้⁷⁶ แต่ยังมีกรณีที่ศาลปกครองวางบรรทัดฐานเพิ่มเติม ว่าจะต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครองก่อนซึ่งแตกต่างกับคำวินิจฉัยเดิม คือ คดีละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง⁷⁷ หากผู้รับคำสั่งไม่ดำเนินการอุทธรณ์ตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ผู้นั้นย่อมไม่อาจใช้สิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ และเมื่อไม่อาจฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือไม่อาจโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ ก็ย่อมไม่อาจนำคำสั่งดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เช่นกัน

2. การเปรียบเทียบความแตกต่างในผลที่เกิดขึ้นจากการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง
ดังนี้

⁷² พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 78

⁷³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 45

⁷⁴ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 15/6

⁷⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 73

⁷⁶ ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 836/2546

⁷⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 468/2553, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ.183/2559, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 969/2556

2.1. สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ผลของการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นทันที กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองที่พิพาทนั้นยังมีผลใช้บังคับอยู่โดยฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งนั้น สามารถดำเนินการบังคับตามคำสั่งได้ต่อไป ไม่มีผลการทุเลาการบังคับแต่อย่างใด⁷⁸

2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ผลของการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะเป็นเหตุให้เกิดการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นทันที หมายความว่า เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์แล้วเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้น ไม่สามารถบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้เป็นการชั่วคราว หรือชะลอการบังคับจนกว่าจะสิ้นสุดกระบวนการอุทธรณ์⁷⁹

2.3 ราชาอาณาจักรสเปน

เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นการบังคับต่อไป พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสเปน ค.ศ. 1992 มาตรา 111.2 บัญญัติว่าหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ สามารถชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะ หรือผลกระทบต่อบุคคลที่สาม หรือผลกระทบต่อผู้ร้องอุทธรณ์ จากการบังคับตามคำสั่งทางปกครองอย่างเฉียบพลัน ไม่ว่าหน่วยงานทางปกครองนั้นจะพิจารณาเห็นเอง หรือมีการร้องขอจากผู้ร้องอุทธรณ์ และสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนเมื่อมีกรณี ดังต่อไปนี้ (ก) เมื่อมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแล้วจะทำให้เกิดความเสียหายแก่การเยียวยา หรือไม่สามารถเยียวยาได้ (ข) เมื่อมีการอุทธรณ์เกี่ยวกับเหตุแห่งความโมฆะ ไว้ในมาตรา 62.1 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสเปนค.ศ. 1992⁸⁰ เห็นว่า ราชาอาณาจักรสเปน เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่ง

⁷⁸ Eugenie Prévédourou, Les Recours Administratifs Obligatoires: Étude Comparée des Droits Allemande et Français, (Paris: L.G.D.J., 1996), p. 223.

⁷⁹ Eugenie Prévédourou, Ibid, p. 219.

⁸⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสเปน ค.ศ. 1992 ซึ่งบัญญัติไว้ 7 กรณี ได้แก่ 1. คำสั่งที่ออกมาโดยกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 2. คำสั่งที่ออกโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่อย่างเห็นได้ชัดหรือเป็นการออกคำสั่งนอกเขตอำนาจ 3. คำสั่งที่ให้กระทำการในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ 4. คำสั่งที่ให้กระทำการ มีความคิดหาอาญาหรือเป็นผลมาจากการกระทำผิดอาญา 5. คำสั่งที่ออกมานั้นข้ามขั้นตอนวิธีการทั้งหมดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นคำสั่งของคณะกรรมการที่ออกมาโดยไม่ผ่านกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งมติ 6. กรณีที่การออกคำสั่งนั้น จำต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดที่สำคัญอย่างยิ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งคำสั่งนั้น แต่กลับออกคำสั่งโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่สำคัญยิ่งนั้น 7. เหตุแห่งความเป็นโมฆะอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ทางปกครองแล้วเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะต้องตรวจสอบว่า มีเหตุเป็นไปตามเงื่อนไขการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบสามประการ กล่าวคือ หากไม่ทูลเกล้าฯ บังคับมีความเสียหายกับผู้อุทธรณ์หรือไม่ ความเสียหายนั้นยากแก่การเยียวยาหรือไม่สามารถเยียวยาได้หรือไม่ และความเสียหายนั้นส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือนุคคลที่สามหรือไม่ ซึ่งจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วยจะมีคำสั่งทูลเกล้าฯ บังคับบางส่วนก็ได้⁸¹

2.4 ประเทศไทย

เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะมีผลบังคับต่อไปทันที ไม่มีเหตุที่จะทูลเกล้าฯ บังคับแต่อย่างใด ยกเว้นผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ แล้วแต่กรณีจะทูลเกล้าฯ บังคับไว้⁸² หรือเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะบังคับไว้ให้มีการทูลเกล้าฯ บังคับในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ เช่น ถ้านายทะเบียนท้องที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาต ในกรณีที่มีการอุทธรณ์ระยะเวลาที่กำหนดไว้ และเมื่อได้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีแล้ว การปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนท้องที่นั้น ให้พักไว้จนถึงวันที่ผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยของรัฐมนตรี⁸³ หากในชั้นพิจารณาอุทธรณ์เจ้าหน้าที่ไม่ทูลเกล้าฯ บังคับให้คู่กรณีสามารถขอให้ศาลทูลเกล้าฯ บังคับให้แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขสามประการ คือ คำสั่งทางปกครองนั้นน่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากไม่ทูลเกล้าฯ บังคับจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงอันไม่อาจเยียวยาได้ในภายหลัง และการสั่งให้ทูลเกล้าฯ บังคับต้องไม่เป็นปัญหาอุปสรรคในการบริหารงานของรัฐ ซึ่งจะต้องเข้าเงื่อนไขทั้งสามประการ หากขาดเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง ศาลปกครองก็จะไม่สามารถสั่งทูลเกล้าฯ บังคับได้ เช่น การเป็นตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ยี่ห้อ J ซึ่งไม่ใช่รถซ่อมบำรุงถนนและปูพื้นผิวทางตรงตามที่ถูกฟ้องคดี ประกาศจัดซื้อการให้ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีมีผลบังคับใช้ต่อไป ย่อมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้ฟ้องคดีที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังแต่อย่างใด⁸⁴

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดว่า วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการ

⁸¹ คำพิพากษาศาลฎีกาสเปน ลงวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 1982 (RJ 1982/2170)

⁸² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 56

⁸³ พระราชบัญญัติอาวรุปีน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 63

⁸⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 300/2557

ทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอน หรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีทางปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อ มีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด จะเห็นได้ว่า การอุทธรณ์ในระบบกฎหมายไทย ถือว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีปกครอง กล่าวคือ การที่จะนำข้อพิพาททางปกครองมาสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้จะต้องมีอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการอุทธรณ์หรือระยะเวลาในการอุทธรณ์ไว้ ซึ่งแนวความคิดของการกำหนดวิธีการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นการนำเอาหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ระหว่างการอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และการอุทธรณ์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาผสมผสานกัน กล่าวคือ การที่มาตรา 44 วรรคสามกำหนดให้อุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เป็นแนวความคิดของการอุทธรณ์ในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ส่วนการกำหนดให้การอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง เป็นแนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งการผสมผสานแนวความคิดเช่นนี้เอง ก็ให้เกิดปัญหาในระบบการอุทธรณ์ตามกฎหมายไทย กล่าวคือ การที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดให้การอุทธรณ์ไม่ป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ในขณะที่การอุทธรณ์ก็ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง จะเห็นได้ว่า เป็นวิธีการที่สอดคล้องกับในแนวความคิดทางกฎหมายเนื่องจากในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ดังนั้น ก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดให้การอุทธรณ์เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด ในขณะที่ในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่กำหนดให้การอุทธรณ์เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และกำหนดให้การอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ซึ่งการกำหนดให้การอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล ดังนั้น การที่กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐ

เยอรมนี กำหนดให้การอุทธรณ์เป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ในระหว่างที่ยังอยู่ในขั้นตอนของการอุทธรณ์อยู่นั้นเอง ส่วนราชอาณาจักรสเปน กำหนดให้ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อน ที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาล เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์แล้วจะมีการทูลเกล้าฯ บังคับหรือไม่ ต้องพิจารณาจากเหตุผลที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังกล่าวแล้วข้างต้น หากเข้าเหตุผลที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมเข้าข่ายเป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น เห็นว่า เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ระดับหนึ่ง เพราะเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่สามารถใช้ดุลพินิจทางกว้าง ในการปฏิเสธไม่ให้มีการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ สำหรับการกำหนดการอุทธรณ์ตามกฎหมายไทย ทำให้การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในระหว่างการอุทธรณ์ไม่เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างแท้จริง เนื่องจากเมื่อกำหนดให้การฟ้องคดีปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ก่อน แต่การอุทธรณ์ก็ไม่เป็นการทูลเกล้าฯ บังคับทางปกครอง ย่อมทำให้สิทธิของประชาชนในระหว่างการอุทธรณ์ไม่แน่นอน ซึ่งหากมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ หากต่อมาคำวินิจฉัยอุทธรณ์หรือคำพิพากษาของศาลเปลี่ยนแปลงตามคำสั่งทางปกครองเดิม ก็อาจเกิดกรณีที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาความเสียหายได้ตามความเป็นจริง

การกำหนดระยะเวลาใช้สิทธิในการอุทธรณ์ไว้ ก็เพื่อให้หลักประกันความมั่นคงในหน้าที่การงานของฝ่ายปกครอง และเพื่อป้องกันมิให้การออกคำสั่งทางปกครองตกอยู่ภายใต้ความไม่แน่นอนว่า คำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นานเกินไป เพราะตามปกติโดยทั่วไปว่า คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งไปย่อมได้รับข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า สมบูรณ์จนกว่าจะมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอน ยกเลิกคำสั่งนั้น ถ้าหากไม่มีการกำหนดระยะเวลาใช้สิทธิในการอุทธรณ์ไว้ ย่อมทำให้บุคคลหลบเลี่ยงคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นมากว่าอ้างได้ตลอดเวลา อาจทำให้ฝ่ายปกครองรู้สึกไม่มั่นคงในหน้าที่การงานว่า ผู้มีอำนาจจะทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอน ยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นเมื่อใด อันนำไปสู่การพิจารณาลงโทษฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะทางวินัย ทางแพ่งหรือทางอาญาขึ้นได้ อันส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในระยะยาวด้วย

อย่างไรก็ตาม ยังมีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี กล่าวคือ แม้ประเทศไทยมีระบบอุทธรณ์บังคับอันเป็นหลักทั่วไปก็ตาม แต่การไม่ต้องการอุทธรณ์ก่อนการฟ้องคดี ในลักษณะเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรี คำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการ ไม่ว่าจะจัดตั้งตามกฎหมายหรือไม่ คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นที่สุด⁸⁵ หรือกล่าวได้ว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อยู่ในเงื่อนไขและระยะเวลาของการอุทธรณ์

⁸⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44-48

คำสั่งทางปกครอง นอกจากที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว เช่นกฎหมายบัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองให้เป็นที่สุด หรือบัญญัติว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว แต่ยังมีคำสั่งทางปกครองอีกประเภทหนึ่งที่ไม่ต้องอุทธรณ์เช่นกัน คือ คำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใด ๆ เลยตามกฎหมาย ซึ่งสามารถเปรียบเทียบได้ในหัวข้อต่อไป

3. เปรียบเทียบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี

3.1. สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สำหรับข้อยกเว้นตามกฎหมายที่ไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีสามกรณี คือ คำสั่งทางปกครองและนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่สูงสุดของสหพันธ์ ได้แก่ นายกรัฐมนตรี ประธานาธิบดี รัฐมนตรี เนื่องจากเป็นเจ้าหน้าที่ในระดับที่ไม่มีชั้นที่สูงกว่าในการควบคุมอีกแล้ว และกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้วินิจฉัยอุทธรณ์แล้วเกิดกระทบต่อบุคคลที่สาม เช่น มีการคัดค้านคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร โดยเพื่อนบ้านที่ไม่ใช่คู่กรณี โดยคัดค้านให้เพิกถอนใบอนุญาต กรณีเช่นนี้ย่อมกระทบต่อผู้ได้รับใบอนุญาตในครั้งแรก ผู้ได้รับใบอนุญาตในครั้งแรกไม่ต้องโต้แย้งคัดค้านอีก สามารถนำคดีมาฟ้องศาลปกครองได้เลย⁸⁶ และกรณีมีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง⁸⁷

คำสั่งทางปกครองที่จะต้องอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาล คือ คำสั่งทางปกครองประเภท คำฟ้องที่ขอให้ศาลยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Anfechtungsklage) และคำฟ้องประเภท ที่ขอให้ศาลสั่งการให้ออกนิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธ และละเลยไม่ออก นิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Verpflichtungsklage)

ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องอุทธรณ์ต่อพนักงานฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาล คือ คำสั่งทางปกครองประเภท คำฟ้องประเภทขอให้ศาลสั่งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ ละเว้นกระทำการ นอกเหนือจากการขอให้ศาลออกนิติกรรมทางปกครอง (Feststellungs- und Leistungsklage) ส่วนมากจะเป็นปฏิบัติการทางปกครอง เช่น ให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการซ่อมแซมถนน ให้เจ้าหน้าที่ดูแลช่วยเหลือคนพิการ ให้เจ้าหน้าที่ให้ข้อมูลต่าง ๆ⁸⁸ ส่วนคำร้องประเภท ขอให้ศาล

⁸⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมนี*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547), น. 88.

⁸⁷ บุญศรี มีวงศ์โหมย, *หนังสือกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*, น. 3-4.

⁸⁸ สำนักงานศาลปกครอง, "รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง," (2543), น. 427.

วินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรอง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้โดยตรงโดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อน⁸⁹

3.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือกเป็นหลักปกติทั่วไป จึงไม่ได้บังคับและไม่ถือเป็นหน้าที่ให้ต้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นก่อนที่จะฟ้องคดีแต่อย่างใด ส่วนการบังคับให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อน เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น เช่น กรณีที่ผู้ร้องขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของทางราชการถูกเจ้าหน้าที่ปฏิเสธที่จะเปิดเผยข้อมูลนั้นให้ทราบ และให้บุคคลนั้นยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ⁹⁰ และการอุทธรณ์ไม่มีแบบพิธีกำหนดไว้เป็นพิเศษ อาจกระทำเป็นหนังสือ หรือด้วยวาจาก็ได้ คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิโดยส่วนใหญ่เป็นคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย

3.3. ราชาอาณาจักรสเปน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสเปน ค.ศ.1992 มาตรา 107 บัญญัติว่า คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของหน่วยงานทางปกครองที่ได้วินิจฉัยในประเด็นแล้ว หรือได้วินิจฉัยว่าไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้อีกต่อไปแล้ว หรือเป็นคำสั่งที่คู่กรณีไม่ได้ใช้สิทธิโต้แย้งหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิหรือประโยชน์ทางกฎหมายของคู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสียสามารถอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามลำดับชั้น หรือทำการคัดค้านคำสั่งซึ่งสิ้นสุดกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง และมาตรา 108 ยังได้บัญญัติถึงเหตุการณ์พิเศษที่ผู้มีส่วนได้เสียสามารถขอให้หน่วยงานทางปกครองพิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ได้อีกด้วย

3.4 ประเทศไทย

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องอุทธรณ์ในประเทศไทย ซึ่งสามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันที คือ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรี รวมทั้งนายกรัฐมนตรีด้วย และคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการ⁹¹ เนื่องจาก รัฐมนตรี รวมทั้งนายกรัฐมนตรี ไม่มีผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปอันเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดในฝ่ายบริหารแล้ว หรือคณะกรรมการไม่มี

⁸⁹ มานิตย์ วงศ์เสรี, กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, ในเอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ ครั้งที่ 5 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเตรียมการรองรับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง: ประสพการณ์ของเยอรมัน, (1 สิงหาคม 2539), น. 107-123.

⁹⁰ รัฐบัญญัติว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1978

⁹¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 และมาตรา 48

ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลเหนือคณะกรรมการอีก หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นที่สุด⁹² คำสั่งทางปกครองทั่วไป⁹³ คำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อบุคคลที่สาม เป็นต้น ส่วนคำสั่งทางปกครองอีกประเภทหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องอุทธรณ์ต่อพนักงานฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาลเช่นกัน แต่จะเปรียบเทียบไว้อีกส่วนหนึ่งต่างหากดังนี้

1. สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็น โฆษะ ซึ่งมีดังนี้ คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่อาจทราบว่าจะออกโดยส่วนราชการฝ่ายปกครองใด หรือหน่วยงานของรัฐหน่วยใด คำสั่งทางปกครองจะสมบูรณ์เมื่อมีพิธีการมอบเอกสารสำคัญให้ แต่ไม่มีการมอบเอกสารสำคัญให้ตามพิธีการนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และเป็นกิจการที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ คำสั่งทางปกครองที่สั่งให้ผู้รับคำสั่ง กระทำการหรือปฏิบัติกรอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งด้วยเหตุผลทางข้อเท็จจริงแล้วไม่อาจปฏิบัติได้ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันผิดกฎหมาย ซึ่งหากผู้รับคำสั่งปฏิบัติตามแล้วอาจจะต้องรับโทษในทางอาญา หรืออาจถูกปรับทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁹⁴ ส่วนผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะย่อมเสียเปล่า ไม่มีผลทางกฎหมาย ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม และตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่อาจดำเนินการบังคับให้มีผลเป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้⁹⁵

2. สาธารณรัฐฝรั่งเศส

เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็น โฆษะ ไม่ได้บัญญัติเหตุไว้อย่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองในสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งมีดังนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองขององค์กรซึ่งไม่มีอยู่จริงโดยทางกฎหมาย เป็นคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่บังคับแก่ทรัพย์สิน หรือสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำเพื่อ

⁹² พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 15/6 , พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 73

⁹³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 165/2551

⁹⁴ Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG (กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์) ค.ศ. 1976 มาตรา 44

⁹⁵ H. Maurer, Droit Administratif Allemand, Traduit de l'Allemand par M. Fromont, (Paris: L.G.D.J., 1994), p. 263., J. - M. Auby et R. Drago, Traité des Recours en Matière Administrative, (Paris: Litec, 1983), p. 101.

ประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัวโดยแท้ มิได้เป็นไปตามอำนาจทางปกครองที่ให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่นั้น เป็นคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่เป็นคำสั่งตุลาการ เป็นคำสั่งทางปกครองแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งมิใช่ เพื่อให้ทำงานตามหน้าที่ แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากตำแหน่งนั้นเท่านั้น เป็นการออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงาน ทั้งที่เจ้าหน้าที่นั้นพ้นกำหนดที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว⁹⁶

ส่วนผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ ย่อมไม่มีผลทางกฎหมาย ประชาชนไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบอย่างชัดเจน⁹⁷ เช่น คำสั่งที่ให้ที่ดินของเอกชนเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเนื่องจากเป็นส่วนควบของชายฝั่งทะเล แต่ที่ดินตั้งอยู่ห่างจากชายฝั่งถึงสิบกิโลเมตร จึงไม่อาจถือเป็นส่วนควบของชายฝั่งทะเลได้ ดังนั้น ต้องถือว่าคำสั่งดังกล่าวไม่เคยมีอยู่เลยในทางกฎหมาย บุคคลที่เกี่ยวข้องจึงไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติ⁹⁸

ประกาศความเป็น โฆษะ ภายในฝ่ายปกครองก็เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น บุคคลที่ไม่พอใจในผลของการประกาศความเป็น โฆษะ จึงอาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนประกาศความเป็น โฆษะนั้นได้⁹⁹ หรือแม้ไม่มีผู้ใดกล่าวอ้างถือเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Moyen d'Ordre Public)¹⁰⁰

3. ราชอาณาจักรสเปน

เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็น โฆษะ บัญญัติไว้ 7 กรณี ได้แก่ 1. คำสั่งที่ออกมาโดยกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 2. คำสั่งที่ออกโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่อย่างเห็นได้ชัด หรือเป็นการออกคำสั่งนอกเขตอำนาจ 3. คำสั่งที่ให้กระทำการในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ 4. คำสั่งที่ให้กระทำการมีความผิดอาญาหรือ เป็นผลมาจากการกระทำผิดอาญา 5. คำสั่งที่ออกมานั้นข้ามขั้นตอนวิธีการทั้งหมด ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นคำสั่งของคณะกรรมการ ที่ออกมาโดยไม่ผ่านกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งมติ 6. กรณีที่การออกคำสั่งนั้น จำต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดที่สำคัญอย่างยิ่ง เพื่อให้ได้มาซึ่งคำสั่งนั้น แต่กลับออกคำสั่งโดยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่สำคัญยิ่งนั้น 7. เหตุแห่งความเป็น โฆษะอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย¹⁰¹ เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงดังกล่าว ผลคือ ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็น โฆษะกลายเป็นคำสั่งที่ปราศจากผลทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง

⁹⁶ René Chapus, Droit Administratif Général, Tome 1, (4e édition, 1988), p. 632-633.

⁹⁷ M. Waline, Traité Élémentaire de Droit Administratif, (5e édition: Paris: Sirey, 1950), p. 407.

⁹⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C. E.), 27 mai 1863, Drillet de Lannigou, R., p.470

⁹⁹ H. Maurer, Droit Administratif Allemand, Traduit de l'Allemand par M. Fromont, p. 265.

¹⁰⁰ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (C. E.), 5 Mai 1971, Préfet de Paris, R. p.329; A. J. D. A. 1972 p. 301 note V.S.

¹⁰¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสเปน ค.ศ. 1992 มาตรา 62.1

4. ประเทศไทย

ประเทศไทยมิได้บัญญัติเกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมาย เช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงปล่อยให้องค์กรวินิจัยข้อพิพาททางปกครองเป็นผู้พัฒนาและวางหลักว่าคำสั่งทางปกครองใด เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็น โมฆะ ซึ่งศาลปกครองได้วางหลักการที่ทำให้คำสั่งทางปกครองมีผลเป็น โมฆะไว้หลายกรณี เช่น กรณีหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐชดใช้เงินตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยที่ไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึง เป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง¹⁰² หรือคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องเรื่องความสามารถของผู้มีอำนาจทำคำสั่ง เช่นกฎหมายกำหนดว่า การออกคำสั่งทางปกครองได้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน¹⁰³ หรือคณะกรรมการว่าด้วยฉลากไม่มีอำนาจที่จะกำหนดให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ถือเป็นอาหารที่จะต้องมีการควบคุมฉลาก¹⁰⁴หรือการออกหนังสือสำคัญสำหรับทำประโยชน์ (น.ส.3 ก.) ที่ขัดกับพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 และประมวลกฎหมายที่ดิน¹⁰⁵ เป็นต้น และมีอีกหลายกรณีที่ศาลปกครองวางเหตุความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับที่ศาลปกครองในสภาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสวินิจฉัยไว้¹⁰⁶ จากที่กล่าวมาทั้งหมด เห็นว่าระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดกลไกในการพิสูจน์หรือประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ได้ทั้งในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและในชั้นศาล

ส่วนในผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะจะไม่มีผลใด ๆ ซึ่งได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 สำหรับผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่เกิดขึ้นเลย หรือคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หรือเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ไม่ว่าจะขั้นตอนและระยะเวลา ผู้มีส่วนได้เสียสามารถนำมาถ่วงอ้างได้ไม่ว่าในทางใด ๆ ซึ่งใกล้เคียงกับผลความเป็นโมฆะของนิติกรรมทางแพ่งที่หมายถึง การกระทำที่สูญเปล่า เสียเปล่าไม่เกิดผลตามกฎหมาย

¹⁰² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546

¹⁰³ คำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมาที่ 531/2552

¹⁰⁴ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 590/2549

¹⁰⁵ ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 268/2552

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 331/2551, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 357/2551, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.10 /2552, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 146/2553, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 228-229/2553, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 556/2554, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2556 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 179/2557

ขึ้นมา ฉะนั้น เมื่อกล่าวถึงคำว่านิติกรรมที่เป็นโมฆะ หมายถึง นิติกรรมนั้นไม่เกิดผลหรือไม่มีความผูกพันในอันที่จะบังคับตามกฎหมายได้¹⁰⁷ เพียงแต่นิติกรรมที่เป็นโมฆะนั้นบุคคลทุกคนสามารถกล่าวอ้างได้ ซึ่งเหตุที่ทำให้นิติกรรมทางแพ่งเป็นโมฆะนั้น เช่นทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ โดยมีได้ทำการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็น นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้าม หรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นการพันวิสัย หรือเป็นนิติกรรมที่บกพร่องเกี่ยวกับการแสดงเจตนาในบางกรณี เช่น สำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรมนั้น หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษว่าเป็นโมฆะ เช่น การจดทะเบียนสมรสซ้อน กล่าวคือ ทำการสมรสในขณะที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคู่สมรสอยู่แล้ว หรือการทำพินัยกรรมที่ผิดแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้¹⁰⁸ ผลประการต่อมา คือ มีผลต่อการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับของขั้นตอนและระยะเวลาของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแม้ว่า กฎหมายจะบังคับไว้ก็ตาม เพราะเมื่อคำสั่งทางปกครองเป็น โมฆะ และย่อมไม่มีผลในทางกฎหมายใด ๆ เจ้าหน้าที่ก็ไม่อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้นให้สมบูรณ์ได้ แม้เวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตาม ความเป็นโมฆะย่อมมีผลย้อนหลังนับตั้งแต่วันทำคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วผู้มีส่วนได้เสีย อาจหยิบยกความเสียหายเปล่าขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ ส่วนผลต่อศาลปกครอง สามารถหยิบยกประเด็นความเป็น โมฆะของคำสั่งทางปกครองพิจารณาเอง และพิพากษาแสดงความเสียหายเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และไม่มี ความจำเป็นต้อง เพิกถอนหรือลบล้างโดยองค์กรใด ได้แต่ประกาศความเป็น โมฆะหรือความเสียหายเปล่าของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น¹⁰⁹

จากที่กล่าวข้างต้น แม้ว่าระบบกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วย ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งต้องอาศัยการตีความของนักวิชาการหรือศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานหลายคดี โดยนำแนวทางของต่างประเทศที่ได้กล่าวข้างต้น แต่ก็ไม่ครอบคลุมทั้งหมด ซึ่งเมื่อศาลปกครองได้พัฒนาหลักดังกล่าวแล้ว ย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องนำคำวินิจฉัยนั้น มาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องและเพื่อประโยชน์แก่การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองต่อไป

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172

¹⁰⁸ กฎหมายแพ่ง, นิติกรรม, มาจาก <https://sites.google.com/site/kdhmaynisangkham/2-kdhmay-phaeng/2-3-nitikrm> สืบค้นเมื่อ วันที่ 6 กรกฎาคม 2563

¹⁰⁹ René Chapus, Droit Administratif Général, p. 731., Allan R. Brewer - Carias, Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse (Français) Broché (1992), p. 89.

แต่อย่างไรก็ตาม หากยอมรับให้ประชาชนยกโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้เอง โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ความเป็นโมฆะในชั้นศาลและมีคำพิพากษาของศาลก่อน ย่อมเท่ากับยินยอมให้ประชาชนสามารถวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้เอง และปฏิเสธที่จะเคารพเชื่อฟังคำสั่งการของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะขัดต่อหลักว่าด้วยเอกสิทธิ์ในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง อันเป็นแนวคิดของกฎหมายปกครองและยังขัดต่อหลักความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมายอีกด้วย¹¹⁰

3.2 การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศกับประเทศไทย

การใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองให้บรรลุผลในทางปฏิบัติ ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอน และวิธีการไปสู่การบรรลุผลของเป้าหมาย รวมถึงไม่ได้กำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจไว้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะความบกพร่องของฝ่ายผู้ตรากฎหมาย หรือเพราะผู้ตรากฎหมายต้องการให้ฝ่ายปกครองนำกฎหมายมาปรับใช้ ให้ยึดหยุ่นกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เกิดความเป็นธรรมเฉพาะกรณี เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติไว้ ฝ่ายปกครองก็มีความจำเป็นในการกำหนดขั้นตอนและวิธีการ เพื่อให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายปฏิบัติให้เป็นไปแนวทางและมาตรฐานเดียวกัน ไม่ว่าในรูปหนังสือเวียน หรือมาตรการภายในต่าง ๆ โดยอาศัยอำนาจการบังคับบัญชา และการกำกับดูแลตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่รับรู้เป็นการทั่วไปของฝ่ายปกครองว่า หนังสือเวียนหรือมาตรการภายในนั้น มีผลต่อการตัดสินใจใช้อำนาจทางปกครองของตนทางใดทางหนึ่ง และเป็นที่รับรู้กันภายในฝ่ายปกครองว่า บางกรณีผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจเลย เพราะต้องปฏิบัติตามหนังสือเวียน หรือมาตรการภายในที่องค์กรผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลกำหนดขึ้น ประกอบกับการออกหนังสือเวียน หรือมาตรการภายในในปัจจุบันนั้น ไม่มีกลไกภายในการควบคุมตรวจสอบว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะหนังสือเวียนจะออกโดยองค์กรผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรกำกับดูแล ซึ่งมีอำนาจสูงสุดในฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร ซึ่งโดยปกติศาลปกครอง ไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบเพราะเห็นว่า เป็นเรื่องที่กฎหมายไว้วางใจให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจเป็นผู้เลือกตัดสินใจ เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน การเข้าไปตรวจสอบจะเท่ากับว่า ศาลปกครองทำตนเป็นเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่เสียเอง การไม่ตรวจสอบของศาลปกครองดังกล่าว มีผลต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก เพราะมีการนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเหล่านี้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองเสมอ

¹¹⁰ M. - A. Flamme, Droit Administratif, Tome Premier, (Bruxelles: Bruylant, 1989), p. 11.

ดังนั้น เพื่อให้การทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองของเจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจได้ด้วยตนเองตามที่กฎหมายได้ไว้วางใจให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งนั้น โดยปราศจากการชักนำหรือถูกควบคุมของผู้บังคับบัญชาแฝงไว้ในรูปหนังสือเวียน และกำหนดแนวทางปฏิบัติ แม้ไม่อาจห้ามมิให้องค์กรผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรผู้กำกับดูแล ใช้อำนาจตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินทั่วไปในการออกหนังสือเวียนหรือกำหนดแนวทางปฏิบัติ เนื่องจากการบริหารงานตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง มีความซับซ้อนเป็นหลายองค์กรและหลายพื้นที่ จึงต้องมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อบังคับให้บุคลากรในองค์กรนั้น ๆ ปฏิบัติหน้าที่ไปในแนวทางเดียวกัน และทำให้ราษฎรได้รับการปฏิบัติด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มีหนทางเดียวคือ การควบคุมตรวจสอบ ส่วนจะมีวิธีการควบคุมตรวจสอบอย่างไร ทั้งการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง หรือการตรวจสอบโดยศาลปกครอง ไม่ว่าจะการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือการควบคุมตรวจสอบตัวคำสั่งทางปกครองที่ออกมาสืบเนื่องจากหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัตินั้น มาเป็นอุปสรรคในการบริการสาธารณะ ในการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ไม่ว่าจะฐานะบังคับบัญชาหรือฐานะกำกับดูแล ดังที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 เป็นปัญหาที่ต้องการคำตอบ ดังนั้น ในการศึกษาวิธีการควบคุมตรวจสอบ แนวทางของต่างประเทศจะเป็นประโยชน์ในการประยุกต์ใช้กับประเทศไทยต่อไป ดังนี้

3.2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร มีรัฐสภาทำหน้าที่ตรากฎหมาย กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น เรียกว่า รัฐบัญญัติ (La Loi) ส่วนกฎหมายที่รัฐบาลและเจ้าหน้าที่ที่ต่ำกว่า รัฐบาล เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด นายกเทศมนตรี ตราขึ้นเรียกโดยรวมว่า ข้อบังคับ ไม่ว่าจะเรียกว่า รัฐกฤษฎีกา รัฐกำหนด หรืออื่นใด ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่า จะต้องออกเป็นรัฐบัญญัติการกระทำทางกฎหมายที่มีชั้นต่ำสุด คือ ตัวนิติกรรมทางปกครองหรือตัวคำสั่งที่ใช้บังคับกับบุคคล แต่หากเป็นคำสั่งชี้แจง บันทึกข้อสังเกต คำเตือนขององค์กรรัฐฝ่ายปกครอง ย่อมไม่ใช่ข้อบังคับไม่เป็นกฎหมาย¹¹¹ เมื่อยอมรับว่าไม่ใช่กฎหมาย ประชาชนย่อมไม่อาจอ้างได้ว่าการกระทำทางปกครองนั้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากเป็นกฎหมายที่กล่าวข้างต้นแล้ว ถ้าเป็นกฎหมายทั่วไปและระเบียบแบบแผนของทางราชการประชาชนย่อมอ้างได้ว่าการกระทำนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ปัญหาคือ กรณีที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการต่าง ๆ ไม่ว่าจะ ทำคำสั่งชี้แจง บันทึกข้อสังเกต คำเตือน คำปรารภ ข้อเสนอ ความเห็น รายงานนั้นถือว่าเป็นระเบียบแบบ

¹¹¹ Z. M. Nedjati and J. E. Trice, English and Continental Systems Administrative Law (Netherlands: North-Holland Publishing Company, 1978), pp. 73-74. และ อิศระ นิติทัศน์ประกาศ, คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, น. 67, 93.

แผนของทางราชการหรือไม่ หรือถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือเป็นคำสั่งที่ใช้บังคับกับบุคคลหรือไม่ ซึ่งจะมีผลต่อการควบคุมตรวจสอบในขั้นตอนต่อไป โดยมีรายละเอียดที่ต้องศึกษาดังนี้

สาธารณรัฐฝรั่งเศส เห็นว่า หนังสือเวียนและแนวทางการเตรียมการ ที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใดเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง มาตรการที่มีวัตถุประสงค์อยู่ภายในกรอบของฝ่ายปกครอง โดยมุ่งจัดระบบภายในและการปฏิบัติงานของหน่วยงาน หรือบริการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง มาตรการเหล่านี้มิได้มีบังคับกับราษฎรโดยตรง จะมีผลกระทบต่อราษฎรโดยทางอ้อมเท่านั้น มาตรการภายในแบ่งเป็นสองประเภท คือ 1. มาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แบ่งเป็นหนังสือเวียนและมาตรการวางกฎระเบียบภายในของหน่วยงาน เช่น คำสั่งจัดเวรยามการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการตำรวจ คำสั่งกำหนดการแต่งกายของนักเรียน 2. มาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายหรือเฉพาะกรณี เช่น คำสั่งที่มุ่งใช้บังคับกับผู้ให้บริการ คำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาคนใดคนหนึ่ง¹¹² ดังนั้น จึงจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงมาตรการภายในแต่ละประเภท เพราะไม่มีการใช้หลักเกณฑ์ในแนวทางเดียวกันหรือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กับมาตรการภายในมีหลายประเภท ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง หนังสือเวียนหรือคำสั่งของหน่วยงาน ศาสตราจารย์ André de Laubadère ให้คำนิยามไว้ว่า ข้อกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่หัวหน้าหน่วยงานออก หรือกำหนดให้แก่ข้าราชการที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้รัฐบัญญัติ และกฎข้อบังคับ¹¹³ เพราะฝ่ายปกครองมีการวางหลักเกณฑ์หลายอย่างที่แน่นอนตายตัวในลักษณะเป็นนามธรรม เพื่อให้การงานที่รับผิดชอบบรรลุผลเช่น การกำหนดขั้นตอนการทำงาน ตีความข้อความในกฎหมาย ออกข้อแนะนำ กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติม ซึ่งในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าเป็นกฎประเภทหนึ่ง ส่วนหนังสือเวียนที่ไม่แน่นอนตายตัว เช่น การอธิบายความหมายของกฎหมาย การตีความกฎหมาย ถือว่าไม่เป็นกฎ เพราะหนังสือเวียนดังกล่าวไม่ได้กระทบสิทธิผู้ใดโดยตรง การถือว่าไม่เป็นกฎดังกล่าว ถือเป็นความบกพร่องของกฎหมายอย่างหนึ่งอันไม่อาจนำมาควบคุมตรวจสอบได้¹¹⁴ หากพิจารณาในแง่ของข้าราชการ ย่อมเป็นการถูกต้องแล้วที่จะต้องปฏิบัติตามหนังสือเวียน อันมีผลมาจากหน้าที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ในด้านการคุ้มครองสิทธิของ

¹¹² André de Laubadère, Jean - Claude Venezia et Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, Tome 1, 10e édition (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988), pp. 561-562.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 563.

¹¹⁴ Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, (Paris: Presses Universitaires de France, 1988), p. 257.

ราษฎร หนังสือเวียนไม่ได้มีลักษณะบังคับและยื่นราษฎรได้ รวมถึงไม่อาจผูกพันในการตีความของศาล เพราะสิ่งที่ผูกพันศาลคือรัฐธรรมนูญและกฎข้อบังคับเท่านั้น¹¹⁵ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองยังยอมรับว่า คำสั่งภายในฝ่ายปกครองที่ผู้บังคับบัญชาสั่งการต่อผู้ใต้บังคับบัญชานั้น เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน และหากปฏิบัติตามจะก่อความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชามีสิทธิจะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ และมีหน้าที่จะต้องปฏิเสธคำสั่งนั้น ซึ่งนอกจากหลุดพ้นจากการลงโทษทางวินัยของการ ฝ่าฝืนแล้ว อีกด้านหนึ่ง หากอ้างว่าเป็นการต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ทั้งที่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องถูกลงโทษทางวินัยเช่นเดียวกัน เช่น นายกเทศมนตรี มีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่เทศบาล ลงทะเบียนหั่วคะแนของตนในบัญชีรายชื่อคนว่างงาน เพื่อให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิได้รับเงินช่วยเหลือจากทางราชการ เจ้าหน้าที่ขอมมีหน้าที่ต้องปฏิเสธจะปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว หากเจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งไปก็จะต้องถูกลงโทษทางวินัยในภายหลัง จะอ้างว่า เป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อไม่ต้องรับผิดหาได้ไม่¹¹⁶ ส่วนในด้านประชาชนหากคำสั่งภายในนั้นมีผลถึงตน ประชาชนก็ไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นอีกเช่นกัน¹¹⁷ เห็นว่า หากมีการตีความดังกล่าวข้างต้น ข่อมเป็นข้อยุ่งยากของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามหนังสือเวียน เพราะด้านหนึ่ง หากไม่ปฏิบัติตามหนังสือเวียนก็จะเป็นเรื่องการฝ่าฝืนอำนาจบังคับบัญชา อีกด้านหนึ่ง หากมีการออกคำสั่งทางปกครองตามหนังสือเวียนแล้ว แต่ต่อมาศาลเพิกถอนคำสั่งนั้นเนื่องจากคำสั่งทางปกครองออกโดยใช้ฐานจากหนังสือเวียนที่ไม่ชอบ ข่อมกระทบต่อผู้ปฏิบัติตามหนังสือเวียนเช่นเดียวกัน ดังนั้น หนทางในการแก้ปัญหาดังกล่าว มีเพียงกำหนดกรอบของหนังสือเวียนว่า หากหนังสือเวียนมีผลต่อการตัดสินใจในการทำคำสั่งทางปกครอง นอกจากศาลพิจารณาตัวคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว ก็ให้ศาลตรวจสอบเนื้อหาของหนังสือเวียนนั้นด้วย หากเห็นว่า หนังสือเวียนไม่ชอบด้วยกฎหมายก็โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และหนังสือเวียนอันจะนำมาใช้ต่อไปในอนาคต แม้หนังสือเวียนนั้นจะไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎที่ศาลไม่สามารถตรวจสอบได้ก็ตาม ส่วนกรณีหนังสือเวียนใด มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหนังสือเวียนแต่ละประเภท เพื่อประโยชน์ในการตีความว่าเป็นกฎข้อบังคับหรือไม่ ดังนี้

¹¹⁵ Ibid., p. 563.

¹¹⁶ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C. E.), 10 Novembre 1944) คดี Langneur, p.288, D. 1945 p. 87, concl.

Chenot

¹¹⁷ René Chapus, Droit Administratif Général – Tome II, 15e édition (Paris: Montchrestien, 2001), p. 1171.

1.1 หนังสือเวียนเกี่ยวกับการตีความ หนังสือเวียนประเภทนี้จะแสดงถึงลักษณะคำสั่ง คำแนะนำ คำอธิบายซึ่งออกโดยผู้บังคับบัญชาหน่วยงาน เช่น รัฐมนตรีที่มีถึงผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ซึ่งมักจะเป็นเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย ระเบียบวิธีการดำเนินการหรือขั้นตอนหรือวิธีการตรวจสอบการกระทำ หรือข้อควรระมัดระวัง ตลอดจนถึงระยะเวลาการดำเนินการ ซึ่งหนังสือเวียนประเภทนี้มีชื่อเรียกต่าง ๆ เช่น คำสั่ง บันทึกในทางปฏิบัติ ซึ่งข้าราชการมักจะรอการปฏิบัติงานจนกว่าจะมีหนังสือเวียนออกมาชัดเจน แม้ว่าจะมีกฎหมายเรื่องนั้นออกมาแล้วก็ตาม¹¹⁸

1.2 หนังสือเวียนที่มีลักษณะในทางรูปแบบ เรียกว่าหนังสือเวียนไม่แท้ แต่เป็นชื่อเรียกภายนอกจากรูปแบบว่าหนังสือเวียนเท่านั้น เพราะเนื้อหาทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นกฎเกณฑ์ ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป บางครั้งรัฐมนตรีแทนที่จะออกกฎข้อบังคับให้ตรงทั้งรูปแบบและเนื้อหา แต่สอดแทรกกฎข้อบังคับไว้ในหนังสือเวียนโดยไม่อาจทราบว่ ข้อกำหนดที่ระบุในหนังสือเวียนนั้นแท้จริงแล้วเป็นกฎข้อบังคับในทางเนื้อหา สำหรับการหาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า กรณีใดเป็นหนังสือเวียนที่มีลักษณะการตีความหรือเป็นกฎข้อบังคับ เป็นเรื่องอยู่ที่ศาลจะตีความโดยถือหลักว่า หนังสือเวียนใดที่มีลักษณะเพิ่มเติมสิทธิหน้าที่ของราษฎรมากกว่าที่มีอยู่ในรัฐบัญญัติ เช่น การสร้างหลักประกัน หรือริเริ่มขึ้นใหม่ ย่อมเป็นหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ ซึ่งศาลจะพิจารณาเฉพาะหน้าที่ของทางราชการเท่านั้น นอกจากนี้มีการแบ่งแยกหนังสือเวียนได้อีก คือ หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นคำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้เอง กับมาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นคำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้เอง หมายถึง หนังสือเวียนในลักษณะที่เป็นกฎข้อบังคับ ส่วนมาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย คือ หนังสือเวียนเกี่ยวกับการตีความหรือการอธิบายนั่นเอง¹¹⁹

สถานะทางกฎหมายของหนังสือเวียน

1) หนังสือเวียนที่เป็นการอธิบายหรือการตีความ หนังสือเวียนประเภทนี้มุ่งใช้บังคับกับตัวเจ้าหน้าที่ของทางราชการ ไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ ระหว่างราษฎรกับตัวเจ้าหน้าที่นั้น ๆ และไม่สามารถนำไปใช้ยื่นกับราษฎรได้ ไม่ว่าจะกล่าวอ้างเพื่อสนับสนุนคำวินิจฉัย หรือกล่าวอ้างเป็นพื้นฐานในการกระทำทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ได้กระทำไป ถือได้ว่าเป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ส่วนในด้านราษฎรไม่ว่าหนังสือเวียดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นอย่างไร ราษฎรไม่สามารถเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามหนังสือเวียนนั้นได้ ทั้งไม่สามารถนำหนังสือเวียนไปโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลวินิจฉัยเป็นประโยชน์แก่ตนได้ เพราะศาลปกครองไม่ยอมรับรู้ถึงหนังสือเวียน

¹¹⁸ René Chapus, Droit Administratif Général, 3e édition (Paris: Editonns Montchrestien, 1987), p.385.

¹¹⁹ Ibid., p. 386-387.

ดังกล่าว ที่เสมือนสิ่งที่มาถักนกลางระหว่างกฎหมายกับคำวินิจฉัยที่ถูกโต้แย้ง ในศาลปกครอง สาธารณรัฐฝรั่งเศส เห็นว่า แม้หนังสือเวียนในลักษณะดังกล่าวเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง โดยแท้ แต่ในความเป็นจริงหนังสือเวียนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในทางวิชาการต่างเห็นว่า ถึงแม้ศาลปกครองถือว่าหนังสือเวียนลักษณะนี้ไม่ใช่คำสั่ง หรือคำวินิจฉัยที่กระทบราษฎร โดยตรงก็ตาม แต่ก็ควรนำหนังสือเวียนไปฟ้องเพื่อให้ศาลเพิกถอนได้ ต่อมา รัฐบัญญัติให้ราษฎรอ้างอิงหนังสือเวียนในชั้นกับฝ่ายปกครองได้ก็ตาม ซึ่งเป็นเพียงการให้สิทธิกล่าวอ้างเท่านั้น ไม่ได้ให้ราษฎรมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง¹²⁰

2) หนังสือเวียนที่มีลักษณะทางรูปแบบ หนังสือเวียนลักษณะนี้ก็คือข้อบังคับนั่นเอง ซึ่ง จะสมบูรณ์ถูกต้องหรือไม่ ไม่ได้พิจารณาทางด้านรูปแบบหรือชื่อเรียก แต่จะต้องพิจารณาผู้ออก ข้อบังคับหรือกำหนดข้อบังคับนั้นเป็นผู้มีอำนาจกระทำหรือไม่ ได้มีการออกข้อบังคับที่มีเนื้อหา ตามที่กฎหมายที่สูงกว่าให้อำนาจ เช่น รัฐมนตรีมีหนังสือเวียนสั่งให้ยุบตำแหน่งในโรงเรียนมัธยม หรือหนังสือเวียนให้ปฏิบัติ หากไม่ปฏิบัติย่อมถูกลงโทษ¹²¹ ประกาศมหาวิทยาลัยราชภัฏ กำหนดให้ ประชาน กรรมการสภากรรมการ และข้าราชการพ้นจากตำแหน่งในระหว่างถูกสอบสวนทางวินัย อย่างร้ายแรง มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547¹²² หนังสือเวียนลักษณะนี้อาจถูกฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนได้

ในการแยกหนังสือเวียนการตีความและหนังสือเวียนเป็นกฎข้อบังคับ อาศัยหลักการมี ผลใช้บังคับได้เองกับมาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หากเป็นมาตรการที่มีผลบังคับได้เอง และมีลักษณะทั่วไป ไม่ใช่มีผลเฉพาะอย่างหนังสือตอบข้อปรึกษาหารือ ย่อมถูกยกหรือกล่าวอ้าง หรือนำมาฟ้องศาลได้ ในทางกลับกันเมื่อมีการยกหรือกล่าวอ้าง หรือนำมาฟ้องศาลแล้ว หนังสือเวียนนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ไม่ว่าจะหนังสือเวียนที่ออกเกินขอบอำนาจ หรือ หนังสือเวียนขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นต้น ก็มีการควบคุมตรวจสอบในเนื้อหาซึ่งเป็น อีกเรื่องหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหากหนังสือเวียนนั้นได้เปิดเผยให้สาธารณชนทราบ หรือมี การวินิจฉัยออกคำสั่งทางปกครองไม่สอดคล้องกับหนังสือเวียนราษฎรย่อมยกหรือกล่าวอ้าง หรือนำมาฟ้องศาลได้เสมอ¹²³

ดังนั้น ในการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน จะต้องดำเนินการ ดังนี้

¹²⁰ Ibid., p. 386-388.

¹²¹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C. E.), 5 Mai 1961 คดี Société Librairie Aristide Quillet et Société Cabus & Raulot

¹²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 165/2562

¹²³ René Chapus, Droit Administratif Général, p. 389.

ขั้นตอนแรก ต้องตรวจสอบว่า หนังสือเวียนดังกล่าวเป็นกฎข้อบังคับหรือไม่ หากเป็นกฎข้อบังคับ กฎข้อบังคับนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากกฎข้อบังคับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็เพิกถอนกฎข้อบังคับนั้น

ขั้นตอนที่สอง หากศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นกฎข้อบังคับ ต้องมาพิจารณาต่อไปว่า ฝ่ายปกครองมีการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยหนังสือเวียนหรือไม่ หากมีการออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยหนังสือเวียน ต้องพิจารณาว่า หนังสือเวียนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็เพิกถอนหนังสือเวียนและคำสั่งทางปกครองนั้น

ในการฟ้องเพิกถอนหนังสือเวียน โดยอ้างว่า เป็นกฎข้อบังคับนั้น ให้สิทธิข้าราชการผู้จะต้องปฏิบัติตามหนังสือเวียนมีอำนาจฟ้องได้ด้วย และหากศาลเห็นว่า หนังสือเวียนมีลักษณะกฎข้อบังคับ ศาลก็เพิกถอนได้ทุกกรณี โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเนื้อหาว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะในการออกกฎข้อบังคับ ต้องมีรูปแบบกระบวนการตรากฎหมายเฉพาะ และประกาศให้สาธารณชนทราบ หากไม่ดำเนินการดังกล่าว ย่อมเป็นกฎข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณี

ประเภทที่สอง มาตรการภายในอีกประเภทหนึ่ง คือ หนังสือกำหนดแนวทาง หรือแนวทางปฏิบัติ

มาตรการภายในประเภทนี้เกิดขึ้นเนื่องจากความจำเป็นในทางปฏิบัติ ที่กฎหมายไม่ได้กำหนดความหมายหรือขอบเขตไว้ล่วงหน้าโดยขึ้นกับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี อันเป็นการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ลดความเสี่ยงในการเลือกปฏิบัติที่อาจก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค¹²⁴ ซึ่ง André de Laubadère ให้ความหมายว่า “มาตรการที่คล้ายคลึงกับหนังสือเวียน โดยมีวัตถุประสงค์เป็นเอกสารที่แน่ชัดที่ฝ่ายปกครองกำหนดแนวปฏิบัติ หรือวางหลักการเป็นการล่วงหน้าในเรื่องที่ตนมีอำนาจดุลพินิจสั่งการได้เองในแต่ละกรณี เพื่อใช้เป็นแนวทางก่อนจะมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเฉพาะราย ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการปฏิบัติงานในการใช้อำนาจที่ลึกลับ”¹²⁵ ส่วน René Chapus ให้ความหมายว่า “เอกสารที่หัวหน้าหน่วยงาน โดยเฉพาะรัฐมนตรีออกแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยมุ่งเน้นเนื้อหาสาระของคำสั่งหรือคำวินิจฉัยมิได้ถูกกำหนดไว้แล้วโดยตัวบทกฎหมาย และเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งหรือ คำวินิจฉัยสามารถใช้วินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาสาระของคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นได้”¹²⁶ เห็นได้ว่า แนวทางปฏิบัติเป็นหลักการ นโยบาย หนังสือกำหนดแนวทาง ที่กำหนดขึ้น โดยมีจุดมุ่งหมายให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองง่ายขึ้นและ

¹²⁴ Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, (Paris: Presses Universitaires de France, 1992), p. 305-306.

¹²⁵ André de Laubadère, Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, p. 565.

¹²⁶ René Chapus, *Droit Administratif Général*, p. 390.

เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติหรือความเข้าใจที่ไม่ตรงกันก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค และป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจในการบังคับใช้หรือกระทำการเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตการปฏิบัติไว้เป็นการล่วงหน้า เช่น การพิจารณาอนุมัติหรือการอนุญาตต่าง ๆ ที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้เป็นการเฉพาะในแต่ละกรณี บางครั้งการมีแนวปฏิบัติมีประโยชน์สำหรับราษฎร เป็นการลดความไม่แน่นอนของการใช้อำนาจดุลพินิจ สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าราษฎรจะต้องปฏิบัติต่อกรณีต่าง ๆ อย่างไร

สำหรับศาลปกครองในสภาแห่งรัฐ ยอมรับรัฐมนตรี หัวหน้าหน่วยงาน หรือองค์กรผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง อาจวางกฎเกณฑ์ในการใช้อำนาจเป็นการทั่วไปได้ แต่ต้องไม่มีลักษณะบังคับและอาจยกเว้นหลักการทั่วไปได้หากมีสถานการณ์พิเศษ เมื่อศาลยอมรับอำนาจฝ่ายปกครองดังกล่าว ในทางกลับกัน ศาลก็มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาสาระของแนวปฏิบัติได้ หากมีการกล่าวอ้างว่า แนวทางปฏิบัตินั้นมีลักษณะบังคับและไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ก็วินิจฉัยให้เพิกถอนในฐานะการกระทำเกินอำนาจ ในด้านราษฎรก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยแนวทางปฏิบัติที่กระทำเกินอำนาจได้เป็นการเฉพาะราย แต่ไม่อาจเพิกถอนตัวแนวทางปฏิบัติเพราะไม่ได้มีผลเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมายกรณีหนึ่ง และอีกกรณีหนึ่ง หากฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองที่ขัดแย้งกับแนวทางปฏิบัติที่วางไว้ ก็ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งได้เช่นกัน โดยอ้างว่า ฝ่ายปกครองควรวินิจฉัยตามแนวทางที่ตนเองกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม แม้แนวปฏิบัติไม่มีผลเป็นการบังคับเจ้าหน้าที่ ที่จะวินิจฉัยให้เหมือนกับแนวปฏิบัตินั้น อาจวินิจฉัยแตกต่างกับแนวทางปฏิบัติได้โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีและประโยชน์ส่วนรวม แต่หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้หรืออ้างอิงแนวทางปฏิบัติเป็นฐานในคำสั่งหรือคำวินิจฉัยราษฎรย่อมกล่าวอ้างได้เสมอ เพราะแนวปฏิบัติเป็นขั้นตอนการบังคับการทำงานสำหรับเจ้าหน้าที่ซึ่งมีผลในการควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่โดยตรง¹²⁷ เห็นว่า เมื่อศาลยอมรับให้ฝ่ายปกครองกำหนดแนวทางการใช้อำนาจเป็นการล่วงหน้าได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ฝ่ายปกครองก็ย่อมอ้างอิงแนวทางปฏิบัติเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง และเป็นเหตุผลสนับสนุนในการออกคำสั่งและต่อสู้คดีในศาลได้ด้วย เพราะแนวทางปฏิบัติที่ผู้มีอำนาจกำหนดไว้ในฐานะองค์กรที่เหนือกว่า ย่อมได้รับสันนิษฐานว่าชอบด้วยกฎหมายก่อนเสมอ เพียงแต่แนวทางปฏิบัติต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ใช้บังคับ และไม่มีลักษณะบังคับให้สั่งการโดยไม่พิจารณาข้อเท็จจริงก่อนการวินิจฉัย

¹²⁷ Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, pp. 305-306. and René Chapus, *Droit Administratif Général*, p. 391.

จากเหตุดังกล่าวข้างต้น เป็นผลทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการออกกฎหมาย ให้นำหนังสือเวียนที่กำหนดแนวทาง หรือคำสั่งใด ๆ เป็นการตีความหรือกำหนดกระบวนการทำงานของเจ้าหน้าที่ต้องลงพิมพ์เผยแพร่เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างได้¹²⁸ และมาตรา 1 ของรัฐกฤษฎีกาที่กำหนดให้บุคคลสามารถอ้างหนังสือเวียนของฝ่ายปกครองที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และกฎขึ้นใช้ยื่นต่อฝ่ายปกครองได้ โดยผู้ตรามีความมุ่งหมาย ให้หมายถึง หนังสือเวียนทุกประเภท แต่สภาแห่งรัฐยังคงยึดถือหลักตามแนวคำวินิจฉัยที่มีมาแต่เดิมว่า หนังสือเวียนที่มีเนื้อหาเป็นกฎเท่านั้นที่อาจยกขึ้นใช้ยื่นต่อฝ่ายปกครองได้ แต่ไม่รวมถึงหนังสือเวียนที่เป็นการตีความหรืออธิบายกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำทางปกครองที่จะนำมาฟ้องได้จะต้องมีลักษณะเป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัย คือ จะต้องเป็นนิติกรรมที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลทางกฎหมาย ความเห็น ข้อเสนอแนะ คำชี้แจง และคำอธิบายย่อไม่ใช่คำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่จะนำมาฟ้องได้¹²⁹

สำหรับเหตุผลที่ไม่ให้ราษฎรฟ้องเพิกถอนแนวทางปฏิบัติ เพราะไม่ได้เปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมายและไม่ได้ทำให้บุคคลใดเสียหาย แต่เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่อาศัยแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นฐานในการออกคำสั่ง ก็ส่งผลต่อความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองด้วย ซึ่งความไม่ชอบนี้รวมถึง ความไม่เหมาะสมกับจุดมุ่งหมายของกฎหมายทั้งปวงด้วย หากศาลวินิจฉัยว่า แนวทางปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ใช้บังคับ และมีลักษณะบังคับให้สั่งการโดยไม่พิจารณาข้อเท็จจริงก่อนการวินิจฉัย เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสะดวกสบายของประชาชน ศาลมีอำนาจวินิจฉัยและเพิกถอนได้เอง เพื่อมิให้นำแนวทางปฏิบัติไปใช้ในกรณีอื่นอีก ดังนั้นองค์การที่แยกแยะความแตกต่างระหว่างหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ กฎข้อบังคับ และมาตรการภายใน ได้อย่างชัดเจน คือคำวินิจฉัยจากศาลปกครองในสภาแห่งรัฐ¹³⁰

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในเรื่องหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ นั้น กรณีใดเป็นหนังสือเวียนเพื่อตีความ หนังสือเวียนที่เป็นกฎข้อบังคับ กรณีใดเป็นแนวปฏิบัติ ต้องพิจารณาในเนื้อหาที่แท้จริง ไม่ใช่พิจารณาลักษณะ รูปแบบ หรือคำชื่อเรียกเท่านั้น เพราะบางครั้งหนังสือเวียนอาจมีแนวปฏิบัติอยู่เป็นบางส่วนด้วย จึงต้องอาศัยการแยกแยะตามหลักการดังกล่าว หากเป็นมาตรการภายในแล้ว ย่อมจะหลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบของศาลในด้านความชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจนำไปฟ้อง

¹²⁸ รัฐบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับสาธารณชน ค.ศ. 1978

¹²⁹ คำแถลงการณ์ของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน (นายชาญชัย แสวงศักดิ์), 29.

¹³⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C. E.), 11 Décembre 1970, Credit Foncier de France/ Mille Gaupillat et

เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนได้ เพราะไม่ใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของความชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของหน้าที่ของผู้ได้บังคับบัญชาที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามภายในกรอบของฝ่ายปกครอง ประเภทที่สาม มาตรการภายในอื่น ๆ นอกเหนือจากหนังสือเวียน แนวปฏิบัติแล้ว ยังมี มาตรการภายในอื่น ๆ อีก ซึ่งอาจแบ่งได้สามประเภท คือ

1. คำสั่งที่เจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครองสั่งการแก่ผู้ได้บังคับบัญชาของตน
2. มาตรการที่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่และผู้ใช้บริการ เช่น คำสั่งของโรงเรียนที่ห้ามนักเรียนติดเครื่องหมาย หรือแต่งกายอย่างใดอย่างหนึ่งไปโรงเรียน
3. มาตรการที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัว เช่น คำสั่งห้ามบุคคลเข้าไปในโรงพยาบาล

มาตรการทั้งสามประเภทที่กล่าวมาศาลปกครองในสภาแห่งรัฐ ยังมีความสับสนอยู่ว่า จะควบคุมตรวจสอบหรือไม่ เพราะเห็นว่า เป็นมาตรการที่มีความสำคัญน้อยเกินไป ควรจะปล่อยให้ เป็นดุลนิยามแก่ ฝ่ายปกครองเป็นกรณีพิเศษมากกว่าที่จะไปควบคุมตรวจสอบ แต่ถึงอย่างไร มาตรการเหล่านี้รัฐบัญญัติบังคับต้องประกาศโฆษณาเพื่อให้ราษฎรใช้ในการอ้างกับฝ่ายปกครองได้

ประเภทที่สี่ มาตรการอื่น ๆ ที่มีใช้เป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัย อาจอยู่ในรูปความเห็น ข้อเสนอ ข้อเสนอ คำเตือน เช่น รัฐมนตรีมีข้อเสนอในการนำเข้าและส่งออกสินค้า หรืออาจอยู่ในรูปคำเตือน ซึ่งไม่มีการลงโทษหากไม่ปฏิบัติตาม ส่วนอีกกรณีหนึ่ง ก็คือ แบบตัวอย่าง เป็นแบบที่จะทำตามหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าเป็นแบบตัวอย่างที่มีผลทางกฎหมายก็ถือว่าเป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัยแล้ว เช่น แบบหนังสือต่าง ๆ ที่จะต้องกรอกในรายละเอียดเพื่อขออนุญาต คล้ายเป็นการวางกฎเกณฑ์ซึ่งอาจถูกฟ้องศาลได้

เห็นว่า หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ และมาตรการภายในอื่นใดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ถือเป็นมาตรการแทรกแซงการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานหรือองค์กรในระดับที่ต่ำกว่า ทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสคิดที่จะพัฒนาอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ การดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครองในการแทรกแซงอำนาจตามที่กล่าวข้างต้น ไม่ว่าจะด้านเศรษฐกิจ สังคม ที่ดิน ผังเมืองอื่น ๆ แม้มาตรการดังกล่าวมาทั้งหมดข้างต้นจะออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ กล่าวคือ ไม่มีผลก่อให้เกิดสิทธิ เปลี่ยนแปลง หรือพิสูจน์สิทธิหน้าที่ อันบ่งบอกที่ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในฐานะเป็นบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะในรูปของกฎเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นนามธรรม หรือกฎเกณฑ์เฉพาะรายเจาะจงตัวบุคคลและเป็นรูปธรรมอันเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งบุคคลหรือองค์กรภายนอกไม่สามารถตรวจสอบได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิบุคคลภายนอก แม้บุคคลนั้นจะมีความสัมพันธ์พิเศษกับองค์กร เช่น ข้าราชการ นักศึกษา นักโทษ ก็ถือว่า มีผลเป็นการก่อให้เกิดสิทธิ เปลี่ยนแปลง หรือพิสูจน์สิทธิ

หน้าที่ อันบ่งบอกให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน ในฐานะเป็นบุคคลภายนอกในฐานะส่วนตัวแล้ว ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบเช่นกัน

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ และมาตรการภายในอื่นใด เช่น ความเห็น ข้อเสนอ ข้อเสนอแนะ แบบตัวอย่าง คำเตือน ถือเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง แม้จะมีการแยกประเภทแตกต่างกันไป แต่ในระบบการควบคุมตรวจสอบไม่แตกต่างกันมากนัก โดยให้ความสำคัญกับเนื้อหาสาระไม่เพียงแต่พิจารณาจากรูปแบบภายนอก หากฝ่ายปกครองใช้มาตรการภายใน แต่ในเนื้อหาถึงขั้นเป็นกฎข้อบังคับ ในการควบคุมตรวจสอบนอกจากให้อำนาจฝ่ายปกครอง ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรการภายในนั้นฟ้องศาลปกครองให้เพิกถอนได้แล้ว ก็ให้สิทธิราษฎรเพิกถอนได้เช่นกัน แต่หากมาตรการภายในฝ่ายปกครองไม่ถึงขั้นเป็นกฎ ในการควบคุมตรวจสอบต้องแยกว่า ฝ่ายปกครองใช้มาตรการภายใน เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากฝ่ายปกครองใช้มาตรการภายใน เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมอ้างมาตรการภายในเป็นเหตุผลสนับสนุนในการทำคำสั่งทางปกครองของตน และยกขึ้นต่อสู้ในชั้นศาลได้ ในทางกลับกันเมื่อฝ่ายปกครองยอมอ้างมาตรการภายใน เป็นเหตุผลสนับสนุนในการออกคำสั่งทางปกครอง ราษฎรก็เกิดสิทธิในการยก อ้าง และฟ้องคดีให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง อันเกิดจากการใช้มาตรการภายในที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นฐานในการออกคำสั่งนั้น ส่วนจะฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการภายในเพื่อป้องกันมิให้นำมาใช้ในกรณีอื่นอีก ต้องพิจารณาว่า มาตรการภายในก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมายหรือไม่ หากมาตรการภายในก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมาย ราษฎรก็มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการเหล่านั้นได้ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แม้มาตรการภายในก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมาย แต่มาตรการภายในที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมถ่ายทอดให้เกิดคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมา หากศาลเห็นว่า มาตรการภายในไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ก็ให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนมาตรการภายในนั้นได้เอง เพราะถือว่าเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนกรณีมาตรการภายในฝ่ายปกครองอื่นใด ที่หลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบ หากมาตรการนั้นมุ่งหมายให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติก็ต้องมีการประกาศโฆษณาให้ทราบโดยทั่วไป อย่างน้อยประกาศให้ทราบ ณ หน่วยงานที่จะนำมาตรการภายในฝ่ายปกครองมาปฏิบัติ

3.2.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นรัฐสวัสดิการ สถาบันทางปกครองโดยเฉพาะส่วนราชการมักจะออกกฎเกณฑ์ แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน คำแนะนำ นโยบายขึ้นมาเอง ซึ่งอยู่นอกเหนือฝ่ายนิติ

บัญญัติ และอยู่เหนือการควบคุมตรวจสอบ แม้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจสร้างกฎเกณฑ์ แนวทางปฏิบัติ นโยบายขึ้นมาเองโดยปริยายเพื่อเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจ ในการตีความกฎหมาย¹³¹

ประเทศอังกฤษมีการออกมาตรการของฝ่ายบริหารในรูปของคำสั่ง กฎข้อบังคับที่สร้างขึ้น โดยรัฐมนตรีจำนวนมาก เพราะกฎเกณฑ์เหล่านี้ สร้างขึ้นเพื่อจัดระเบียบภายในหรือการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของหน่วยราชการ ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของฝ่ายนิติบัญญัติ บางครั้งกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารไม่ได้ออกโดยอาศัยกฎหมายใด เป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารสร้างขึ้นมาเอง เรียกว่า กฎเกณฑ์ของ ฝ่ายปกครองที่ไม่มีสภาพบังคับ¹³² ซึ่งพัฒนาจากแนวปฏิบัติ จากแนวนโยบาย จนไม่มีการควบคุมตรวจสอบ จนมีผู้กล่าวว่า หากที่จะแบ่งหรือจำแนกประเภทกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารของประเทศอังกฤษ บางครั้งรัฐมนตรีออกกฎเกณฑ์ให้เชื่อมโยงกับนโยบาย เป็นแนวทางให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในลักษณะหนังสือเวียน¹³³ สามารถสรุปได้ ดังนี้

1. หนังสือเวียน เป็นแบบเอกสาร ธรรมดาทั่วไปของฝ่ายปกครอง ในการให้คำแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ในต่างจังหวัด หรือองค์กรท้องถิ่นเพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ บางฉบับได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา หากไม่มีการจัดพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา อาจขอรับสำเนาได้จากส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง หนังสือเวียนบางฉบับเป็นเรื่องการกำหนดนโยบาย บางเรื่องเป็นแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นยานพาหนะในการขนส่งให้มีการปฏิบัติการของฝ่ายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามกฎหมาย แต่หนังสือเวียนไม่มีสถานะทางกฎหมายไม่มีอำนาจบังคับใด ๆ เพราะเป็นเพียงการแจ้งเรื่องราว หรืออธิบายวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น หนังสือเวียนให้เรียกเก็บค่าใช้จ่ายจากคนไข้ แต่หนังสือเวียนบางอย่างมีลักษณะเรื่องทาง นิติบัญญัติ เช่น การกำหนดรายละเอียดในการขออนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอต้องปฏิบัติตาม หรือหนังสือเวียนมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ายึดถือครองโรงเรือน หรือคำแถลงการณ์ของรัฐมนตรีวางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับระบบภาษี หรือกำหนดประมวลแนวปฏิบัติในการใช้รถ ใช้ถนน เช่นนี้ ศาลยุติธรรมจะเข้ามาควบคุมการกระทำเสมอ เพราะเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง (Administrative Act)¹³⁴

2. แนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นกฎเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองไม่ได้พิจารณาที่รูปแบบ เช่น กฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับอาจมีรูปแบบเหมือน

¹³¹ P. P. Craig, Administrative Law (London: Sweet & Maxwell, 1983), p. 193-194.

¹³² Robert Baldwin and John Houghton, Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules, Public Law 1986, 239-240.

¹³³ H. W. R. Wade, Constitutional & Administrative Law, (London and New York: Rockledge Taylor & Francis Group, 2009), pp. 744-745.

¹³⁴ H. W. R. Wade, Constitutional & Administrative Law, pp. 745-747.

กฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติ หรือในทางตรงกันข้าม กฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับอาจมีรูปแบบไม่เหมือนกฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติก็ได้ แต่ต้องพิจารณาถึงภาระหน้าที่เป็นสำคัญ ประเทศอังกฤษอาจจำแนกกฎเกณฑ์ได้ถึง 8 ลักษณะ¹³⁵

1) กฎเกณฑ์ที่กำหนดกระบวนการ เป็นหนังสือกำหนดกระบวนการในการออกใบอนุญาตหรือจ่ายเงินที่เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม เช่น หนังสือให้คำแนะนำแก่ประชาชนในการยื่นคำขออนุญาตให้ปฏิบัติ ประมวลแนวปฏิบัติของตำรวจเกี่ยวกับผู้ต้องหาและการจับกุมบุคคล กฎของเรือนจำ

2) หนังสือเวียนที่เป็นการตีความ หนังสือเวียนประเภทนี้ครอบคลุมเอกสารที่เป็นทางการของหน่วยงาน และนโยบายขององค์กร ที่อธิบาย ตีความกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ต้องนำไปใช้ให้เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติ หรือข้อพิจารณาที่ต้องใช้ในเรื่องนั้น ๆ ยังรวมถึงการอ้างไว้ในคำวินิจฉัยด้วย

3) คำชี้แจงแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ หนังสือประเภทนี้มีจุดมุ่งหมายที่ต้องการควบคุมการใช้อำนาจภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพียงมีผลบังคับภายในองค์กรของรัฐเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกและไม่ต้องแจ้งแก่ประชาชน เช่น หนังสือเวียนภายในกรมราชทัณฑ์ หนังสือเวียนของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยถึงผู้กำกับสถานีตำรวจ

4) หนังสือเวียนที่เป็นการอธิบายสรุป ซึ่งเป็นการอธิบายว่าเจ้าหน้าที่ควรจะต้องปฏิบัติอย่างไร และต้องแจ้งให้ประชาชนด้วยว่าจะต้องทำอะไรบ้าง ลักษณะของแนวทางปฏิบัติประเภทนี้คือการวางแนวทางในการปฏิบัติตามกฎหมาย แต่ไม่มีผลเป็นการบังคับตามกฎหมายโดยตรง เช่น ประมวลแนวปฏิบัติเกี่ยวกับทางหลวง หนังสือเวียนประเภทนี้ มีมาตรการบังคับมากกว่ามาตรการบังคับทางแพ่งหรือทางอาญา เช่น มีการลงโทษทางวินัย ประมวลแนวปฏิบัติในการสอบปากคำ การชี้ตัวผู้ต้องหา การแสวงหาพยานหลักฐาน การจับ การค้น เป็นต้น หากไม่ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวก็ถูกลงโทษทางวินัย ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือไม่ก่อให้เกิดการดัดพยานหลักฐาน

5) กฎเกณฑ์ที่เป็นการรับรอง เป็นกฎเกณฑ์รับรองการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง การไม่ปฏิบัติตามจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งอาจมีชื่อเรียกต่าง ๆ กันไม่ว่าข้อบังคับรัฐมนตรี ประมวลแนวปฏิบัติ บันทึกแนวปฏิบัติ กฎระเบียบ เช่น บันทึกแนวปฏิบัติที่ออกโดยกรมการบริหาร สุขภาพและความปลอดภัย แนวทางปฏิบัติเรื่องการให้คุณค่าพยานหลักฐาน การผลักระการพิสูจน์ กฎข้อบังคับในเรื่องพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีแพ่ง เป็นต้น

¹³⁵ Robert Baldwin and John Houghton, Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules, Public Law 1986, PL 239, 240-245.

6) ประมวลแนวทางปฏิบัติในเรื่องธุรกิจ คือ กฎเกณฑ์เรื่องมาตรฐานที่ดี และการปฏิบัติในทางการค้า การโฆษณา การก่อสร้าง การอุตสาหกรรม หากมีการฝ่าฝืนจะต้องถูกสอบสวนโดยกรมการค้า

7) กฎว่าด้วยวิธีปฏิบัติ การจัดการหรือการปฏิบัติ การซึ่งประกอบด้วยการจัดทำโดยองค์กรฝ่ายปกครอง และมีผลในการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างบุคคล อาจเป็นเรื่องการบังคับตามกฎหมายหรือการวางนโยบายใหม่

8) คำปรึกษาหารือและคำแถลงการณ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการวางนโยบายขององค์กร และข้อสังเกตต่าง ๆ

นอกจากการแบ่งประเภทกฎหมายประเภทดังกล่าวข้างต้นแล้ว Alastair R. Mowbray ยังจำแนกประเภทของแนวปฏิบัติได้อีกสามประเภท คือ¹³⁶

1. แนวปฏิบัติเกี่ยวกับนโยบาย เป็นเรื่องแนวปฏิบัติโดยมีจุดมุ่งหมายต่อสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องผลประโยชน์ ครอบคลุมการใช้ดุลพินิจ ข้อกำหนดความประพฤติ

2. แนวปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการ เป็นข้อกำหนดกระบวนการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับประชาชน หรือการติดต่อระหว่างหน่วยงานราชการด้วยกัน เช่น การจ่ายเงิน การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในกรมสรรพากร

3. แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการตีความ แนวการปฏิบัติประเภทนี้ เป็นเรื่องการตีความกฎหมายของ ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งส่วนใหญ่จะได้มีการจัดให้พิมพ์เป็นเอกสาร

เห็นว่า ประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกประเภทหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติไว้เพียงแต่แยกรายละเอียดของกฎหมายในแต่ละประเภทรวม ๆ กันไป ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ ไม่มีสถานะหรือผลทางกฎหมายในตัวเอง และไม่มีอำนาจบังคับเช่นพระราชบัญญัติ ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย เป็นแต่คำแนะนำให้ปฏิบัติเป็นไปตามกฎหมาย ในการออกหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ อยู่ในรูปประมวลเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง ในการควบคุมตรวจสอบ ประเทศอังกฤษไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน เพียงแต่ศาลยุติธรรมตรวจสอบเฉพาะหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติบางกรณีที่มีลักษณะในทางนิติบัญญัติเท่านั้น ไม่ว่าจะพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองต่าง ๆ หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่มีลักษณะดังกล่าว ศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษก็ไม่มีการควบคุมตรวจสอบ เช่น คดีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับคนเข้าเมือง ศาลถือว่า ไม่ใช่กฎหมายแห่งกฎหมาย ไม่ใช่กฎหมายลำดับรอง กฎเกณฑ์เหล่านี้ไม่มี

¹³⁶ Alastair R. Mowbray, *The Parliamentary Commissioner and Administrative Guidance*, Public Law, (Nottingham University, 1987), 570-585.

สภาพบังคับคนที่ฝ่าฝืนก็ไม่มีควมผิด¹³⁷ ประเทศอังกฤษมีการแนะนำและชี้ผ่านหนังสือเวียน (Circulars) หนังสือเวียนเป็นเครื่องมือที่กระทรวงจากส่วนกลางใช้เพื่อผลในการแนะนำ (Advice) และชี้แนะ (Guidance) หน่วยการปกครองท้องถิ่นว่าควรมีแนวปฏิบัติอย่างไรในกิจการที่ตนรับผิดชอบ ซึ่งหนังสือเวียนดังกล่าวมิได้เกิดจากการริเริ่มโดยส่วนกลางแต่เพียงอย่างเดียว แต่ในบางกรณีก็เกิดจากผลการเจรจาต่อรองกับสมาคมการปกครองท้องถิ่น (Local Government Association – L. G. A.) โดยมากหนังสือเวียนดังกล่าวมักจะเป็นการอธิบายถึงแนวปฏิบัติต่าง ๆ ตามกฎหมาย หรือ นโยบายที่รัฐบาลออกมาบังคับใช้กับท้องถิ่น ซึ่งมักจะกระทำโดยกระทรวงที่มีหน้าที่ดูแลหน่วยการปกครองท้องถิ่น ในปัจจุบันได้แก่ สำนักรองนายกรัฐมนตรี – O. D. P. M.¹³⁸

3.2.3 ประเทศไทย¹³⁹

ในการออกคำสั่งทางปกครองของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้มีการนำเอาหนังสือเวียนแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายบริหาร ที่ผู้บังคับบัญชาสั่งผู้ใต้บังคับบัญชามาเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองจำนวนมากและแทบจะทุกเรื่อง ไม่ว่าจะหนังสือเวียน และมาตรการภายในนั้น จะเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการอธิบาย บังคับใช้กฎหมาย หรือกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจ ซึ่งเป็นรายละเอียดกำหนดการปฏิบัติงานภายในกระทรวง กรม หรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเหล่านั้นไม่ได้เป็นกฎหมาย ย่อมจะนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัตินั้นมาใช้เพื่อเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือปฏิบัติการทางปกครองมาใช้บังคับกับราษฎรไม่ได้ เพราะขัดกับหลักนิติรัฐที่ว่า เจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจได้เฉพาะกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น หากมองอีกด้านหนึ่ง คือ ตัวเจ้าหน้าที่ในฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาใช้ตามคำสั่งการของผู้บังคับบัญชา แม้ไม่มีตัวบทกฎหมายให้อำนาจไว้ชัดเจน แต่ถือว่าเป็นอำนาจทั่ว ๆ ไปตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน หากไม่ปฏิบัติตามอาจต้องถูกลงโทษตามกฎหมายเรื่องวินัยของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ ดูเสมือนยอมรับไปในตัวว่าหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ นั้นเป็นกฎหมายเพราะมีผลต่อตัวผู้ใต้บังคับบัญชา ที่อาจถูกลงโทษหากมีการฝ่าฝืน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องศึกษา หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติอันเป็นเรื่องมาตรการภายใน เพื่อเปรียบเทียบกับประเทศต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ตามปัญหาการวิจัย และเสนอแนะประยุกต์ใช้กับประเทศไทยต่อไป

¹³⁷ คดี R. V. Home Secretary ex.p. Mangoo Khon (1980) W.L.R. 569

¹³⁸ ประเทศสหราชอาณาจักร, ปกครองท้องถิ่นสหราชอาณาจักร, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2563, จาก <http://www.local.moi.go.th/document%204.pdf>.

¹³⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, 140-150.

แม้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองถือหลักว่า การกระทำต้องชอบด้วยกฎหมาย มีการกล่าวอ้างว่า การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นอย่างไรที่ศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบ และคำว่ากฎหมายในทางปกครอง คือ อะไร คำว่ากฎหมายจะรวมถึง หลักกฎหมายปกครองทั่วไป และระเบียบแบบแผนของทางราชการ หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองด้วยหรือไม่ ระบบกฎหมายไทยการกำหนดแนวทาง หนังสือเวียนต่าง ๆ ถือว่าเป็นอำนาจโดยทั่วไปของผู้บังคับบัญชา เพื่อให้หน่วยงานระดับรองไปปฏิบัติ แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ชัดเจนก็ตาม บางเรื่องออกเพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามโดยอาศัยกฎหมายแม่บท บางเรื่องอาศัยอำนาจตามการบังคับบัญชา บางเรื่องใช้อำนาจในลักษณะกำกับดูแล ซึ่งมีลักษณะต่าง ๆ ไม่ว่าจะระเบียบ คำสั่ง ข้อบังคับ ประกาศ คำชี้แจง ตัวอย่างเช่น ระเบียบว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ. 2526 คำสั่งสำนักงานกฤษฎีกาเรื่องกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติงานของข้าราชการในตำแหน่งต่าง ๆ ภายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. 2523 ประกาศรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยกำหนดหน่วยงาน และเขตรับผิดชอบพื้นที่ทางปกครอง คำชี้แจงกระทรวงมหาดไทยเกี่ยวกับยกเลิกการห้ามนายจ้างปิดงาน หรือลูกจ้างหยุดงาน หนังสือเวียนสำนักนายกรัฐมนตรีลงโทษผู้ทำงาน นอกจากการจำแนกตามรูปแบบแล้ว อาจจำแนกได้ตามอำนาจหรือที่มา เช่น ออกโดยมีที่มาจากกฎหมายให้อำนาจ ออกโดยมาจากมติคณะรัฐมนตรี ออกโดยอำนาจการบังคับบัญชา ออกโดยอำนาจกำกับดูแล ออกโดยอาศัยความสัมพันธ์พิเศษของบุคคลในองค์กร หรือจำแนกตามจุดมุ่งหมายของบุคคลผู้รับการปฏิบัติ เช่น ข้าราชการในฐานะปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือในฐานะส่วนตัว ประชาชนทั่วไป หรืออาจเป็นการจำแนกตามเนื้อหา เช่น คำสั่ง ระเบียบ แนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบการปฏิบัติงานในองค์กร คำสั่ง ระเบียบ แนวทางปฏิบัติที่วางข้อกำหนดแก่ส่วนราชการต่าง ๆ คำสั่ง ระเบียบ แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิและสถานภาพของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คำสั่ง หนังสือเวียนที่กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ หนังสือเวียนที่กำหนดเรื่องนโยบาย หนังสือเวียนที่เป็นการแจ้งข่าวสาร หนังสือเวียนที่ขอความร่วมมือ คำสั่งมีลักษณะเป็นคำแนะนำหรือ คำชี้แจง ซึ่งการจำแนกทั้งหมดดังกล่าวข้างต้น ก็เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ถึงผลที่ตามมาจากระเบียบ คำสั่ง แนวทางปฏิบัตินั้นมากกว่าเหตุผลอื่น ๆ ซึ่งต้องพิจารณาพร้อม ๆ กัน ตามวัตถุประสงค์ ลักษณะการใช้บังคับตามบทบาทหน้าที่ของฝ่ายปกครอง คือ

1. หนังสือเวียนที่มีลักษณะบังคับ หนังสือเวียนประเภทนี้คล้ายกับลักษณะของบทบัญญัติกฎหมาย ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ให้ปฏิบัติทำให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ กำหนดหลักเกณฑ์การจัดซื้อ จัดจ้าง การจำหน่ายพัสดุ ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามจะถูกลงโทษทางวินัย อาญา หรือต้องรับผิดชอบทางแพ่งควบคู่ไปด้วย ยกตัวอย่าง เช่น

แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาให้สัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ¹⁴⁰ หนังสือเวียนรายชื่อผู้
ทำงาน¹⁴¹ เป็นต้น

2. หนังสือเวียนที่มีลักษณะอธิบาย หรือการตีความถ้อยคำของกฎหมายระดับ
พระราชบัญญัติหรือกฎหมายระดับรอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่มีแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง หรือมีการ
อธิบายข้อกฎหมายต่าง ๆ ให้ประชาชนทราบหรือข้าราชการเข้าใจและปฏิบัติตาม เช่น หนังสือเวียน
อธิบายและตีความหมายของคำว่า เช่านา และตีความว่าระยะเวลาเช่าสิ้นสุดเมื่อใดตาม
พระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2517¹⁴² หนังสือคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนเรื่องการ
ไล่ข้าราชการออกจากราชการ¹⁴³ หนังสือเวียนกำหนดให้นายทะเบียนอาวุธปืนท้องที่อนุญาตให้
บุคคลมีและใช้อาวุธปืนไม่เกินคนละสองกระบอก หรือหนังสือเวียน ห้ามมิให้ออกใบอนุญาตเล่น
การพนันในบางสถานที่ เป็นต้น

3. ระเบียบคำสั่งภายในที่กำหนดแนวปฏิบัติ หรือหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจ เพื่อให้
เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการอนุญาตให้คนต่างด้าวบาง
จำพวก เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษ¹⁴⁴ หนังสือเวียนหลักเกณฑ์วิธีปฏิบัติในการรับเงิน
และการนำเงินส่งคลัง กรณีผู้เสนอราคาซื้อเอกสารจัดซื้อจัดจ้าง ด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์¹⁴⁵

4. คำสั่งหรือระเบียบที่กำหนดเรื่องนโยบาย ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องคณะรัฐมนตรี
รัฐมนตรี กำหนดนโยบายเพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ที่เกี่ยวข้องทั้งราชการ
ส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น เช่น หนังสือชักชวนความเข้าใจเรื่อง ข้อตกลง
คุณธรรม หรือนโยบายและแนวทางการป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง และตัดคุณสมบัติของ
ผู้ยื่นข้อเสนอตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด¹⁴⁶

5. ระเบียบการบริหารงานภายในองค์กร เช่น คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติในการ
อำนวยความสะดวกธรรมชาติทางอาญา การจัดทำสำนวนสอบสวน และมาตรการควบคุมตรวจสอบเร่งรัด

¹⁴⁰ หนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ มท. 0309.1/ว.19113 ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2562

¹⁴¹ หนังสือกระทรวงการคลังที่ กค. 0405.7/ว.86 ลงวันที่ 9 สิงหาคม 2562

¹⁴² หนังสือกรมการปกครอง ด่วนที่สุด ที่ มท. 0307.3/ 4893 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2546

¹⁴³ หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร. 0709.2/ ล 266 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2541

¹⁴⁴ ประกาศกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการอนุญาตให้คนต่างด้าวบางจำพวกเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร
เป็นกรณีพิเศษ ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2562

¹⁴⁵ หนังสือกระทรวงการคลังที่ กค. 0410.3/ว.125 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2561

¹⁴⁶ หนังสือกรมบัญชีกลาง ด่วนที่สุด ที่ กค. (กวจ) 0405.2/ว 54 ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2562

การสอบสวนคดีอาญา¹⁴⁷ หนังสือกระทรวงมหาดไทยการควบคุมสอบสวนคดีป่าไม้และทรัพยากรธรรมชาติอื่น ๆ¹⁴⁸

6. คำอธิบาย แนะนำ ตอบข้อหารือของฝ่ายปกครองต่อผู้เกี่ยวข้องกับการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ เช่น หนังสือตอบข้อหารือการยกเว้นภาษีเงินได้สำหรับดอกเบี้ยเงินกู้ยืม¹⁴⁹ หนังสือตอบข้อหารือขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการอนุญาตขุดดิน และถมดิน¹⁵⁰

7. หนังสืออื่น ๆ เกี่ยวกับการเสนอเรื่องในส่วนราชการด้วยกัน เช่น หนังสือการขอพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์แก่ข้าราชการ¹⁵¹

8. หนังสือเวียนที่เป็นการขอความร่วมมือ เช่น หนังสือเวียนขอความร่วมมือให้ข้าราชการใส่เสื้อผ้าไหมไทยหรือผ้าไทย¹⁵²

เห็นว่า หนังสือเวียนมีหลายลักษณะ ในการควบคุมตรวจสอบศาลปกครองถือหลักว่า จะต้องมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมาย คือ กระทบสิทธิของบุคคลในนิติฐานะ แม้เป็นเพียงมาตรการภายในของทางราชการที่เวียนให้ส่วนราชการต่าง ๆ ทราบ อันมีลักษณะการสั่งการภายในของ ฝ่ายบริหารเองก็ตาม ซึ่งเป็นเพียงแต่เป็นข้อยกเว้นให้นำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งศาลปกครองสามารถตรวจสอบเนื้อหาหนังสือเวียนได้โดยตรวจสอบอยู่ในขอบเขตว่า ข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของการสั่งการนั้นมีความผิดพลาดหรือไม่ หรือมีการกั่นแก้งหรือไม่ ในกรณีหนังสือเวียนไม่ได้ออกโดยการอ้างอิงกฎหมายฉบับใด หากหนังสือเวียนมีลักษณะอ้างอิงกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง กรณีนี้คงไม่มีปัญหาในการตรวจสอบของศาลปกครองมากนัก เนื่องจากศาลปกครองเพียงตรวจสอบว่า หนังสือเวียนมีข้อเท็จจริงสอดคล้องกับกฎหมายแม่บทหรือไม่ หากไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวย่อมหลุดพ้นจากการตรวจสอบ ซึ่งศาลปกครองพยายามตีความว่า หนังสือเวียนมีลักษณะเป็นคำสั่งหรือวินิจฉัยเข้าค้ำนิยามคำสั่งทางปกครองหรือไม่

ส่วนมาตรการภายในอื่น ๆ เช่น หนังสือตอบข้อหารือ คำแนะนำ คำชี้แจง แม้ว่า มาตรการภายในเหล่านี้โดยทั่วไปไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นกฎ แต่หนังสือตอบข้อหารือ คำแนะนำ คำชี้แจง บางกรณีก็กระทบสิทธิของบุคคล เช่น หนังสือตอบข้อหารือเกี่ยวกับการ

¹⁴⁷ คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ สดช. 419/2556 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2556

¹⁴⁸ หนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ มท. 0307.1/ว.0707 ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2558

¹⁴⁹ หนังสือกรมสรรพากรที่ กค. 0702.1/5983 ลงวันที่ 10 สิงหาคม 2554

¹⁵⁰ หนังสือกรมโยธาธิการและผังเมืองที่ มท. 0710.1/ว.3006 ลงวันที่ 18 เมษายน 2551

¹⁵¹ หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร. 0508.2/ว (ท) 7080 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2558

¹⁵² หนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ มท. 0201.2/ว.3675 ลงวันที่ 31 สิงหาคม 2554

เบิกเงินค่าสอนพิเศษที่ไม่ถูกต้องตามระเบียบการจ่ายเงินซึ่งมีผลให้ผู้ขอหรือจะต้องปฏิบัติตาม¹⁵³ สถานะในทางกฎหมาย

ในประเทศไทยนอกจากศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบว่า หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ศาลปกครองยังตรวจสอบว่า ฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละกรณีสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติหรือไม่ด้วย หากแนวทางปฏิบัตินั้นชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่หนึ่ง หากมีการฝ่าฝืนหนังสือเกี่ยวกับการกำหนดขั้นตอนการปฏิบัติงานหรือหนังสือกำหนดเวลาเร่งรัดดำเนินการก็ไม่ทำให้การกระทำนั้นเสียไป เช่น หนังสือกำหนดว่า การฟ้องคดีต้องผ่านความเห็นชอบของอัยการจังหวัด หากมีการฝ่าฝืนฟ้องคดีโดยไม่ผ่านความเห็นชอบจากอัยการจังหวัดการฟ้องคดีก็ไม่เสียไป เพราะอัยการมีหน้าที่ฟ้องคดีอาญาได้เองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁵⁴ หนังสือกรมตำรวจให้อำนาจตำรวจกองปราบปรามจับกุมสอบสวนได้ เมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจ หากมีการฝ่าฝืน การจับกุม สอบสวนก็ไม่เสียไป เพราะตำรวจมีอำนาจจับกุมสอบสวนได้ตามกฎหมาย แม้ไม่ปฏิบัติตามระเบียบก็ตาม¹⁵⁵ แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ผู้ฝ่าฝืนอาจได้รับโทษทางวินัยฐานไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการได้¹⁵⁶ หากหนังสือนั้นออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ในทางกลับกัน ฝ่ายข้าราชการที่ใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนได้เช่นเดียวกัน เพราะหนังสือดังกล่าวกระทบสิทธิแก่ข้าราชการนั้น¹⁵⁷ ส่วนในด้านของราษฎร หากเห็นว่า หนังสือดังกล่าวกระทบสิทธิของตนก็มีสิทธิฟ้องศาลได้อยู่แล้ว ส่วนศาลจะรับฟ้องไว้หรือไม่ ได้กล่าวไว้ในเรื่องการขอให้เพิกถอนหนังสือเวียนข้างต้น ส่วนกรณีที่มีการนำหนังสือเวียน มาเป็นองค์ประกอบในการออกคำสั่งทางปกครอง ก็มีสิทธิของให้ศาลเพิกถอนคำสั่งที่ออกโดยหนังสือเวียนที่ขัดต่อกฎหมายได้ ในทางตรงกันข้าม หากคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะฝ่ายปกครองอ้างหนังสือเวียนที่ไม่ชอบ ประชาชนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ถูกต้องจะอ้างปฏิบัติตามหนังสือเวียนไม่ได้¹⁵⁸ หลักการดังกล่าวสอดคล้องกันทั้งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย ตัวอย่างเช่น นายอำเภอต้องจดทะเบียนสมรสให้กับบุคคลที่ร้องขอ หากเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายจดทะเบียนครอบครัว จะอ้างหนังสือเวียนมาเป็นเหตุในการไม่จดทะเบียนสมรสไม่ได้ ทั้งที่ผู้ยื่นคำขอมีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมาย อีก

¹⁵³ หนังสือกรมบัญชีกลางที่ กค. 0514/4561 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2529

¹⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1440/2493

¹⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 767/2503

¹⁵⁶ กุลพล พลวัน, “บรรณาการแดง”, วารสารอัยการ 9 (97), (มกราคม 2529), 7.

¹⁵⁷ หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร. 0108/10865 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2527

¹⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2520

ทั้ง หนังสือเวียนดังกล่าวมิได้ออกโดยอาศัยกฎหมายฉบับใด ถึงแม้จะได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย หนังสือเวียนนั้นก็ไม่ใช่ข้อบังคับกฎหมาย เพราะขัดกับกฎหมายจดทะเบียนครอบครัวจะใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปไม่ได้¹⁵⁹

กรณีที่สอง หนังสือที่มีลักษณะเป็นข้อบังคับ การฝ่าฝืนย่อมทำให้การกระทำนั้นเสียไปทั้งหมด เช่น หนังสือกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่กระทำผิดทางอาญาหรือถูกควบคุมตัวให้ส่งพนักงานไว้ก่อน ปล่อยหรือปลดออก หากมีการฝ่าฝืนโดยการปลดออกปล่อยก่อน ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบเสียไปทั้งหมด¹⁶⁰ หนังสือเวียนให้ขึ้นบัญชีผู้สอบได้สองปีจึงจะสอบใหม่ได้ หากมีการฝ่าฝืนโดยการยกเลิกบัญชียังไม่ถึงสองปี และสอบใหม่ การกระทำนั้นย่อมเสียไปทั้งหมด¹⁶¹

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง ศาลฎีกาเคยได้วินิจฉัยไว้ในหลายคดีว่า ระเบียบแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน เป็นเรื่องการกำหนดขั้นตอนการปฏิบัติงานภายในฝ่ายบริหาร ไม่ใช่กฎหมาย เพราะไม่ได้เป็นสิ่งรัฐสภาได้ตราขึ้น หรือฝ่ายบริหารได้ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บท เช่น พระราชบัญญัติหรือกฎหมายฉบับใด¹⁶² หลังจากมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว ศาลปกครองเข้ามาตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารมากขึ้น โดยวินิจฉัยว่า มีลักษณะเป็นกฎบ้างเพื่อประโยชน์ในการรับฟ้องคดีของศาล เช่น หนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทยที่ มท.0808.2/ว.2150 ลงวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ.2556 ในการตั้งงบประมาณรายจ่ายและการใช้จ่ายงบประมาณหมวดเงินอุดหนุนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹⁶³ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) ที่ ศธ 0206.4/1024 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 2556 ที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายผู้บริหารสถานศึกษา สังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน¹⁶⁴ หนังสือกรมที่ดินที่ มท.0515./ว.34343 ลงวันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 ที่ชักซ้อมแนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์¹⁶⁵ หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0526.6/ว.22 ลงวันที่ 21 มีนาคม 2543 ที่แจ้งเวียนให้ถือปฏิบัติในการทำสัญญาอนุญาตขยายเวลาเพิ่มเติมกรณีข้าราชการลาไปศึกษา

¹⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2505

¹⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 557/2510

¹⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2106/2505

¹⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446/2501, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 338/2506 , คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1389/2509, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1787/2524, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446/2501

¹⁶³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 785/2560

¹⁶⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 347/2559

¹⁶⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2552

ต่างประเทศ¹⁶⁶ หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่มท. 0501/ว.886 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2521 ที่กำหนดแนวทางในการพิจารณาออกใบอนุญาตอาวุธปืนให้แก่บุคคล¹⁶⁷ หลักเกณฑ์ของสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ที่กำหนดตำแหน่งที่จะแต่งตั้งเพื่อประเมินบุคคลให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น¹⁶⁸ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐานในการชะลอการถ่ายโอนสถานศึกษาให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹⁶⁹ หรือเป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองข้างอันเป็นการไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจบ้าง ซึ่งยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการแบ่งที่แน่นอนชัดเจนว่า ศาลปกครองจะวินิจฉัยไปในแนวทางใด ซึ่งขึ้นกับข้อเท็จจริงที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาลปกครองเป็นรายคดี ตัวอย่างเช่น กระทรวงมหาดไทยออกหนังสือเวียนกำหนดหลักเกณฑ์การเบิกค่าใช้จ่ายการฝึกอบรมและการเดินทางไปราชการจากงบประมาณขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยกำหนดให้เบิกจ่ายได้เฉพาะหลักสูตรที่กรมส่งเสริมปกครองท้องถิ่นเสนอ หรือตามที่ได้ตกลงร่วมหรือ จัดร่วมกันกับกรมส่งเสริมปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นการไม่เปิดโอกาสให้บุคลากรพัฒนาทักษะความรู้ความสามารถของตนเอง กระทบต่อหลักการปกครองตนเองและไม่เป็นประโยชน์กับท้องถิ่น การออกหนังสือเวียนย่อมมีเนื้อหาเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁷⁰ หรือมติคณะรัฐมนตรีที่ ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2550 ให้ผู้ที่เลิกใช้ยาเสพติดเป็นเพียงผู้ป่วย และได้รับสิทธิในการรับราชการเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่มีผลเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเว้นหลักเกณฑ์ของกฎหมาย เกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของการเข้ารับราชการ เป็นแต่เพียงแนวทางปฏิบัติอันเป็นเรื่องภายในเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการจำกัดดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมาย¹⁷¹ หรือคำแนะนำเป็นเพียงความเห็นของเจ้าหน้าที่ ไม่มีลักษณะของการบังคับให้ปฏิบัติตาม จึงไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ไม่มีลักษณะการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ซึ่งแตกต่างกับกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายและเกิดผลทางกฎหมาย¹⁷² แต่เห็นว่าคำแนะนำดังกล่าวเป็นสิทธิตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างหนึ่ง

¹⁶⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 550/2547

¹⁶⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 116/2550

¹⁶⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 129/2550

¹⁶⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 172/2550

¹⁷⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 61/2549

¹⁷¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 869/2561

¹⁷² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. 66/2562

เมื่อเป็นคำแนะนำไม่ถูกต้องมีผู้รับความเสียหายจากคำแนะนำนั้น ศาลปกครองจะรับฟ้องหรือไม่ แม้เป็นสิทธิในขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองก็ตาม

สำหรับการคัดค้านหากไม่มีการตั้งคณะกรรมการสอบสวน ถือว่าเป็นการใช้อำนาจผู้บังคับบัญชาทั่วไป ซึ่งเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง หากการคัดค้านเนื่องจากตั้งคณะกรรมการสอบสวนถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเฉพาะ อันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะต้องให้โอกาสผู้ถูกคัดค้านได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ ที่จะมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ข่อมเป็นคำสั่งไม่ชอบให้เพิกถอน¹⁷³

หนังสือเวียน แนวปฏิบัติที่กล่าวข้างต้น เป็นผูกมัดการทำงานของเจ้าหน้าที่ ทั้งในกระบวนการพิจารณาข้อเท็จจริง กระบวนการพิจารณาข้อกฎหมาย และการพิเคราะห์หาข้อยุติ เช่น จะตีความกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร บางครั้งข่อมเป็นปัญหาในการตัดสินสิทธิในการใช้ดุลพินิจของเจ้าของอำนาจ ในกรณีหนังสือกำหนดวิธีการทำงานสั่งให้ผู้บังคับบัญชาต้องกระทำ และสภาพของหนังสือกำหนดวิธีทำงาน ไม่ได้จำกัดรูปแบบหรือจะเรียกอย่างไรก็ตาม แต่มีผลเป็นอย่างเดียวกันคือผู้บังคับบัญชาต้องนำไปปฏิบัติ ซึ่งบางครั้งเป็นกฎในทางปกครองโดยตรง แต่บางครั้งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลทางอ้อม มีสภาพโน้มน้ำหนักให้มีการใช้ดุลพินิจที่มีผลในการสั่งการไม่มากนักน้อย ซึ่งควรค่าแก่การควบคุมตรวจสอบด้วย

หนังสือเวียน ได้แก่ มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ในการกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการในการปฏิบัติภายในหน่วยงาน ซึ่งมีสองประเภท คือ หนังสือเวียนที่มีลักษณะตีความกฎหมาย อันได้แก่ หนังสือเวียนที่จัดทำขึ้นใช้ภายในหน่วยงานเพื่อขยายความ หรือตีความตัวบทกฎหมายที่ใช้ให้มีความเข้าใจตรงกัน หนังสือเวียนประเภทนี้ไม่ก่อให้เกิดผลต่อบุคคลภายนอก อีกประเภทหนึ่ง คือ หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎหมาย อันได้แก่ หนังสือเวียนที่มีผลเป็นการสร้างหรือก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ที่มีผลทางกฎหมายอย่างแท้จริง เช่น กฎข้อบังคับทั่ว ๆ ไป และหากก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ต่อบุคคลภายนอก หนังสือเวียนประเภทนี้ก็จะมิสภาพเป็นนิติกรรมทางปกครอง สำหรับหนังสือกำหนดแนวทางนั้น ได้แก่ แนวทางที่จัดทำขึ้นโดยผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานในฝ่ายปกครอง เพื่อเป็นแนวทางในการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ว่าควรออกคำสั่งที่มีเนื้อหาสาระอย่างไร หนังสือกำหนดแนวทางอาจมีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับได้หากก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลภายนอก¹⁷⁴

¹⁷³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 12/2562

¹⁷⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น. 359.

สำหรับหนังสือกำหนดวิธีการทำงานมีขั้นตอนรายละเอียดจำนวนมาก เช่น กรณีผู้บังคับบัญชา รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี กำหนดแนวทางให้ผู้รับผิดชอบต้องปฏิบัติ เช่น กรมการปกครองกำหนดแนวทางให้นายทะเบียนปฏิบัติในออกบัตรประชาชน เพิ่มชื่อบุคคลเข้ามาในทะเบียนบ้าน แฉ่งย้ายบุคคลออก หรือย้ายเข้า ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนด้วย บ่อยครั้งที่มีการนำเอามาตรการภายในเป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองแล้วก่อให้เกิดความเสียหาย แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าหนังสือเวียน หนังสือกำหนดแนวทางปฏิบัติ หากมีการอ้างอิงเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง ก็ควรให้มีการโต้แย้งคัดค้านได้โดยตรง เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเหล่านั้น เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534 กำหนดว่า บรรดากฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน หรือการตีความกฎหมาย ตีความกฎ ตีความระเบียบ ตีความข้อบังคับที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยไว้ บรรดาที่มีผลเป็นการทั่วไปสำหรับใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา หรือสั่งการ ตามคำขอของประชาชน ให้ส่วนราชการที่เป็นผู้ออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง ต้องมีการดำเนินการประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้ดำเนินการรวบรวมเอกสารดังกล่าวไว้ ณ หน่วยงานที่รับขอ เพื่อให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องตรวจสอบได้ ส่วนกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน หรือการตีความกฎหมาย ตีความกฎ ตีความระเบียบ ตีความข้อบังคับที่ไม่ต้องลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ให้ส่วนราชการจัดทำเป็นรูปเล่ม เก็บรักษาไว้ในสถานที่ที่จำเป็น และสะดวกในการให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องตรวจสอบได้ แม้จะมีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว แต่ก็ไม่ได้ถือปฏิบัติหรือให้ความสำคัญของส่วนราชการแต่อย่างใด การถือปฏิบัติหรือให้ความสำคัญเผยแพร่อย่างจริงจัง ย่อมทำให้ประชาชนเข้าใจและเตรียมตัวได้ว่า เจ้าหน้าที่ที่จะปฏิบัติต่อตนเองอย่างไรเป็นการวางแผนการณ์ของตนเองได้ล่วงหน้า เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ สำหรับประเทศไทย หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติภายในผูกพันฝ่ายปกครองด้วยกัน แต่ไม่ผูกพันศาล¹⁷⁵

การปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติ คล้ายกับอำนาจผูกพันดังกล่าวแล้วในหัวข้อหลักการใช้ดุลพินิจของบทที่ 2 ซึ่งเป็นอำนาจบังคับไว้เป็นการล่วงหน้าว่า หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามเนื้อความในแนวทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องมีคำสั่งและจะต้องสั่งอย่างไร เสมือนการปฏิบัติหน้าที่ตามแนวปฏิบัตินั่นเอง ซึ่งบอกให้เห็นความแตกต่างกับอำนาจดุลพินิจ หรือแม้แต่การใช้อำนาจดุลพินิจก็อาจมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันได้ อันแสดงให้เห็นถึงความมีเอกภาพของฝ่ายปกครอง เห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างแนวทางปฏิบัติกับผู้ปฏิบัติ เป็นความสัมพันธ์พิเศษในฐานะองค์กรกับสมาชิกในองค์กร ที่ผู้แทนองค์กรกำหนดให้สมาชิกต้องปฏิบัติ ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน แม้จะไม่

¹⁷⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, น. 140.

เครื่องคิดเหมือนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกับประชาชนทั่วไป เพียงแต่ไม่กระทำการขัดกับหลักกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เท่านั้น ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะ เสมือนเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่โดยไม่ได้รับการมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้ง ไม่ใช่กฎเกณฑ์ที่แท้เพราะไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายใด ตามหลักการบ่อเกิดของกฎหมาย ในการควบคุมตรวจสอบจึงมุ่งไปที่ในการใช้อำนาจดังกล่าวข้างต้น ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งโดยอ้างอิงแนวทางปฏิบัติหรือไม่เพียงใด และจะควบคุมตรวจสอบแค่ไหน อย่างไร หากไม่มีการควบคุมตรวจสอบ ย่อมขัดต่อหลักการปกครองตามประชาธิปไตยในการแบ่งแยกอำนาจ ที่ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายตุลาการสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้เฉพาะที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดหรือฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายให้ออกกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม นอกจากที่กล่าวข้างต้น ในการใช้อำนาจตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ ของศาลปกครองจะต้องพิจารณาจะต้องคำนึงถึงหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในอันจะพิจารณาเงื่อนไขของการตรวจสอบ ทั้งเงื่อนไขเป็นเหตุรับฟ้องคดีตามมาตรา 9 และเงื่อนไขผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายตามมาตรา 42 สรุปในภาพรวมที่กล่าวมาทั้งหมดของประเทศต่าง ๆ ดังนี้

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะป็นหนังสือเวียน หรือแนวทางปฏิบัติลักษณะใด ซึ่งศาลปกครองในสภาแห่งรัฐ จะตรวจสอบเฉพาะหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ ที่มีผลเป็นการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม หากเป็นหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ ที่ไม่มีผลเป็นการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม ศาลจะตรวจสอบเฉพาะหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องวิธีการตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ถ้าศาลเห็นว่า หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติเป็นการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เพิกถอนหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่วางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมนั้น แต่หากเป็นหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ ที่ไม่มีผลเป็นการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม ศาลจะตรวจสอบและวินิจฉัยว่า หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ นั้น ฝ่ายปกครองนำมาเป็นเหตุในการทำคำสั่งทางปกครอง และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือไม่ หากอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง ศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

ประเทศอังกฤษ มีการฟ้องร้องความชอบด้วยกฎหมายของแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่นใด ศาลยุติธรรมมีอำนาจยกเลิกเพิกถอนแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่น เช่นหนังสือหรือไม่ว่าจะออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดหรือไม่ เพราะ

แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่นดังกล่าว อาจไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมายในตัว
ของมันเอง แต่อาจมีผลในทางกฎหมาย หากแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่น ออก
โดยอาศัยกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ศาลจะตรวจสอบไปถึงกว่า แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน
มาตรการภายในอื่นออกชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หากแนวทาง
ปฏิบัติ หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่น ออกชอบด้วยกฎหมายแต่ผู้รับแนวทางปฏิบัติ
หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่น ไม่ปฏิบัติตาม หากทำคำสั่งทางปกครองไป คำสั่งทางปกครองนั้น
ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ซึ่งประเด็นนี้ไม่มีปัญหาในการควบคุมตรวจสอบแต่อย่างใด ในกรณี
ที่ราษฎรกล่าวอ้างว่า ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามหนังสือเวียน ศาลถือว่า ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพัน
กับแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่นนั้น จะใช้ดุลพินิจในการนำมาตรการอื่นที่
แตกต่างจากแนวทางปฏิบัติมาใช้ เพราะย่อมได้รับการคาดหวังจากราษฎรว่า ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติ
ตามหนังสือเวียน มาตรการภายในอื่นที่ตนเองออกมา หากยอมปล่อยให้มีการกระทำที่ขัดกับ
แนวทางปฏิบัติ การกระทำของฝ่ายปกครองขาดความแน่นอน ราษฎรย่อมไม่อาจจะวางแผนการ
ดำเนินชีวิตตามความคาดหวังนั้นได้ ในการตรวจสอบ โดยศาลมีเงื่อนไขเพียงประการเดียว คือ
แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่นนั้น จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหน้าที่ตามกฎหมาย
ระดับพระราชบัญญัติ

สำหรับประเทศไทย แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน มีผลเป็นในการบริหารงานภายใน
องค์กรฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ซึ่งมีผลโดยตรงต่อตัวเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ต้องนำแนวทางปฏิบัติ
หนังสือเวียน มาปฏิบัติบางกรณีมีผลต่อราษฎรด้วย บางกรณีมีผลโดยตรง กล่าวคือ หนังสือเวียน
และแนวทางปฏิบัติระบุให้มีผลกระทบโดยตรง บางกรณีมีผลกระทบโดยอ้อม กล่าวคือ ฝ่าย
ปกครองอ้างหนังสือเวียนมาเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง หากศาลตัดสินพิทักษ์การฟ้องคดี
ว่า หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาจากรูปแบบอย่าง
เดียว เพราะรูปแบบไม่อาจเป็นเครื่องบ่งชี้เนื้อหาสาระได้ หากศาลไม่ได้วินิจฉัยของเนื้อหาแห่งคดี
ด้วย หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ ย่อมหลุดพ้นจากการถูกตรวจสอบใด ๆ เลย เนื่องจากใน
ปัจจุบันหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ ไม่มีการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน หากมีการ
นำหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ มาเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะฝ่ายปกครอง
อ้างไว้เป็นเหตุผลหรือเป็นองค์ประกอบในการตัดสินใจออกคำสั่งหรือไม่ ศาลปกครองควร
ตรวจสอบว่า หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยนำ
แนวทางการตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติของฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางประยุกต์ใช้ แม้ศาล
ปกครองจะไม่เข้ามาตรวจสอบ แต่เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเจ้าหน้าที่ที่รับ
เอาแนวทางปฏิบัติมาดำเนินการ ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองจะต้องมี และใน

การตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองต้องมาพิจารณาว่า แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียนมีสิ่งใดเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ หากมีสิ่งใดเพิ่มเติม ต้องตรวจสอบว่า สิ่งที่เพิ่มเติมสอดคล้องกับกฎหมายหรือไม่ เช่น เจตนารมณ์ของกฎหมาย หากแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียนเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจ ผู้ตรวจสอบนอกจากตรวจสอบว่า แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียนสอดคล้องกับกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ นั้น เหมาะสมกับคำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกหรือไม่

หากพิจารณาบทบาทของแนวทางปฏิบัติย่อมพิจารณาได้สองสถานะ คือ สถานะเป็นปัจจัยหนึ่งที่ฝ่ายปกครองจะต้องเอามาประกอบการพิจารณา ประกอบการใช้ดุลพินิจของตนในกรณีเฉพาะเรื่องแต่ฝ่ายปกครองจะให้น้ำหนักกับแนวทางปฏิบัติเป็นพิเศษกว่าปัจจัยอื่น ๆ ไม่ได้ ซึ่งหมายความว่า แม้ฝ่ายปกครองมีแนวทางปฏิบัติแล้ว ในทางตรงกันข้ามหากฝ่ายปกครองจะไม่ปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติ ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงว่า มีเหตุผลพิเศษเพียงพอในการจะใช้ดุลพินิจปฏิบัติแตกต่างไปจากแนวปฏิบัตินั้น โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการร้องขอจากรายรฐ¹⁷⁶ อีกสถานะหนึ่ง ฝ่ายปกครองจะต้องให้น้ำหนักหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติมากกว่าปัจจัยอื่น ๆ หมายความว่า ถ้าจะให้ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติโดยอ้างว่า มีเหตุผลพิเศษเบี่ยงเบนอันเป็นข้อยกเว้น เป็นหน้าที่ของรายรฐต้องกล่าวอ้างขึ้นมาเท่านั้น ข้อเท็จจริงใดที่รายรฐไม่กล่าวอ้างฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องพิจารณา¹⁷⁷ แม้ว่าทั้งสองสถานะมีความแตกต่างกัน จะสถานะใดมีความเหมาะสมนั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี หากให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามสถานะที่หนึ่ง ฝ่ายปกครองก็ไม่ต้องแจ้งหนังสือเวียนให้ประชาชนรับทราบ ซึ่งอาจไม่ตรงกับข้อเท็จจริงก็ได้ เพราะรายรฐไม่มีโอกาสโต้แย้ง หากฝ่ายปกครองปฏิบัติตามสถานะที่สอง แม้จะมีโอกาสพิจารณาตรงกับข้อเท็จจริงมากขึ้น เพราะรายรฐมีโอกาสดำเนินการก่อน ฝ่ายปกครองจะพิจารณา แต่หนังสือเวียนไม่มีการแจ้งให้ประชาชนทราบก่อนการปฏิบัติตนเอง ดังนั้น ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะปฏิบัติตามสถานะใด ย่อมมีจุดดีจุดเสียเสมอ แต่สิ่งที่แน่นอนที่สุด ฝ่ายปกครองจะอ้างหนังสือเวียนแนวทางปฏิบัติหรือไม่ก็ตาม ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละกรณีอย่างรอบด้านก่อนเสมอ

ดังนั้น การตรวจสอบของศาลปกครอง ต้องมีลักษณะเป็นกฎ มีลักษณะเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ของกฎหมาย มีลักษณะคำสั่งทางปกครอง มีลักษณะกระทบสถานภาพทางกฎหมายของบุคคล แต่ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติในประเทศไทย ส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นการฟ้องตัวคำสั่งทางปกครอง ที่มีผลกระทบต่อสิทธิบุคคลนั้น โดยตรงเสียมากกว่าที่จะเป็นการฟ้องร้อง

¹⁷⁶ คดี R. V. Rotherham Licensing Justice ex.p. Chapman (1939) 1 All E. R. 712.

¹⁷⁷ คดี British Oxygen Co. Ltd. V. Minister of Technology (House of Lords) (1971) A. C. 610.

ตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติหรือมาตรการภายในอื่น ๆ โดยตรง และหลายกรณีที่ไม่สามารถฟ้องตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติหรือมาตรการภายในอื่น ๆ ได้ ต้องรอให้มีการออกคำสั่งทางปกครองกระหนาบสิทธิก่อน และในการพิจารณาชี้ขาดของศาลปกครอง มักจะสั่งการเกี่ยวกับผลของตัวคำสั่งทางปกครองนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ไม่ได้สั่งการถึงตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือมาตรการภายในอื่น ๆ ที่เป็นที่มาของตัวคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คำพิพากษาจึงไม่มีผลต่อตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือมาตรการภายในอื่น ๆ เป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองสามารถนำตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือมาตรการภายในอื่น ๆ มาเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองได้อีก เพราะยังมีตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือมาตรการภายในอื่น ๆ อยู่ หากบุคคลใดไม่ต้องการผูกพันกับตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือมาตรการภายในอื่น ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องฟ้องคดีเป็นกรณีๆ ไป ย่อมกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะศาลจะตรวจสอบเฉพาะมีการฟ้องคดีเท่านั้น ส่วนที่ไม่มีการฟ้องคดีก็ต้องรับตามคำวินิจฉัยนั้น อันเป็นการกระทำขัดต่อความเสมอภาคอย่างยิ่ง อีกทั้งเนื่องจากตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติหรือมาตรการภายในอื่น ๆ ในปัจจุบัน ไม่มีกลไกใด ในการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน เว้นแต่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกเสียเอง ซึ่งหากศาลปกครองไม่เพิกถอนตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติหรือมาตรการภายในอื่น ๆ นั้น ศาลปกครองควรตั้งข้อสังเกตในคำพิพากษา ให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไปยกเลิกหรือเพิกถอนเอง เพื่อให้การควบคุมตรวจสอบตัวหนังสือเวียน มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการปฏิบัติงานภายในฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

จากที่ได้สรุปข้างต้น จะเห็นความเหมือนและความแตกต่างในการควบคุมตรวจสอบตัวหนังสือเวียนแนวทางปฏิบัติอย่างน้อยสองประการ กล่าวคือ ทั้งประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย ไม่มีการควบคุมตรวจสอบตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง ส่วนการตรวจสอบตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง ทั้งประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทยมีการควบคุมตรวจสอบตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ แต่มีความแตกต่างโดยมีนัยยะสำคัญ กล่าวคือประเทศอังกฤษให้มีการฟ้องร้องความชอบด้วยกฎหมายของแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน มาตรการภายในอื่นต่อศาลยุติธรรมได้ เพราะแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียนดังกล่าว แม้ไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมายในตัวของมันเอง แต่อาจมีผลในทางกฎหมาย และศาลยุติธรรมจะตรวจสอบไปถึงว่า แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน ออกชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หากแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน ออกชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้รับแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน ไม่ปฏิบัติตามและมีการออกคำสั่งทางปกครองไป คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ส่วนศาลปกครองในสาธารณรัฐ

ฝรั่งเศสพยายามพัฒนาการตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติเพราะเป็นมาตรการแทรกแซงการใช้อำนาจตามกฎหมาย ของหน่วยงานหรือองค์กรในระดับที่ต่ำกว่า หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่จะนำมาฟ้องได้ จะต้องมีลักษณะเป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัย ก็จะต้องเป็นนิติกรรมที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลทางกฎหมาย หรือมีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ อันสอดคล้องกับการตรวจสอบของศาลปกครองไทย

3.3 องค์กรที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองของต่างประเทศและประเทศไทย

การจัดให้มีการปฏิบัตินิติราชการที่ดี เริ่มตั้งแต่การป้องกันย่อมดีกว่าการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้นแล้ว การปฏิบัตินิติราชการที่ดีที่เป็นขั้นตอนการเตรียมการก่อนที่จะมีผลต่อราษฎรนั้นมีอยู่หลายรูปแบบ เช่น การมีองค์กรที่ปรึกษา อันเป็นการควบคุมตรวจสอบในรูปแบบขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง ส่วนการปรึกษาหารือ การไต่สวนสาธารณะ และการรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย เป็นการควบคุม โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วม สำหรับการควบคุมตรวจสอบ โดยการแสดงเหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการ และการให้ประชาชนรับรู้และเข้าใจถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการ เป็นการควบคุมในลักษณะเปิดเผยสร้างความโปร่งใส

ระบบกฎหมายไทยหลายฉบับได้มอบอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง และมอบอำนาจในการดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองให้แก่องค์กรภายในฝ่ายปกครอง ก่อนถึงองค์กรพิจารณาชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครอง ในรูปของคณะกรรมการต่าง ๆ ซึ่งคณะกรรมการบางคณะ กฎหมายมอบอำนาจและหน้าที่หลายประการ ไม่ว่าชี้ขาดข้อพิพาท เสนอความเห็น ชี้แนะ ให้คำปรึกษา รวมทั้ง วางนโยบาย เป็นต้น ซึ่งพิจารณาได้จากกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้น และการพิจารณาในรูปแบบคณะกรรมการ มีกระบวนการตัดสินใจผ่านการปรึกษาหารือหรือแลกเปลี่ยนความคิดเห็นจากบุคคลหลายฝ่าย โดยมติของบุคคลส่วนใหญ่ จึงเป็นองค์ที่มีหลักประกันความยุติธรรมมากกว่า การมอบอำนาจให้แก่บุคคลใดแต่ฝ่ายเดียวอันอาจเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทย ได้รับแนวทางมาจากองค์กรในรูปแบบคณะกรรมการมาจากต่างประเทศ คือ สภากรรมการของสหราชอาณาจักร (Council on Tribunals) แต่เมื่อนำมาใช้ในประเทศไทยก็เป็นแนวทางที่ดีระดับหนึ่ง แต่ก็ยังมีปัญหาและช่องว่างที่ไม่สามารถปฏิบัติงานให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวหลายประการ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องนำแนวทางของประเทศอื่น ๆ มาปรับใช้ แก้ไข ปรับปรุงให้ตรงและเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ดังนี้

3.3.1 องค์กรที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองของต่างประเทศ

การเมืององค์กรในรูปแบบคณะกรรมการ โดยอยู่นอกเหนือหน่วยงานเดียวกัน เป็นมาตรการป้องกันความบกพร่องในการปฏิบัติราชการให้เกิดความรอบคอบ เพราะการทบทวนโดยเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเดียวกันเป็นเรื่องที่หวังผลได้น้อย บางกรณีเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ทำตามระเบียบ กฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติหรือคำสั่งของหน่วยงานตามที่กล่าวแล้วในหัวข้อ 3.2 จึงไม่อยู่ในฐานะที่จะแก้ไขอะไรได้ ยิ่งถ้าเป็นเรื่องทรัพย์สิน ค่าใช้จ่ายหรือค่าสินไหมทดแทนด้วยแล้ว ย่อมยิ่งยากที่จะให้เจ้าหน้าที่ทบทวนแก้ไขข้อบกพร่องนั้น การตั้งองค์กรที่ปรึกษาก็เป็นการควบคุมตรวจสอบอีกรูปแบบหนึ่ง ที่มีความเป็นกลางและอิสระจากหน่วยงาน โดยในต่างประเทศมีองค์กรที่ปรึกษาที่เรียกชื่อต่าง ๆ กัน เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีสภาแห่งรัฐ(Conseil d'Etat) ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาก่อนรัฐบาลจะกระทำการใด เช่น การตรากฎหมาย หรือการกระทำการใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับรัฐบาล หรือประเทศอังกฤษ มีสภากรรมการ (Council on Tribunals) เป็นองค์กรคอยให้คำแนะนำ ตรวจสอบ แก้ไขความบกพร่อง จากกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองกับราษฎร อันเป็นกลไกเยียวยาความบกพร่องในการปฏิบัติราชการที่รวดเร็ว ประหยัด ไม่มีแบบพิธีที่ยุ่งยากซับซ้อน¹⁷⁸ หรือราชอาณาจักรสวีเดน มีออมบุดสแมน (Ombudsman) เพื่อควบคุมตรวจสอบเสนอแนะ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ

การเมืององค์กรที่ปรึกษาดังกล่าว เพื่อจะทำให้การเยียวยาความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ราชการให้มีประสิทธิภาพขึ้น โดยเฉพาะถ้าองค์กรที่ปรึกษานั้นน่าเชื่อถือ และเป็นอิสระ ดังนั้น จำเป็นที่จะต้องศึกษาองค์กรควบคุมตรวจสอบในต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้กับองค์กรควบคุมตรวจสอบภายในของประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.3.1.1 สภาคณะกรรมการ (Council on Tribunals) ของสหราชอาณาจักร ที่มาของสภาคณะกรรมการ¹⁷⁹

สภาคณะกรรมการมีต้นกำเนิดในสหราชอาณาจักร จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเป็นองค์กรอิสระในการเยียวยาแก้ไขความบกพร่องของการปฏิบัติราชการ มีอำนาจเยียวยาข้อบกพร่องเกิดจากฝ่ายปกครองกับราษฎร ในการพิจารณาของสภากรรมการไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการ

¹⁷⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รูปแบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น. 92.

¹⁷⁹ ชาลชัช แสงวงศ์, กฎหมายมหาชนในต่างประเทศและของไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), น. 101-107.

พิจารณาไว้แต่ต้องยึดหลักทั่วไปคือ เปิดเผย เป็นกลาง และเป็นธรรม¹⁸⁰ โดยสภากรรมการเป็นองค์กรที่มุ่งจะเยียวยาความบกพร่องในเนื้อหาให้คำปรึกษา เพื่อควบคุมการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองต่าง ๆ ซึ่งมีอยู่หลายพันคณะ คณะ ทั้ง Tribunals ส่วนกลางมีเขตอำนาจทั่วประเทศ Tribunals ที่มีเขตอำนาจพิจารณาเฉพาะในเขตหนึ่งเท่านั้น และ Tribunals ที่มีเขตอำนาจพิจารณาเฉพาะในท้องถิ่น ที่ทำหน้าที่เฉพาะด้าน ตามความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขานั้น เช่น การสาธารณสุข คมนาคม ทหาร การเกษตร อุตสาหกรรม ภาษี เคหะ ผังเมือง เป็นต้น โดยรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องจะแต่งตั้งบุคคลขึ้นเป็นกรรมการ กรรมการมีลักษณะวินิจฉัยชี้ขาดที่มีระบบการจัดการอยู่นอกศาลยุติธรรม และไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องใช้กระบวนการวิธีพิจารณา เช่นเดียวกับศาล หลักการวินิจฉัยจะยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 คือ หลักฟังความสองฝ่าย หลักปราศจากอคติหรือปราศจากส่วนได้เสีย สามารถนำแนวนโยบายของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้น หรือปัจจัยที่กำหนดไว้เป็นพิเศษมาประกอบการพิจารณาด้วย สถานภาพขององค์กรไม่ได้สังกัดอยู่ในระบบของศาลยุติธรรม แต่เป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีอิสระจากการปกครองบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร เพียงแต่คำวินิจฉัยอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลยุติธรรม¹⁸¹

สภากรรมการของสหราชอาณาจักรนั้นจัดตั้งจากพระราชบัญญัติคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและการไต่สวน ค.ศ. 1958 (Tribunals and Inquiries Act 1958) และแก้ไขถึงปัจจุบันในปี ค.ศ. 1992¹⁸² ซึ่งมีหน้าที่ให้คำแนะนำ ปรึกษา กำหนดกระบวนการพิจารณา และควบคุมดูแลการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Tribunals) ในคณะต่าง ๆ แต่เมื่อมีการจัดตั้งสภากรรมการขึ้นแล้วก็เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเพราะแต่ละ Tribunals มีลักษณะ ประเภท ของข้อพิพาท รวมถึงเขตอำนาจ มาตรฐานและวิธีการทำงานที่แตกต่างกัน จึงมีการตั้ง Tribunals for Users One Sytem, One Service เป็นระบบเดียวโดยขึ้นตรงต่อ Lord Chancellor เพื่อแก้ไขปัญหาและอุปสรรคของ Tribunals ดังกล่าว¹⁸³ โดยมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อ

¹⁸⁰ จรัญ ภักดีธนากุล, การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษวันรพี 32, (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2532), น. 58. และนวพรพล ไชยศิริ, คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองในสหราชอาณาจักร, วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ, (ตุลาคม 2552), น. 243-244.

¹⁸¹ จรัญ ภักดีธนากุล, “การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองของอังกฤษ,” ดุลพาหะ 37, (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2533), น. 98.

¹⁸² กาญจนา โนนทวงศ์, ปัญหาวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 43.

¹⁸³ Tribunals for Users One Sytem, One Service, Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Leggatt, March 2001.

พิพาททางปกครองเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ต่อมา มีการโอน Tribunals บางคณะมาอยู่ในการพิจารณาของ Tribunals Service ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ และมีการจัดโครงสร้างเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขั้นต้น และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขั้นสูง กรณีที่มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขั้นต้น ระหว่างคณะกรรมการมีการโอนกรรมการระหว่างองค์คณะได้ เพื่อความยืดหยุ่น และมีประสิทธิภาพเป็นไปตามความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ในด้านการทบทวนคำวินิจฉัย คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทสามารถทบทวนคำวินิจฉัยของตนเองได้ตลอดเวลา ไม่ว่าจะเพิกถอนคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือให้เหตุผลเพิ่มเติมสนับสนุนคำวินิจฉัย¹⁸⁴ สำหรับสภาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง (Council on Tribunals) ในปัจจุบันมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างเป็น Administrative Justice and Tribunal Council (A. J. T. C.) คณะกรรมการประกอบด้วยสมาชิก 10-15 ได้รับการแต่งตั้งจาก Lord Chancellor รัฐมนตรีของสกอตแลนด์ และเวลส์ (Between ten and fifteen members who were appointed by the Lord Chancellor, the Scottish Ministers and the Welsh Ministers) โดยทำหน้าที่คณะกรรมการบริหารของสภาอังกฤษ เป็นคณะกรรมการออมบุดสแมนในสกอตแลนด์และเวลส์ (The Parliamentary Commissioner for Administration; The Scottish Public Services Ombudsman Scottish Members of the Council)¹⁸⁵ โดยมีการกำหนดขอบเขตการทำงานให้กว้างขึ้น เพื่อควบคุมดูแลการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ให้มีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับความเที่ยงธรรม รับผิดชอบและมีประสิทธิภาพตามหลักการของ Administrative Justice and Tribunal Council (AJTC) ดังกล่าว¹⁸⁶ เป็นการกำกับดูแลความสัมพันธ์ระหว่างศาลทั้งหลาย ระหว่างคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยกัน ผู้ตรวจการของรัฐสภา (Ombudsmen) มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกตามความต้องการของประชาชน รวมทั้งมีบทบาทในการให้คำปรึกษาแก่ประธานคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง ตลอดจนการให้คำปรึกษาแนะนำในการจัดโครงสร้าง และลักษณะการปฏิบัติงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง รวมทั้งทำหน้าที่สอบสวนและรายงานผลการร้องเรียนต่าง ๆ และทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ในบางเรื่อง เช่น ภาษี ประกันสังคม ที่ดิน ข้อมูลข่าวสารอีกด้วย บทบาทดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร จนกลายเป็นการออกพระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญในเวลา

¹⁸⁴ รัชดาพร นิ่มพงษ์ศักดิ์, การปฏิรูประบบการศาลของประเทศอังกฤษ: จาก House of Lords ผู้ Supreme Court of the United Kingdom, วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ, (ตุลาคม 2552), น. 250-267.

¹⁸⁵ Administrative Justice and Tribunals Council, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มกราคม 2562, จาก https://en.wikipedia.org/wiki/Administrative_Justice_and_Tribunals_Council#cite_note-1

¹⁸⁶ Ministry of Justice, Administration of Justice and Tribunals: A Strategies Work Programme 2013-2016, (December, 2012), 9.

ต่อมา เพื่อยืนยันบทบาทดังกล่าว ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นการสากลในระบบกฎหมายที่เป็นต้นแบบของ Common Law¹⁸⁷ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงจัดให้มีระบบการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว จึงเป็นการรวมเอาข้อดีข้อระบบกฎหมายระหว่าง Civil Law และ Common Law ให้เกิดความสมดุลและพัฒนากฎหมายปกครองในอนาคต

3.3.1.2 สถาบัน Médiateur ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

รัฐที่ให้ความสำคัญกับหลักนิติรัฐอย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะให้ความสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แม้ว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมี Conseil d'État ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองในสภาแห่งรัฐก็ตาม เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบไม่อาจผูกขาดโดยองค์กรใดเพียงองค์กรหนึ่งเท่านั้น และสภาแห่งรัฐที่ทำหน้าที่เป็นศาลปกครอง ก็ไม่มีอำนาจตรวจสอบฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่อง ศาลปกครองจึงไม่สามารถที่จะปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างทั่วถึง เพราะบางเรื่องศาลปกครองไม่มีอำนาจ หรือกล่าวได้ว่า ไม่มีผู้ใดสามารถนำเรื่องราวต่าง ๆ มาให้ศาลปกครองตรวจสอบได้ทุกกรณี และบางครั้งกระบวนการพิจารณาในศาลใช้เวลานานไม่ทันต่อเหตุการณ์ที่จะแก้ไขความเดือดร้อนเฉพาะหน้า¹⁸⁸

จากเหตุผลดังกล่าว สาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงออกรัฐบัญญัติจัดตั้งสถาบัน Médiateur ขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1973 ในที่นี้จะกล่าวถึง เฉพาะสถานะ โครงสร้าง และขั้นตอน เนื้อหาในการควบคุมฝ่ายบริหารของสถาบัน Médiateur เท่านั้น

ประการที่หนึ่ง สถานะของสถาบัน Médiateur คือ หลักประกันความอิสระและอำนาจหน้าที่ ส่วนที่หนึ่ง หลักประกันความอิสระ

หลักประกันความอิสระของสถาบัน Médiateur พิจารณาได้จากการแต่งตั้ง ความมั่นคงในการดำรงตำแหน่ง และการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ บุคคลที่ดำรงตำแหน่งในสถาบัน Médiateur ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี¹⁸⁹ คล้ายกับ Paliamentary Commissioner for Administration ของประเทศอังกฤษ เห็นว่า ได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหาร คือความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเหมือนคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละหกปี ไม่อาจได้รับการแต่งตั้งได้อีก เมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว Médiateur เป็น

¹⁸⁷ Timothy. Endicott, Administrative Law, 3 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), p.443-480.

¹⁸⁸ สุริรัตน์ พิทยาภรณ์, สถาบัน Médiateur ของฝรั่งเศส, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 18 (4), (ธันวาคม 2531), 104-110.

¹⁸⁹ รัฐบัญญัติจัดตั้งสถาบัน Médiateur (La Loi l'Institution Médiateur 1973, version Modifié e 1978)

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง¹⁹⁰ ซึ่งเป็นผลให้การกระทำใด ๆ ของ Médiateur อยู่ในการตรวจสอบของ Conseil d'État ด้วย แต่การปฏิบัติหน้าที่ของ Médiateur ไม่อยู่ภายใต้บังคับใด ๆ จากรัฐบาล¹⁹¹ เห็นว่า ย่อมเป็นหลักประกันความอิสระจากฝ่ายบริหารดีกว่าคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง นอกจากการประกันความอิสระในการแต่งตั้งดังกล่าวแล้ว Médiateur ยังมีข้อห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองใด หลังจากที่ได้ดำรงตำแหน่งแล้ว เช่น สมัชกรสมาชิกสภาเทศบาล สมัชกรสมาชิกสภาจังหวัด¹⁹² Médiateur มีวาระเดียวหกปี เห็นว่า Médiateur มีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งที่ยาวนาน สามารถเป็นหลักประกันความมั่นคงในการปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นอย่างดี ส่วนการปฏิบัติหน้าที่ของ Médiateur ไม่อาจถูกจับกุม กักขัง หรือถูกตัดสินใด ๆ โดยคำพิพากษาได้ เนื่องจากการเสนอความเห็น หรือการกระทำใด ๆ จากการปฏิบัติหน้าที่¹⁹³ เห็นว่า Médiateur สามารถกระทำการใด ๆ โดยไม่ต้องเกรงกลัว หรือความมีกำลังในการทำหน้าที่การงาน ย่อมเป็นการคุ้มครองตัวเจ้าหน้าที่ได้เป็นอย่างดี แต่ในการคุ้มครองดังกล่าวมีข้อเสีย คือ เป็นการคุ้มครองเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่ง Médiateur ไม่อาจคุ้มครองเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ช่วยเหลือ Médiateur ได้ เนื่องจาก เจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ช่วยเหลือ เป็นผู้ถูกยึดความปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการจากหน่วยงานอื่นมาปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว ทางแก้ คือ บัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองกับเจ้าหน้าที่ผู้ช่วยเหลือด้วย

ส่วนที่สอง อำนาจหน้าที่

Médiateur มีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างประชาชนกับหน่วยงานของรัฐ หน่วยท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ รวมถึงองค์กรเอกชนที่ทำงานในการบริการสาธารณะที่ไม่ชอบ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ค่าเช่า บกพร่องต่าง ๆ ยกเว้น การปฏิบัติงานของรัฐสภาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ¹⁹⁴ แต่จากรายงานการปฏิบัติงานประจำปีของ Médiateur ได้รับเรื่องราวร้องทุกข์จากการปฏิบัติงานของศาลด้วยทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรมแต่อยู่ในขอบเขตจำกัด¹⁹⁵ และห้ามมิให้พิจารณาเรื่องใด ๆ ที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว¹⁹⁶ เห็นว่า อำนาจหน้าที่ของ Médiateur มีขอบเขตที่กว้างขวาง แม้จะจำกัดอำนาจให้พิจารณาระหว่างรัฐกับประชาชนที่อยู่ภายใต้ปกครองเท่านั้น แต่ในกรณีหากเจ้าหน้าที่ พ้นจากหน้าที่แล้วก็รับเรื่องพิจารณาได้

¹⁹⁰ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1981

¹⁹¹ รัฐบัญญัติจัดตั้งสถาบัน Médiateur ฉบับเดียวกัน Article 1

¹⁹² Ibid. Article 4 and Article 5

¹⁹³ Ibid. Article 3

¹⁹⁴ Ibid. Article 6 and Article 8

¹⁹⁵ M. Garant, De la Protection du Citoyen Québécois au Médiateur. A .J. D. A. 1973, p. 240.

¹⁹⁶ รัฐบัญญัติจัดตั้งสถาบัน Médiateur ฉบับเดียวกัน Article 11

ประการที่สอง ขั้นตอนในการควบคุมฝ่ายบริหารของสถาบัน Médiateur

สำหรับขั้นตอนในการควบคุมตรวจสอบ โดยใช้วิธีการร้องทุกข์ ผู้ที่ร้องทุกข์ได้ต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หากผู้ร้องทุกข์เป็นนิติบุคคลก็ต้องให้บุคคลธรรมดาเป็นผู้ทำการแทนการร้องทุกข์ผ่านการกลั่นกรองก่อนจะส่งมาให้ Médiateur เมื่อได้มีการร้องทุกข์แล้ว ขั้นตอนต่อมาเริ่มทำการสอบสวนโดยเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องให้ความร่วมมือตามที่กฎหมายระบุ ตั้งแต่รัฐมนตรีลงมาถึงเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ หากมีการฝ่าฝืน Médiateur มีอำนาจประกาศให้สาธารณชนรับทราบได้¹⁹⁷ เห็นว่า ในการร้องทุกข์ต่อ Médiateur นั้น จะต้องร้องทุกข์ผ่านสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเพื่อกลั่นกรองก่อน อาจมองได้ว่าเป็นเรื่องดี ช่วยลดปริมาณเรื่องร้องทุกข์ และให้สมาชิกสภาทราบก่อนในฐานะตัวแทนประชาชน แต่ก็มีข้อจำกัด Médiateur มีอำนาจสอบสวนได้เฉพาะเรื่องที่ผ่านมาผ่านการกลั่นกรองจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา เท่านั้น Médiateur ไม่อาจหยิบยกเรื่องขึ้นสอบสวนพิจารณาได้เอง ทำให้ความทุกข์ร้อนของประชาชนล่าช้า หรือไม่อาจได้รับการพิจารณาได้ ส่วนกรณีเมื่อ Médiateur รับเรื่องเพื่อสอบสวนพิจารณาแล้ว หากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องไม่ให้ความร่วมมือ Médiateur มีมาตรการพิมพ์โฆษณาความไม่ร่วมมือให้มหาชนรับทราบอันเป็นการลงโทษทางสังคมอย่างหนึ่ง

เมื่อ Médiateur ทำการสอบสวนแล้ว Médiateur ไม่มีอำนาจในการตัดสินหรือเพิกถอนการกระทำใด ๆ ของฝ่ายบริหาร สามารถทำได้เพียงประการเดียว คือ ทำข้อเสนอแนะ เพื่อเสนอให้หน่วยงานที่ถูกร้องทุกข์ทำการแก้ไขข้อบกพร่อง โดยส่งให้รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบทำการแก้ไขข้อบกพร่องต่อไป¹⁹⁸ เห็นว่า รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบไม่ได้ถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามคำแนะนำ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อ Médiateur ได้มีข้อเสนอแนะแล้ว รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องรายงานต่อ Médiateur ว่า ได้จัดการเรื่องนั้นอย่างไร หากไม่มีการรายงานผลให้ทราบ Médiateur สามารถนำเรื่องนั้นรวมถึงการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือการไม่รายงานผลของรัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ นำเผยแพร่ตีพิมพ์ให้สาธารณชนและเสนอประมุขของประเทศรับทราบได้ ส่วนเจ้าหน้าที่ที่ส่งเรื่องฟ้องศาลในฐานะกระทำผิดวินัยต่อไป¹⁹⁹

เห็นว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสจัดตั้ง Médiateur แม้จะมีสภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองแล้ว แต่เนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรห่างเหินกันมากขึ้น เนื่องจากรัฐมีภารกิจเพิ่มขึ้น เพราะระบบราชการไม่สามารถตอบสนองความต้องการของราษฎรแต่ละคนได้ จึง

¹⁹⁷ Ibid., Article 12

¹⁹⁸ Ibid., Médiateur Article 9

¹⁹⁹ รัฐบัญญัติจัดตั้งสถาบัน Médiateur ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1978 Article 10

ต้องการให้ Médiateur เป็นองค์กรกลางระหว่างราชการกับราษฎร และยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อปฏิรูประบบราชการ ให้มีความยืดหยุ่นและมีมนุษยธรรมมากขึ้น Médiateur เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง เพราะได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหารและมีอำนาจเต็มในการจัดการสำนักงาน และเลือกผู้ร่วมงาน โดยปกติจะยืมตัวข้าราชการจากหน่วยงานต่าง ๆ โดยจัดตั้งผู้ประสานงานขึ้นในระหว่างหน่วยงานแต่ละจังหวัด หน้าที่ของ Médiateur คือ การรับเรื่องร้องเรียนจากราษฎรผู้ได้รับความเดือดร้อนการจากปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ ยกเว้นศาล รัฐสภา องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานอื่นที่มีหน้าที่ในการบริการสาธารณะ เช่น ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนเรื่องความผิดพลาดล่าช้า บกพร่อง ไม่เสมอภาค ไร่มนุษยธรรม หรือเรื่องอื่นในลักษณะทำนองเดียวกัน ซึ่งก่อความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ราษฎร เช่นเรื่องค่าน้ำประปา สาธารณสุข การคมนาคม เป็นต้น แต่หากเป็นเรื่องระหว่างองค์กรของรัฐกับเจ้าหน้าที่ไม่อยู่ในอำนาจของ Médiateur

งานการสอบสวนเรื่องร้องเรียนต้องมาจากราษฎรจะริเริ่มเองไม่ได้ ในการสอบสวน Médiateur มีอำนาจเข้าถึงเอกสารต่างๆ ของหน่วยงานของรัฐ และเรียกผู้บังคับบัญชาเจ้าหน้าที่มาสอบปากคำได้ ซึ่งได้รับความร่วมมือจากหน่วยงานต่าง ๆ โดยผู้ประสานงานที่ Médiateur แต่งตั้งขึ้น เป็นกลไกสำคัญ เมื่อสอบสวนเสร็จ Médiateur จะแนะนำให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเยียวยาแก้ไข ซึ่งส่วนใหญ่จะปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตาม Médiateur อาจนำผลการสอบสวนเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ นอกจากนี้ Médiateur อาจเป็นผู้ช่วยเหลืองานในกระบวนการยุติธรรม โดยมีอำนาจส่งคำบังคับในคดีเพื่อให้หน่วยงานปฏิบัติได้

กล่าวโดยสรุป แม้สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีศาลปกครองอยู่แล้ว ก็ยังมีสถาบัน Médiateur คอยควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการบริการสาธารณะ ไม่ว่าเรื่องความมิชอบ ข้อบกพร่อง ความล่าช้าต่าง ๆ นอกเหนือจากขั้นตอนต่างหากจากการตรวจสอบจากศาลปกครอง อันเป็นการควบคุมตรวจสอบหลายองค์กร และกว้างขวางขึ้น เมื่อสถาบัน Médiateur เข้ามาควบคุมตรวจสอบแล้ว แม้ในผลสุดท้าย สถาบัน Médiateur จะมีเพียงอำนาจทำข้อเสนอแนะ อาจมองว่า ไม่มีผลผูกมัดต่อการตัดสินใจของสถาบัน Médiateur ให้ต้องปฏิบัติตาม แต่เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติจัดตั้งสถาบัน Médiateur เมื่อปี ค.ศ. 1978 ความเห็นของสถาบัน Médiateur ย่อมมีผลต่อตัวเจ้าหน้าที่ไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง กล่าวคือ หากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ ให้สถาบัน Médiateur กำหนดเวลาต้องปฏิบัติต่อหน่วยงานนั้นอีกครั้งหนึ่ง หากไม่มีการปฏิบัติอีก นอกจากมีอำนาจตีพิมพ์เผยแพร่ และรายงานประธานาธิบดีทราบแล้ว สามารถดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนนั้นฟ้องศาลที่มีอำนาจต่อไป อันเป็นสภาพบังคับอย่างหนึ่ง ซึ่งหากนำรูปแบบดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทย จะต้องประยุกต์ให้เหมาะสมกับบริบทของ

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทย ไม่ว่าจะโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และสภาพบังคับต่าง ๆ

3.3.1.3 คณะกรรมการออมبودสแมน (Ombudsman) ของราชอาณาจักรสวีเดน²⁰⁰

ออมبودสแมนตรงกับภาษาอังกฤษว่า Ombudsman เป็นองค์กรที่มีรูปแบบเชี่ยวชาญความบกพร่องในการปฏิบัติราชการในงานของรัฐทุกประเภท ไม่เฉพาะการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หมายถึง การปฏิบัติหน้าที่ไม่ยึดหยุ่น หยาบคาย เกียจคร้าน ไร้มนุษยธรรมด้วย

1. ที่มาของออมبودสแมน

ถือกำเนิดในราชอาณาจักรสวีเดน เมื่อ ค.ศ. 1809 ซึ่งถือเป็นต้นฉบับที่ได้นำไปประยุกต์ใช้ในประเทศต่าง ๆ หลายประเทศ เช่น ประเทศฟินแลนด์ ประเทศเดนมาร์ก ประเทศนอร์เวย์ ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศอังกฤษ ประเทศอิสราเอล สาธารณรัฐฝรั่งเศส ฯลฯ เหตุผลที่ประเทศสวีเดนมีออมبودสแมน เนื่องจาก ข้าราชการมีความรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว ผู้บังคับบัญชาในแต่ละลำดับชั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขององค์กรระดับที่ต่ำกว่า²⁰¹ การอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์กรระดับล่างไปยังองค์กรระดับสูงย่อมได้ผลดี เพราะแนวโน้มการเข้าข้างเจ้าหน้าที่องค์กรระดับต่ำกว่าจึงมีน้อยกว่าประเทศอื่น ๆ ที่ต้องการพัฒนาให้มีการควบคุมการปฏิบัติราชการโดยออมبودสแมน

2. ภารกิจของออมبودสแมน

มีอำนาจตรวจตรากิจกรรมของรัฐบาลทั้งหมด ราชการทุกส่วน รวมถึงเจ้าหน้าที่ ลูกจ้างในหน่วยงานราชการ รวมถึงเอกชนที่ได้รับมอบหมายงานจากรัฐบาลด้วย การตรวจตรารวมถึงตรวจตราความชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นกลาง ภาวะวิสัยในการปฏิบัติราชการ รวมถึงดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ แต่ละคนด้วย เพราะราชอาณาจักรสวีเดนมีระบบการปฏิบัติราชการเป็นการเฉพาะตัว

3. วิธีการเชี่ยวชาญความบกพร่อง

เริ่มตั้งแต่การสอบสวนจากคำร้องเรียนหรือเริ่มจากตัวคณะกรรมการเอง เพราะทุกคนมีสิทธิที่จะร้องเรียนไม่ว่าจะเป็นชาวสวีเดนหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นหรือไม่ แต่มีคณะกรรมการออมبودสแมนไม่ผูกพันจะต้องสอบสวนทุกคำร้อง การสอบสวนอาจเรียกบุคคลมาชี้แจง เรียกเอกสารต่าง ๆ เมื่อการสอบสวนเสร็จแล้วคณะกรรมการก็มีความเห็นว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่มีความผิดพลาด บกพร่องอย่างไร และเปิดเผยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบและ

²⁰⁰ มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์, “สถาบัน Ombudsman: ศึกษาเปรียบเทียบและแนวทางในการจัดตั้งในประเทศไทย,” (ปริชญานุมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), 30-84.

²⁰¹ John Whyatt, The Citizen and the Administration: The Redress of Grievances, A Report by Justice, (London: Steven, 1961), p. 34

ดำเนินการทางวินัย ส่วนคดีอาญามีสิทธิที่ร้องขอต่อศาลได้ในเรื่องการละเลยต่อหน้าที่ รวมถึงแจ้งข้อเท็จจริงให้สาธารณชนทราบ ซึ่งเห็นได้ว่า ผลการสอบสวนไม่ได้ก่อให้เกิดการเสียหายผู้ร้องเรียนโดยตรง ดังเช่นการอุทธรณ์ซึ่งจะมีผลเป็นการแก้ไขเสียหายข้อบกพร่องนั้นโดยตรง แต่มีผลในแง่การป้องปราม ในการถูกดำเนินคดีจากออมบุดสแมน และหากออมบุดสแมน พบข้อบกพร่องในตัวบทกฎหมายก็สามารถเสนอแนะต่อรัฐสภา หรือรัฐบาล โดยตรงเพื่อให้มีการแก้ไขได้ ออมบุดสแมนมีหน้าที่ต้องจัดทำรายงานประจำปีเสนอรัฐสภาว่า ได้ใช้อำนาจตัดสินใจเจ้าหน้าที่กระทำการไม่ถูกต้อง การดำเนินการทางวินัย มีการส่งเรื่องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องฟ้องคดี รวมถึงความเห็นในการตีความบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งศาลและเจ้าหน้าที่ใช้บังคับแตกต่างกันแม้ความเห็นจะไม่ผูกพันผู้ใดก็ตาม แต่ต้องนำรายงานประจำปีไปเผยแพร่ทางสื่อมวลชน เช่น กรณีสายการบินเชิญข้าราชการไปเที่ยวโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายและข้าราชการคนดังกล่าว มีหน้าที่ควบคุมสายการบินตามหน้าที่ราชการนั้นอยู่ด้วย ออมบุดสแมนเห็นว่า การกระทำของข้าราชการรายดังกล่าว เป็นที่เสื่อมเสียความเชื่อถือต่อสาธารณชนต่องานในหน้าที่ แม้ข้าราชการผู้นั้นจะได้รับอนุญาตให้ไปท่องเที่ยวจากผู้บังคับบัญชาก็ตาม และถือว่าผู้บังคับบัญชาที่อนุญาตละเลยหน้าที่ในฐานะหัวหน้าหน่วยงาน ทั้งสองถูกดำเนินคดีอาญาและถูกลงโทษปรับ

โครงสร้างออมบุดสแมน ได้รับแต่งตั้งจากรัฐสภาจำนวน 4 คน โดยคนหนึ่งเป็นหัวหน้ามีหน้าที่ เป็นผู้รับผิดชอบประสานงานและจัดการในสำนักงาน ออมบุดสแมนแต่ละคนจะถูกกำหนดอำนาจหน้าที่ ให้กำกับดูแลราชการเฉพาะส่วน แยกจากกันโดยคู่มือปฏิบัติงาน การจัดทำคู่มือการปฏิบัติงานเป็นหน้าที่ของหัวหน้าออมบุดสแมน โดยปรึกษารือกับผู้แทนของรัฐสภา คู่มือการปฏิบัติงานกำหนดให้หัวหน้า ออมบุดสแมน รับผิดชอบเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร การบังคับคดี ราชการพลเรือนทั่วไป ส่วนอีกสามคนรับผิดชอบกระบวนการยุติธรรมคือศาล อัยการ ราชทัณฑ์ ตำรวจ การปกครอง ราชการส่วนท้องถิ่น ราชการทหาร สวัสดิการและการศึกษา สำนักงานของออมบุดสแมน เป็นหน่วยงานสังกัดรัฐสภา ประเทศอื่นๆ นำรูปแบบของออมบุดสแมน ในราชอาณาจักรสวีเดนไปประยุกต์ใช้ บ้างก็ยังคงเรียก ออมบุดสแมนเช่นเดิมแต่ประยุกต์ในเนื้อหา เช่น ประเทศเดนมาร์ก ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศฟินแลนด์ ประเทศนอร์เวย์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศอิสราเอลนำไปใช้ในกิจการทางทหาร ประเทศแคนาดาจัดตั้งออมบุดสแมนในระดับมณฑล Quebec เรียกว่า ผู้ตรวจการมณฑล

ประเทศที่เปลี่ยนทั้งชื่อเรียกและประยุกต์ใช้ทางเนื้อหาแล้วแต่ความเหมาะสมกับประเทศนั้น ๆ เช่น ประเทศอังกฤษจัดตั้ง Paliamentary Commissioner for Administration (P. C. A.) และจัดตั้ง Health Service Commissioner, จัดตั้ง Local Commissioner ทั้งนี้ เพื่อตรวจราชการที่อยู่นอกเหนืออำนาจของ Paliamentary Commissioner for Administration ประเทศโปรตุเกสจัดตั้ง

Provedor de Justica (ผู้ส่งเสริมความยุติธรรม) ประเทศออสเตรเลียจัดตั้ง People Advocate (ทนายประชาชน) ประเทศอิตาลีจัดตั้ง Defonsori Civic (ผู้พิทักษ์สิทธิพลเมือง) ประเทศสเปนจัดตั้ง Citizen Protector (ผู้พิทักษ์ราษฎร) สาธารณรัฐฝรั่งเศสแม้มีศาลปกครองอยู่แล้วก็ได้จัดตั้งสถาบัน Médiateur

ประเทศเดนมาร์ก เป็นต้นแบบของออมبودสแมนสมัยใหม่ แต่ก็ยังคงใช้รูปแบบของอมبودสแมน ราชาอาณาจักรสวีเดนซึ่งเป็นต้นแบบ เพียงประยุกต์ใช้ในอำนาจหน้าที่บางเรื่อง กล่าวคือ ออมبودสแมน มีอำนาจตรวจตราการปฏิบัติราชการทั้งฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน รวมถึงดูแลตรวจสอบราชการส่วนท้องถิ่นด้วย แต่มีข้อจำกัด คือ ต้องไม่ใช่เรื่องของสภาท้องถิ่นและไม่ใช่เรื่องที่ท้องถิ่นตรวจสอบยุติแล้ว โดยมีเงื่อนไขว่า เรื่องที่ตรวจตรานั้นต้องเป็นเรื่องที่ราชการส่วนกลาง มีอำนาจตรวจสอบท้องถิ่นด้วย การตรวจตรานี้ครอบคลุมถึงเรื่องปฏิบัติหน้าที่ผิดวัตถุประสงค์ ลำเอียง ไร้เหตุผล และละเลยต่อหน้าที่ ซึ่งอมبودสแมนสามารถใช้ดุลยพินิจที่จะดำเนินวิจาร์ณได้ อย่างกว้างขวาง ถ้าหากพบว่า มีการกระทำผิดวินัย หรืออาจร้องขอให้หน่วยงานดำเนินการได้ แต่ในทางปฏิบัติอมبودสแมน ส่วนใหญ่จะดำเนินวิจาร์ณ เสนอแนะแนวทางเยียวยาซึ่งจะได้รับการปฏิบัติตาม ส่วนในกรณีที่พบว่ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติท้องถิ่นบกพร่อง ก็จะแจ้งรัฐสภา รัฐบาล ราชการส่วนท้องถิ่นดำเนินการแก้ไข

ส่วนในประเทศนิวซีแลนด์ ออมبودสแมนมีหน้าที่สอบสวนเกี่ยวกับคำวินิจฉัย ข้อเสนอแนะ การกระทำหรือการไม่กระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปกครอง ที่กระทำโดยส่วนราชการ หรือองค์กรใด ๆ ที่ระบุไว้ท้ายบัญญัติพระราชบัญญัติ อำนาจของอมبودสแมน ไม่รวมถึงฝ่ายการเมือง ได้แก่ ผู้สำเร็จราชการ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี รัฐสภา สภาท้องถิ่น และศาล ยกเว้นเจ้าหน้าที่ศาล กองทัพ ที่ปรึกษากฎหมาย การกระทำของกลุ่มวิชาชีพที่ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง ปรัชญาของอมبودสแมน ในนิวซีแลนด์คือ องค์กรสาธารณะต้องกระทำมากกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้ และต้องปฏิบัติเรื่องความเสมอภาค ความบริสุทธิ์ยุติธรรมมากกว่าภาคเอกชน ถ้าผลการสอบสวนปรากฏว่า การกระทำของราชการไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะความชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่สมเหตุผล ก็เสนอเรื่องไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาและแก้ไขเยียวยา หากไม่ได้ผลอมبودสแมน รายงานต่อรัฐมนตรี หรือสภา แต่ในทางปฏิบัติได้รับการเยียวยาจากหน่วยงานเป็นอย่างดี

ประเทศอังกฤษ จัดตั้ง Paliamentary Commissioner for Administrative (P. C. A.) เนื่องจากประเทศอังกฤษปฏิเสธข้อเสนอในการนำเอาระบบศาลปกครองอย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศส คณะกรรมการ นักกฎหมายระหว่างประเทศ จึงได้เสนอในการจัดตั้งอมبودสแมน แต่ก็ได้รับการปฏิเสธจากรัฐบาลในขณะนั้น ในเวลาต่อมารัฐสภาได้ออกกฎหมายที่เรียกว่า Paliamentary

Commissioner For Administration (P. C. A.) ซึ่งไม่ได้นำแนวทางของออมบุคคลแมนมาใช้โดยตรง แต่นำมาขยายการควบคุมโดยให้รัฐสภาควบคุมตามประเพณีดั้งเดิมให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น P. C. A. มาจากการแต่งตั้งจากพระราชินี ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี อยู่ในตำแหน่งจนกว่าอายุครบ 65 ปี อำนาจหน้าที่ของ P. C. A. คือดำเนินการสอบสวนเกี่ยวกับความไม่ยุติธรรม ที่เกิดจาก Maladministration เช่น ความไม่เป็นกลาง ล่าช้า ความประมาทเลินเล่อ หย่อนสมรรถภาพ ไม่ใช่กฎหมายอย่างจริงจัง ใช้อำนาจตามอำเภอใจ แข็งกระด้าง ปฏิบัติต่อราษฎรไม่เหมาะสม ซึ่งเป็นเรื่องวิธีการทำงานของเจ้าหน้าที่ ต่อมามีการจัดตั้ง Health Service Commissioner สำหรับกิจการสาธารณสุข และจัดตั้ง Local Commissioner สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น P. C. A. ไม่อาจสอบสวนได้ด้วยตนเอง ยกเว้นมีการร้องเรียน โดยราษฎรว่า เจ้าหน้าที่รัฐไม่รับเรื่องร้องเรียน และการร้องเรียนนั้นต้องไม่ใช่เรื่องการค้าเงินคดโกง อาญา การอภัยโทษ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การบริหารงานบุคคลของพลเรือนและทหาร การให้เครื่องราชอิสริยาภรณ์ เมื่อมีการสอบสวนเสร็จ P. C. A. จะรายงานให้สภาผู้แทนราษฎรทราบเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชน

3.3.2 องค์การที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองของประเทศไทย

ประเทศไทยมีรูปแบบขององค์กรที่ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองหลากหลาย โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับต่าง ๆ หลายระดับ และหลายฉบับในการจัดตั้ง ตั้งแต่กฎหมายสูงสุด คือ รัฐธรรมนูญ ได้แก่ องค์กรอิสระที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่ควบคุม ดูแล ให้คำปรึกษา เสนอแนะในการปฏิบัติราชการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน มีหน้าที่ เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่สร้างความเดือดร้อน ความไม่เป็นธรรม เป็นภาระแก่ประชาชน โดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัติอยู่นอกเหนือหน้าที่²⁰² รวมถึงการควบคุมตรวจสอบ ในกรณีคำสั่งทางปกครองใดมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย วิธีการควบคุมตรวจสอบ โดยการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลปกครองพิจารณา โดยไม่ชักช้า²⁰³ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีหน้าที่ ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือเสนอแนะ ในการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินของแผ่นดิน รวมถึงการควบคุมตรวจสอบในการออกคำสั่งทางปกครองลงโทษเจ้าหน้าที่ผู้กระทำผิด ตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และหากผู้ถูกลงโทษจะอุทธรณ์คำสั่งก็ให้มีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดตรวจสอบต่อไปได้²⁰⁴ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน มีหน้าที่เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมต่อหน่วยงานที่

²⁰² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 230

²⁰³ รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มาตรา 231

²⁰⁴ รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มาตรา 240

เกี่ยวข้อง ในการป้องกัน แก้ไข และเยียวยาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมถึงความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย และเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไข คำสั่งนั้นให้สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน²⁰⁵ เป็นต้น เห็นว่า การมีองค์กรควบคุม ที่ปรึกษาคอยควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครอง ให้ถูกต้อง เหมาะสม โดยให้อำนาจองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เริ่มตั้งแต่ผู้ตรวจการแผ่นดิน มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองแทบทุกเรื่อง ทั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่เหมาะสม สำหรับคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ก็มีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบวินัยการใช้จ่ายเงินของแผ่นดิน ส่วนคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ก็มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบขององค์กรอิสระ ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น มีวิธีการควบคุมตรวจสอบหลายวิธี ไม่ว่าจะเสนอแนะ วางมาตรการแนวทาง ให้แก้ไขข้อบกพร่อง อันมีลักษณะคล้ายกับองค์กรที่ปรึกษา ตามลักษณะอำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระนั้น ๆ นอกจากนี้ องค์กรอิสระก็มีอำนาจส่งเรื่องให้ศาลปกครองตรวจสอบอีกชั้นหนึ่ง หากหน่วยงานทางปกครองไม่ปฏิบัติตามอันเป็นการควบคุมตรวจสอบในสองระดับ

ในการจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาตามกฎหมายลำดับรอง ที่ออกโดยอาศัยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ส่วนใหญ่จะตั้งอยู่ในรูปแบบสภาและคณะกรรมการ ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง ทั้งในรูปแบบคณะกรรมการทางปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครอง

ในการจัดองค์กรที่ปรึกษาฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ในการให้ความเห็น เสนอแนะ แนวทางแก่องค์กรฝ่ายปกครอง ในรูปแบบของคณะกรรมการทางปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองด้วย เช่น คณะกรรมการควบคุมอาคาร มีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบ หรือให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่น ในการก่อสร้าง ดัดแปลง ซ่อมแซม เคลื่อนย้ายหรือรื้อถอนอาคาร เป็นการควบคุมตรวจสอบให้เกิดผลในเชิงป้องกันและแก้ไข ช่วยมิให้เกิด ข้อพิพาทระหว่างเจ้าพนักงานท้องถิ่นกับประชาชน²⁰⁶ คณะกรรมการชุดดินและถมดิน มีหน้าที่ให้คำปรึกษา และวินิจฉัยเกี่ยวกับการชุดดินถมดิน ในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น²⁰⁷ หรือคณะกรรมการอื่น ๆ เช่น คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ คณะกรรมการควบคุมมรยาทประกอบ

²⁰⁵ รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มาตรา 247

²⁰⁶ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 14

²⁰⁷ พระราชบัญญัติชุดดินและถมดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 11

วิชาชีพ คณะกรรมการข้าราชการประเภทต่าง ๆ เป็นต้น มีอำนาจทั้งให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ และวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ ในลักษณะเดียวกับคณะกรรมการดังกล่าวข้างต้น

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นในการศึกษาคณะกรรมการในทางปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองคณะต่าง ๆ ของประเทศไทย โดยใช้หลักการจัดองค์กรและกรรมการบริหารโดยทั่วไป เช่น คณะกรรมการนโยบาย คณะกรรมการที่ปรึกษา คณะกรรมการบริหาร คณะกรรมการปฏิบัติการ และหลักการแยกองค์กรตามเนื้อหาของกฎหมาย²⁰⁸ ไม่ว่าคณะกรรมการทำหน้าที่ปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งคณะกรรมการในชุดหนึ่งๆ มีการนำหลักการจัดองค์กรทั้งสองวิธีมาใช้ร่วมกัน การจัดองค์กรดังกล่าวประเทศอังกฤษเรียกว่า Administrative Tribunal Statutory สหรัฐอเมริกาเรียกว่า Tribunals Administrative Agencies สาธารณรัฐฝรั่งเศสเรียกว่า Specialized Administrative Jurisdictions ส่วนประเทศไทยเรียกว่า คณะกรรมการทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจกฎหมายระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น และมีหน้าที่หลายประการ เป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่จัดตั้งคณะกรรมการนั้น เช่น

1. คณะกรรมการทำหน้าที่ปกครอง ซึ่งสามารถแบ่งงานได้หลายประเภทคือ 1) งานนโยบาย โดยมีหน้าที่วางนโยบายให้องค์กรนำไปปฏิบัติเป็นการทั่วไป ส่วนมากเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูง เช่น รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี หรือเจ้าหน้าที่ที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่อยู่ในระดับที่กล่าวข้างต้น เนื่องจากบุคคลเหล่านี้มีความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ในการดำเนินงานด้านบริหาร 2) งานที่ปรึกษา เป็นงานในลักษณะที่ต้องให้ความเห็น ข้อเสนอแนะต่อผู้มีอำนาจตัดสินใจขององค์กรนั้น จึงเป็นงานที่ต้องการบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์เฉพาะใกล้เคียงกับงานด้านนโยบาย เช่น ข้าราชการ และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือเรื่องทั่วไป เช่น ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านแรงงาน การแพทย์ ทางกฎหมาย การประกันสังคม เป็นต้น 3) งานบริหาร เป็นงานที่ใช้อำนาจตัดสินใจในการดำเนินงานขององค์กร เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จัดตั้งองค์กร เช่น คณะกรรมการวิชาชีพ เช่น แพทยสภา สภานายความ 4) งานปฏิบัติการ เป็นคณะกรรมการในระดับผู้ปฏิบัติ เพราะเป็นผู้ดำเนินงานภายใต้ นโยบาย คำสั่ง ระเบียบ แบบแผน กฎหมายที่ใช้บังคับกับงานนั้น ๆ ซึ่งแยกย่อยได้อีก คือ งานปฏิบัติการภายในเป็นการดำเนินงานระหว่างหน่วยงานรัฐด้วยกันเอง เช่น หนังสือเวียน คำแนะนำของส่วนราชการต่าง ๆ กับงานปฏิบัติด้านสั่งการที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของประชาชนเฉพาะเรื่องเฉพาะราย

²⁰⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กองหลักนิติบัญญัติ, "หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย," บทความทางวิชาการ จุฬานิติ, (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2560), น. 31-32.

จากการจำแนกลักษณะคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ทางปกครองที่กล่าวข้างต้น ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดจำนวนคณะกรรมการตามความจำเป็น ซึ่งโดยปกติคณะกรรมการงานด้านนโยบาย มักจะเป็นกรรมการดำเนินงานให้คำปรึกษาด้วย ส่วนอำนาจในทางด้านบริหารมีขอบเขตกว้าง เป็นการสั่งการ อนุญาต อนุมัติ หรือมอบหมายงาน ให้กลุ่มคณะกรรมการวิชาชีพซึ่งมีความชำนาญเฉพาะด้าน งานด้านบริหารเป็นกิจการภายในที่ค่อนข้างเป็นอิสระ สามารถตัดสินใจดำเนินการต่าง ๆ ในองค์กรได้ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ส่วนงานด้านปฏิบัติการ จะเป็นงานดำเนินการภายหลังงานนโยบายและงานบริหารได้เกิดขึ้นแล้ว เห็นว่าคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ทางปกครอง มีงานปะปนกัน เช่น กรรมการบางคณะมีหน้าที่ทั้งกำหนดนโยบายและปฏิบัติการ บางคณะทำหน้าที่ทั้งที่ปรึกษาและกำหนดนโยบายและบางครั้งเป็นคณะกรรมการปฏิบัติการด้วย เห็นว่า หากพิจารณาจากหน้าที่ของคณะกรรมการทางปกครองไม่ว่าจะทำหน้าที่งานนโยบาย งานที่ปรึกษา งานบริหาร หรืองานปฏิบัติการ ส่วนใหญ่แล้ว คณะกรรมการทางปกครอง นอกจากมีหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองด้วย ดังจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

2. คณะกรรมการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง

ต้องทำความเข้าใจก่อนว่า คณะกรรมการนี้เกิดจากที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ เหมือนกับคณะกรรมการทางปกครอง บางคณะเป็นผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองชั้นต้น บางคณะเป็นคณะกรรมการผู้มีอำนาจวินิจฉัยในระดับอุทธรณ์ แต่เป็นคณะกรรมการมีหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งเพียงแต่อย่างเดียว ไม่มีหน้าที่เหมือนคณะกรรมการทางปกครองที่มีหลายหน้าที่ โดยมีลักษณะคล้ายกับ Specialized Administrative Jurisdictions ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสตามที่กล่าวแล้วข้างต้น คณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง เป็นกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดเฉพาะเรื่องที่กฎหมายเฉพาะระดับพระราชบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น ไม่รวมถึงคณะกรรมการที่ฝ่ายบริหารแต่งตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัย เพราะไม่ได้ระบุเงื่อนไขเรื่องต่าง ๆ ไว้ในกฎหมาย เช่น องค์ประกอบ อำนาจหน้าที่ วิธีการปฏิบัติงานของคณะกรรมการไว้โดยเฉพาะเหนือคณะกรรมการทั่วไปอื่น ๆ ที่เป็นเพียงเครื่องมือที่แต่งตั้งโดยอาศัยมติคณะรัฐมนตรี โดยอาศัยการ สั่งการ คณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง แม้ไม่ใช่ศาลแต่ในการชี้ขาดสิทธิ หน้าที่ของบุคคลคล้ายศาลที่อาจถูกตรวจสอบได้เช่นเดียวกัน เหมือนกับในคณะกรรมการในทางปกครองอื่น ๆ ที่การกระทำต้องอาศัยพยานหลักฐาน และคำนึงถึงนโยบายของฝ่ายบริหารควบคู่กับหลักกฎหมาย ไปด้วย อันเป็นการจัดองค์กรคณะกรรมการที่มีเขตอำนาจตามความเชี่ยวชาญซึ่งมีหลายคณะ ในสาขาวิชาชีพต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการควบคุมการประกอบอาชีพวิศวกรรม คณะกรรมการควบคุมการประกอบอาชีพสถาปัตยกรรม คณะกรรมการควบคุมการ

ประกอบอาชีพสอบบัญชี คณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ คณะกรรมการสภาพยาบาล คณะกรรมการควบคุมการบำบัดโรคสัตว์ คณะกรรมการสภาพนายความ คณะกรรมการแพทยสภา คณะกรรมการข้าราชการต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม คณะกรรมการข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการข้าราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่าง ๆ คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา คณะกรรมการข้าราชการอัยการ คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ คณะกรรมการข้าราชการทหาร คณะกรรมการอุทธรณ์ภาษี คณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 คณะกรรมการประกันสังคม คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมการอาหารและยา คณะกรรมการควบคุมอาหารสัตว์ คณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด คณะกรรมการควบคุมอาคาร คณะกรรมการมาตรฐานสินค้า คณะกรรมการเครื่องหมายการค้า คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง คณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว คณะกรรมการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คณะกรรมการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เป็นต้น

ในการจัดตั้งองค์คณะของคณะกรรมการข้างต้น โดยทั่วไปเป็นการพิจารณาชี้ขาดแบบคณะบุคคล เรียกว่า องค์กรกลุ่ม ประกอบด้วยคณะกรรมการแบบไตรภาคีหรือทวิภาคี คือ มีกรรมการโดยตำแหน่ง กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และกรรมการทั่วไป ส่วนวิธีการพิจารณาเป็นไปตามที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนดไว้ หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ การพิจารณาก็เป็นไปตามกฎหมายทั่วไป คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง หากคู่กรณีไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการดังกล่าว ไม่ได้หมายความว่า เมื่อวินิจฉัยชี้ขาดแล้วจะเป็นเด็ดขาด อันจะไม่มียกข้อสงสัยตรวจสอบได้ ไม่ว่าจะตรวจสอบโดยการอุทธรณ์ต่อองค์กรเหนือขึ้นไป หากไม่มีองค์กรใดที่เหนือกว่าอย่างน้อยก็น่าคดีขึ้นสู่ศาลปกครองในการตรวจสอบ อาจกล่าวได้ว่า คณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในฝ่ายปกครองมิขึ้นเพื่อช่วยให้เกิดความเป็นธรรมต่อเอกชน ในชั้นปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนถึงศาลปกครอง หากประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิหรือเสียหายจากการกระทำหรือออกคำสั่งทางปกครอง ก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองพิจารณาทบทวน แก้ไขคำวินิจฉัยได้อีก เพราะคณะกรรมการดังกล่าวไม่ใช่ศาล

นอกจากนี้ การจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่กล่าวแล้ว ยังมีคณะกรรมการที่ปรึกษาเกิดจากกฎหมายลำดับรองอื่นอีก เช่น ประกาศกระทรวง ที่ให้รัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งที่ปรึกษา²⁰⁹ หรือจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาในลักษณะ

²⁰⁹ พระราชบัญญัติระเบียบการบริหารราชการการเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 8

ทำคำสั่งแต่งตั้งต่าง ๆ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ เช่น คำสั่งของนายกรัฐมนตรี คำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งที่ปรึกษาต่าง ๆ²¹⁰ หรือผู้บริหารท้องถิ่นแต่งตั้งที่ปรึกษาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยท้องถิ่นนั้น ๆ

ในด้านการให้คำปรึกษา อาจปรากฏเป็นรูปแบบองค์กรเดี่ยวหมายถึง บุคคลคนเดียวซึ่งไม่มีความซับซ้อน เพราะเป็นการเสนอแนะ ให้ความเห็น โดยคน ๆ เดียว เช่น ที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ที่ปรึกษา ผู้ว่าราชการจังหวัด ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น อาศัยอำนาจตามที่กล่าวแล้วข้างต้น ส่วนรูปแบบที่เป็นองค์กรกลุ่ม มีโครงสร้างประกอบไปด้วยสมาชิกหลายคนตามที่กฎหมายจัดตั้งกำหนด ส่วนใหญ่จะเป็นข้าราชการมีตำแหน่งประจำ ระดับปลัดกระทรวง อธิบดีของหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนหนึ่งดังที่ได้กล่าวแล้ว ในคณะกรรมการทางปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองข้างต้น การปรึกษาหารือส่วนใหญ่จะมีการประชุมลงมติ ซึ่งจะต้องมีองค์ประชุม มีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็น หากกฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการมิได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ก็นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่าด้วยคณะกรรมการมาใช้บังคับในฐานะกฎหมายกลาง ในการดำรงอยู่ของคณะกรรมการจะอยู่ในลักษณะชั่วคราวตามวาระ เว้นแต่ คณะกรรมการตามตำแหน่งราชการ ซึ่งจะมีลักษณะถาวร เท่าที่กฎหมายที่แต่งตั้งองค์กรที่ปรึกษาใช้บังคับอยู่ เห็นว่า การให้กรรมการโดยตำแหน่งดังกล่าว แม้จะมีความอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ระดับหนึ่งแต่ก็อยู่ได้บังคับบัญชา ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระอย่างแท้จริง ยังอยู่ภายใต้การสั่งการของผู้บังคับบัญชาที่อยู่เหนือขึ้นไป อีกทั้งงานประจำของข้าราชการประจำตำแหน่งดังกล่าวมีมากมายหลายด้าน ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่เต็มเวลาและเต็มที่ ส่วนใหญ่จะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ลำดับรองปฏิบัติหน้าที่แทนประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง การวินิจฉัยชี้ขาดหรือให้ความเห็นชอบกับคำสั่งทางปกครอง ส่วนใหญ่อยู่ในสายการบังคับบัญชา ไม่อาจให้ความเป็นธรรมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มที่

ดังได้กล่าวแล้วว่า การมีองค์กรควบคุมและเป็นที่ปรึกษา เป็นมาตรการป้องกันควบคุมความบกพร่องในการปฏิบัติราชการเพื่อต้องการให้เกิดความรอบคอบ และยับยั้งชั่งใจในการปฏิบัติราชการเท่านั้น แต่เป็นวิธีที่ได้ผลดีในการป้องกันความบกพร่องในทางเทคนิค มากกว่าการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเพราะประชาชนไม่มีส่วนร่วมเลย²¹¹ องค์กรที่ปรึกษาในการปฏิบัติราชการของระบบราชการไทยส่วนใหญ่ ปรากฏอยู่ในรูปของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้น โดยอาศัยกฎหมายเฉพาะ ได้แก่ องค์กรที่ปรึกษาที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง และองค์กรที่ปรึกษาในที่มีอำนาจตาม

²¹⁰ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11 และมาตรา 53

²¹¹ คณะกรรมการกฤษฎีกา, สารานุกรมเกี่ยวกับกฤษฎีกา, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), น. 18.

กฎหมายปกครองทั่วไป คือ คณะกรรมการกฤษฎีกาที่จัดตั้งขึ้นจากพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา ส่วนการแบ่งส่วนราชการภายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากระทำโดยออกเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งมีให้กฎหมายจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาโดยตรง ส่วนคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นจากพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่สำนักงานคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อยู่ในส่วนราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพียงกฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการแยกต่างหากคนละฉบับกันเท่านั้น ซึ่งโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ ทั้งคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองในการควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครองทั่วไป อาจกล่าวได้ ดังนี้

3.3.2.1 คณะกรรมการกฤษฎีกา

คณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบให้คำปรึกษาทางด้านเทคนิคทางกฎหมาย ทั้งก่อนและหลังการดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองแล้วของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐที่มีอยู่โดยทั่วไปในสองลักษณะ คือ ตรวจสอบร่างกฎหมายต่าง ๆ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายแม่บท และการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ การควบคุมของคณะกรรมการกฤษฎีกา มีส่วนช่วยป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน โดยการให้ความเห็นทางกฎหมายในขอบเขตทั่วไป มิได้จำกัดในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ²¹²

เห็นว่า คณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นสถาบันที่ปรึกษากฎหมายของรัฐ และเป็นกลไกสำคัญของประเทศทางกฎหมาย ซึ่งมีภาระหน้าที่หลายประการ เช่น รับผิดชอบในงานธุรการของคณะกรรมการกฤษฎีกาและกรรมการพัฒนากฎหมาย และศึกษา รวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับงานของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายพิจารณา และจัดทำร่างกฎหมายตามที่คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย และเสนอความเห็นเกี่ยวกับการให้มี หรือแก้ไข ปรับปรุงช่วยเหลือให้คำแนะนำเกี่ยวกับการร่างกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐให้ความเห็น หรือปฏิบัติงานอื่นอันเกี่ยวกับกฎหมายให้แก่หน่วยงานรัฐ หรือตามที่รัฐบาลต่างประเทศหรือสถาบันระหว่างประเทศร้องขอ²¹³ ในการให้คำปรึกษาหารือทางกฎหมาย เมื่อหน่วยงานที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เมื่อนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี กระทรวง รัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการที่มีหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะเรื่องขอปรึกษาหารือโดยผ่านกระทรวง กรม มีหน้าที่รับผิดชอบในงานธุรการของคณะกรรมการนั้น ๆ สำหรับผู้ว่าราชการจังหวัดเฉพาะงานในหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติหรือรับผิดชอบ ส่วนผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่นตามหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติหรือรับผิดชอบ บุคคลผู้ซึ่ง

²¹² คณะกรรมการกฤษฎีกา, แห่สังเขป, น. 29-34.

²¹³ พระราชบัญญัติกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) มาตรา 62

นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีเห็นควรให้ขอความเห็นเฉพาะรายมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการงานในหน้าที่ที่อาจส่งเรื่องขอหารือมายังคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการกฤษฎีกาต้องพิจารณาว่าเรื่องที่หารือเข้าเงื่อนไขหรือไม่ เช่น เป็นเรื่องที่อยู่ระหว่างฟ้องร้องในศาลหรือไม่ มีการปรึกษาหารือระหว่างส่วนราชการมาแล้วหรือไม่ ขั้นตอนหลังจากนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาอาจเชิญผู้แทนหน่วยงานเจ้าของเรื่อง หรือผู้แทนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาสอบถาม หรือให้ข้อมูลเสร็จแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาก็พิจารณาให้ความเห็น แล้วส่งข้อหารือไปยังหน่วยงานทราบ หรือส่งเรื่องให้นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีทราบแล้วแต่กรณี เพื่อสั่งการหรือมีมติต่อไป หน้าที่หลักในการให้คำปรึกษา คือ การค้นหาข้อเท็จจริงด้วยวิธีการตรวจตรา บันทึกหลักฐานต่าง ๆ ไม่ว่าจะบุคคล เอกสาร ถ้อยคำ หรือหลักฐานอื่น ๆ ที่ใช้เป็นข้อมูลสำหรับการพิจารณา และเสนอความคิดเห็นที่ได้จากข้อเท็จจริงอันเป็นการช่วยเหลือองค์กรที่มีหน้าที่วินิจฉัยในเรื่องนั้น การให้ความเห็นทางกฎหมาย เป็นการเสนอแนะแนวทางการปฏิบัติตามกฎหมายที่ถูกต้อง เพื่อแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติราชการของหน่วยงานของรัฐที่จะปฏิบัติตามกฎหมายให้ถูกต้อง หรือเพื่อให้เกิดการวางระเบียบการปฏิบัติราชการหรือกำหนดแนวทาง หรือขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย รวมทั้งเป็นการวินิจฉัยเพื่อให้ได้ข้อยุติทางกฎหมายให้กับคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการ และจัดซื้อได้แย้งระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐให้เป็นที่ยุติ²¹⁴ เห็นว่า คณะกรรมการกฤษฎีกามีหน้าที่ทั้งร่างกฎหมาย หน้าที่ให้คำปรึกษาดูความกฎหมาย เสนอแนะเรื่องทั่วไป เกี่ยวกับเทคนิคทางกฎหมาย เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกาคณะพิเศษต่าง ๆ แต่มีขั้นตอนต้องผ่านกระทรวงหรือหน่วยงาน ที่มีหน้าที่รักษาการณตามกฎหมายนั้นก่อน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นราชการส่วนกลางทั้งสิ้น หากเรื่องใดเป็นการหารือ ในระเบียบปฏิบัติราชการ หรือเป็นแนวทางมาตรฐานปฏิบัติราชการ จะต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีออกเป็นระเบียบต่อไป ย่อมทำให้เกิดความล่าช้าเกินระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ งานในหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาบางเรื่องยังมีความซ้ำซ้อน กับงานในหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งเป็นคณะกรรมการอยู่ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเช่นกัน แม้จะอยู่ในหน่วยงานเดียวกันก็ตาม ซึ่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่จัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองบัญญัติให้มีหน้าที่หลายประการ โดยเฉพาะมีหน้าที่ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง รวมถึงคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะดังจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

²¹⁴ ระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมาย พ.ศ. 2522 ข้อ 2-10.

3.3.2.2 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

หากจะจำแนกตาม โครงสร้างภายในองค์กรแล้ว คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองหลายลักษณะ รวมถึงเป็นองค์กรปรึกษาจากเจ้าหน้าที่ของราชการหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรของรัฐด้วย แต่ไม่ได้เป็นองค์กรปรึกษาหารือที่ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่รัฐกับองค์กรเอกชนร่วมกัน อาจเป็นเพราะในการบริหารราชการแผ่นดินบางเรื่อง จะต้องรักษาความลับของราชการไว้ กฎหมายจึงเชื่อมั่นและไว้วางใจเจ้าหน้าที่รัฐมากกว่าเอกชนว่าจะเก็บรักษาความลับได้เป็นอย่างดี เว้นแต่งานที่ต้องอาศัยเทคนิคหรือความชำนาญเฉพาะด้าน เช่น ทางเศรษฐกิจ การแพทย์ วิศวกรรม เป็นต้น ที่จะให้องค์กรเอกชนมาเข้าร่วมปรึกษาหารือ และหากจะแบ่งองค์กรปรึกษาดำเนินการตามรูปแบบแล้ว คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นองค์กรปรึกษาหารือแบบสมัครใจ เพราะกฎหมายที่จัดตั้งไม่ได้บังคับว่า ก่อนฝ่ายปกครองจะตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองใด จะต้องผ่านความเห็นชอบหรือต้องปรึกษาหารือคณะกรรมการนี้ก่อน แต่เป็นการให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองโดยอิสระว่าจะปรึกษาหารือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก่อนหรือไม่ การปรึกษาหารือรูปแบบนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองนำข้อมูล ความคิดเห็น ความรู้ ทศนคติจากองค์กรที่ปรึกษา ประกอบการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองอย่างรอบคอบ เหมาะสม ได้รับการยอมรับจากทุกฝ่าย เห็นว่า การปรึกษาหารือวิธีนี้ ต่างจากการปรึกษาหารือแบบบังคับ ที่บังคับฝ่ายปกครองจะต้องปรึกษาหารือก่อน ในการดำเนินการ อย่างไม่อย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่ ไม่ว่าจะการขอความเห็นชอบก่อน การรับข้อเสนอแนะก่อน ซึ่งใช้การพิจารณาจากถ้อยคำที่กำหนดไว้ในกฎหมาย อาจใช้คำว่า “จะต้องทำการปรึกษาหารือ” “หลังจากได้รับการปรึกษาหารือแล้ว” “โดยคำแนะนำ” “ได้ให้ความเห็นชอบ” เป็นต้น โดยเรียกรวมๆ ว่า กระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครอง²¹⁵ ผลที่ตามมา เมื่อกฎหมายบังคับให้ต้องปรึกษาหารือองค์กรที่ปรึกษาก่อน แต่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ได้ปฏิบัติ องค์กรควบคุมตรวจสอบถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นขั้นตอนแรกของการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ในขั้นรวบรวมข้อมูล ข้อเสนอแนะก่อนการตัดสินใจ อันเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายนอกเหนือจากขั้นตอนของการควบคุมตรวจสอบการบังคับการตามคำสั่งทางปกครองนั้น

เมื่อพิจารณาที่มาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมีการประยุกต์ขึ้นมาจากแนวทางของสภากรรมการใน สหราชอาณาจักร ที่ช่วยประสานดูแลทางวิชาการให้แก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อ

²¹⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 11

พิพาท (Tribunals) และจัดประชาพิจารณ์ (Inquiries)²¹⁶ ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นในหัวข้อ 3.3.1.1 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีโครงสร้าง ประกอบด้วย ประธานกรรมการคนหนึ่ง ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงมหาดไทย เลขาธิการคณะกรรมการรัฐมนตรี เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้ทรงคุณวุฒิอีก 5-9 คน เป็นกรรมการ ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่งตั้งข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการ²¹⁷ เห็นว่า สภาพคณะกรรมการของอังกฤษตามที่กล่าวแล้วในหัวข้อสภาพคณะกรรมการ สภาพคณะกรรมการของอังกฤษเป็นองค์กรซึ่งมีหน้าที่ให้คำแนะนำ ปรีกษา กำหนดกระบวนการพิจารณา และควบคุมดูแลการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ในชุดต่าง ๆ ในลักษณะขององค์กรกลุ่ม เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันในด้านวิธีพิจารณา ส่วนคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีคณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการ ทั้ง กรรมการโดยตำแหน่ง ซึ่งได้แก่ ข้าราชการประจำซึ่งเป็นหัวหน้าส่วนราชการ ที่มีอำนาจหน้าที่ เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังได้ กล่าวแล้วข้างต้น และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความเชี่ยวชาญ ในทางนิติศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ รัฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน²¹⁸ โดยประธานกรรมการคัดเลือกมาจากกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ส่วนฝ่ายเลขานุการและสำนักงาน เลขานุการ กำหนดให้เป็นหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นหน่วยงานกลางทาง กฎหมายของรัฐบาล เพราะได้ดำเนินงานทางวิชาการทางกฎหมายปกครองอยู่แล้ว ทั้งเป็นผู้ริเริ่ม และมีส่วนร่วมในการจัดทำพระราชบัญญัตินี้มาตั้งแต่ต้น มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้หลาย ประการด้วยกัน คือ 1) สอดส่องดูแลและให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐทุกประเภท เพราะความ เข้าใจในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองย่อมมีไม่เท่ากัน ความ ยุติธรรมที่จะเกิดแก่ประชาชนจะไม่ทั่วถึงเท่าเทียมกันด้วย การมีองค์กรที่มีความรู้เฉพาะ คอยดูแล แนะนำ ก็จะเป็นประโยชน์ที่ช่วยแก้ปัญหาเรื่องกฎหมายปกครอง 2) ให้คำปรึกษาการปฏิบัติตาม กฎหมายปกครอง เพราะแต่ละหน่วยงานอาจมีปัญหาในการปฏิบัติในบางเรื่องขาดผู้รู้ภายใน หน่วยงาน การให้มืองค์กรให้คำปรึกษา ย่อมจะเป็นประโยชน์แก่การบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งการให้คำปรึกษา ก็ต้องจัดให้มีรูปแบบที่สนองตอบลักษณะการ บริหารราชการของไทยได้อย่างแท้จริง 3) เสนอแนะการออกอนุบัญญัติ กฎหมายปกครองบางเรื่อง

²¹⁶ ชาลส์ แสงศักดิ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), น. 38.

²¹⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

²¹⁸ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 10

ยังต้องพัฒนาให้ยืดหยุ่นต่อการบริหารราชการของประเทศ บางเรื่องหลักกฎหมายต่างประเทศก็ไม่ตรงกัน จึงต้องรอดูติดตามประสบการณ์ของต่างประเทศในเรื่องนั้น ๆ เสียก่อน เพื่อนำมาพัฒนากับประเทศไทยให้สอดคล้องกับบริบทสังคมไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงกำหนดให้มีการออกอนุบัญญัติอยู่หลายกรณี เพื่อเสริมแต่งกฎหมายให้สมบูรณ์ตามการพัฒนาของสังคม และวิชาการด้านกฎหมายปกครองของไทย 4) จัดทำรายงานเสนอคณะรัฐมนตรี เพราะการจะทำให้การปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นไปด้วยดีนั้น ไม่อาจเป็นไปได้ที่จะให้หน่วยงานสั่งให้อีกหน่วยงานอื่นปฏิบัติได้ เพราะต่างมีความรับผิดชอบของตนอยู่ แต่การที่หน่วยงานบางหน่วยไม่เข้าใจ และไม่ปฏิบัติตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็เป็นปัญหาในภาพรวมของระบบราชการไทยเช่นกัน จึงควรให้คณะกรรมการสามารถทำรายงานให้คณะรัฐมนตรีทราบได้ว่าปัจจุบันมีปัญหาในองค์กรทางปกครององค์กรใด อย่างไร เพื่อที่คณะรัฐมนตรีจะได้ดำเนินการแก้ไขตามอำนาจหน้าที่ นอกจากนี้ อาจทำให้คณะรัฐมนตรีทราบว่า สมควรที่จะพัฒนากฎหมายปกครองในเรื่องต่าง ๆ ต่อไปอย่างไร เพราะยังมีอีกหลายเรื่องที่ต้องการพัฒนาทางวิชาการ และมีอีกหลายเรื่องที่ต้องประยุกต์ให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม และวิธีการจัดการที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละช่วงสมัย²¹⁹

สำหรับมาตรฐานและขั้นตอนในการให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น จะต้องเป็นการหารือให้ความเห็น คำแนะนำข้อกฎหมายจากเจ้าหน้าที่รัฐตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เท่านั้น ทั้งการปรึกษาหารือแบบลายลักษณ์อักษร โดยทำเป็นหนังสือ และการปรึกษาหารือด้วยวาจาทางโทรศัพท์ ตั้งแต่ขั้นตอนการรับเรื่อง การบันทึกข้อมูลของผู้หารือ การให้ความเห็น คำแนะนำ การบันทึกสรุปผลตอบข้อหารือ และการเก็บสถิติและจัดทำรายงาน²²⁰

เห็นว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองคณะนี้ เป็นคณะกรรมการมีหน้าที่ทั้งงาน นโยบาย งานที่ปรึกษา งานการบริหาร และงานปฏิบัติการ เป็นการแยกให้เห็นโครงสร้างบทบาทของคณะกรรมการ ที่ทำหน้าที่ในทางปกครอง แต่ไม่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาด เหมือนกับคณะกรรมการทางปกครองทั่วไปตามที่กล่าวแล้วข้างต้น

²¹⁹ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 11

²²⁰ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2545 ข้อ 2, ข้อ 4 (4), ข้อ 20 และมาตรฐานและขั้นตอนในการให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สำนักกฎหมายปกครอง

สำหรับอำนาจในการให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษานั้น โดยปกติผลของการปรึกษาหารือ ไม่มีค่าบังคับใด ๆ ย่อมให้ฝ่ายปกครองยังมีอิสระในการตัดสินใจจะปฏิบัติตามหรือไม่ แต่ในสภาพความเป็นจริง เมื่อฝ่ายปกครองได้รับคำขอย่อมจะต้องถูกกดดันไม่มากก็น้อย ให้ต้องปฏิบัติตาม เพราะในที่สุดหากมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง ไปตามข้อหาหรือนั้น โดยตัวผู้บังคับบัญชา หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง ในภายหลังหากมีการนำไปฟ้องคดี ข้อหาหรือดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันฝ่ายปกครองไปในตัว จากเหตุผลดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครอง หลีกเลี่ยงการปรึกษาหารือต่อคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แม้จะมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายก็ตาม เนื่องจากไม่ต้องการผูกพันจากผลหาหรือดังกล่าว แม้กฎหมายไม่ได้บังคับให้มีผลผูกพันก็ตาม ผลดังกล่าวเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันกับผลการหาหรือ Médiateur ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพียงแต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสกฎหมายบังคับให้มีผลผูกพันที่ชัดเจนและเป็นมาตรฐานเดียวกัน ส่วนหากเมื่อฝ่ายปกครองปฏิบัติตามข้อหาหรือโดยการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว เกิดมีการฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ปัญหาจะฟ้องร้องผู้ใดเป็นผู้ถูกฟ้องคดี เห็นว่า หากกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้มีผลผูกพันตามแนวทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ย่อมจะต้องฟ้องร้องหน่วยงานผู้ออกคำสั่งนั้น แต่หากมีกฎหมายกำหนดว่า ข้อหาหรือมีผลบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตาม ก็คงฟ้องร้องหน่วยงานให้คำปรึกษาหารือเป็นผู้ถูกฟ้องคดีด้วย แม้จะมีการตีความสถานะข้อหาหรือเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครองหรือไม่ ตามที่ได้กล่าวแล้วในเรื่องหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ อันเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบจากผลของการกระทำของตน

ส่วนกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีการปรึกษาหารือ หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตาม เมื่อมีคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ศาลปกครองในฐานะผู้ตรวจสอบอาจจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เนื่องจากวิธีการ หรือแบบพิธีปรึกษาหารือ เป็นเงื่อนไขสำคัญของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดขึ้นตอนไว้

แต่อย่างไรก็ตาม ในการปรึกษาหารือดังกล่าวยังมีสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย (Legal Council) สำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งมีโครงสร้างอยู่ในบังคับบัญชาของอัยการสูงสุด และเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้ฝ่ายบริหาร เป็นหน่วยงานที่ปรึกษากฎหมายมีหน้าที่หลายประการ²²¹ คือ ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ ให้ความร่วมมือกับหน่วยงานของรัฐในการอำนวยความสะดวก การรักษาผลประโยชน์ของรัฐและประชาชน แต่อย่างไรก็ตามในการปรึกษาทางกฎหมาย ได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการตอบหาหรือ เช่นเดียวกันกับการปรึกษาหารือกับคณะกรรมการกฤษฎีกา และ

²²¹ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด, เงื่อนไขการตอบข้อหาหรือ, จาก

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพียงแต่มีเงื่อนไขแตกต่างกันไปดังนี้ ผู้ขอหรือต้องเป็นหน่วยงานของรัฐต้นสังกัด เช่น กรม กระทรวง หากเป็นหน่วยงานภายในของหน่วยงานของรัฐ เช่น อำเภอ กอง ต้องหรือไปยังต้นสังกัดก่อน และข้อหรือต้องไม่เข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ เช่น ข้อหรือเกี่ยวกับการกระทำผิดทางอาญาซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการ ข้อหรือที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นใดหรือของศาล ข้อหรือในเรื่องเดียวกับเรื่องที่เคยหรือหรือเรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ข้อหรือเกี่ยวกับปัญหาซึ่งมีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งทางบริหารได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน หรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหานั้น ๆ โดยเฉพาะแล้ว เช่น การเป็นผู้ทำงานเป็นอำนาจของปลัดกระทรวงการคลังตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เป็นต้น ข้อหรือในปัญหาข้อเท็จจริง การตอบข้อหรือ ไม่เป็นประโยชน์เพราะเหตุของปัญหาที่ขอหรือนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว การตอบข้อหรือที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัย หรือความมั่นคงหรือผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ข้อหรือที่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องยังไม่เกิดขึ้น หรือยังไม่ยุติหรือเป็นกรณีสมมติ ข้อหรือที่เป็นเรื่องดุลพินิจ หรือนโยบายซึ่งอยู่ในอำนาจของเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่รับผิดชอบแล้ว

เห็นว่า การหรือกับสำนักงานที่ปรึกษา สำนักงานอัยการสูงสุด สามารถปรึกษาหรือเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองได้ด้วย แต่จะมีเงื่อนไขและข้อจำกัดในการหรือมากกว่า การหรือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เช่น ห้ามมิให้หรือเกี่ยวกับปัญหาซึ่งมีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งทางบริหารได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน หรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหานั้น ๆ โดยเฉพาะแล้ว หรือข้อหรือที่เป็นเรื่องดุลพินิจ หรือข้อหรือในเรื่องเดียวกับเรื่องที่เคยหรือหรือเรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นต้น ปัญหาคือ หากคำสั่งทางปกครองเรื่องเดียวกันฝ่ายปกครองได้มีการหรือหลายหน่วยงานและมีการตอบข้อหรือแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองจะถือตามข้อหรือหน่วยงานใด เช่น สำนักงานปรึกษาของสำนักงานอัยการสูงสุดตอบข้อหรือไม่ตรงกับการตอบข้อหรือของคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือไม่ตรงกับการตอบข้อหรือของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สามารถพิจารณาได้สองกรณี

กรณีที่หนึ่ง หากการตอบข้อหรือของสำนักงานปรึกษา สำนักงานอัยการสูงสุด ไม่ตรงกับ การตอบข้อหรือของคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องจากมีมติคณะรัฐมนตรี วางระเบียบในการให้ความเห็นตามกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า เมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในทางกฎหมายเป็นประการใดแล้ว โดยปกติให้เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

นั้น²²² ดังนั้น กรณีดังกล่าวจะต้องถือตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา หน่วยงานฝ่ายปกครองจะถือตามความเห็นของสำนักงานปรึกษา สำนักงานอัยการสูงสุด ไม่ได้ แม้จะเห็นด้วยกับความเห็นของสำนักงานปรึกษา สำนักงานอัยการสูงสุดก็ตาม

กรณีที่สอง หากการตอบข้อหารือของสำนักงานปรึกษา สำนักงานอัยการสูงสุด ไม่ตรงกับ การตอบข้อหารือของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็ต้องถือตามความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพราะมีกฎหมายได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน หรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหานั้น ๆ ไว้โดยเฉพาะแล้วตามข้อกำหนดของสำนักงานปรึกษา สำนักงานอัยการสูงสุดดังกล่าวข้างต้น

การปรึกษาหารือดังกล่าวมาใช้กับประเทศไทย โดยคณะกรรมการกฤษฎีกานำแนวทางของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมาใช้ แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนำแนวทางสภากฎหมายของสหราชอาณาจักรมาใช้ ย่อมเกิดปัญหาต่าง ๆ เมื่อนำมาใช้กับบริบทของประเทศไทย ซึ่งมีความแตกต่างทั้งทางการเมือง การปกครอง สังคม วัฒนธรรม ของชาติ ดังนี้

ปัญหาโครงสร้างของคณะกรรมการของประเทศไทย ใช้ระบบปิด องค์กรประกอบที่มาจากตามตำแหน่งที่กฎหมายระบุของผู้เป็นคณะกรรมการ หรือถูกคัดเลือกจากฝ่ายปกครองเอง เช่น กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ไม่มีระบบการสร้างบัญชีของคณะกรรมการอย่าง Tribunals ของประเทศอังกฤษ ทำให้คณะกรรมการโดยเฉพาะคณะกรรมการตามตำแหน่ง ซึ่งมีการบังคับบัญชาโดยฝ่ายบริหารด้วยกัน มีการปฏิบัติหน้าที่เป็นคณะกรรมการหลายคณะ เป็นข้อจำกัดการปฏิบัติหน้าที่อย่างยิ่ง อีกทั้งมีงานประจำต้องปฏิบัติอยู่เป็นจำนวนมากในประจำวันอยู่แล้ว ซึ่งไม่ได้มีส่วนร่วมและได้รับการยอมรับจากด้านประชาชนเท่าที่ควร แม้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมก็จำกัดเฉพาะผู้มีบทบาททางเศรษฐกิจโดยส่วนใหญ่คณะกรรมการเหล่านี้ ไม่ได้มีการกระจายสำนักงานและบุคลากร มายังส่วนภูมิภาค มุ่งโดยตรงที่สำนักงานส่วนกลางเพียงอย่างเดียว

ประการต่อมา คือ ขั้นตอนการปรึกษาหารือ ไม่มีระเบียบที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน ส่วนใหญ่จะเป็นมาตรการภายในหรือระเบียบภายในที่ถือปฏิบัติกันซึ่งยังไม่มีเอกภาพ อีกทั้ง การหารือมีขั้นตอนผ่านเจ้าหน้าที่หลายระดับกว่าจะถึงองค์กรปรึกษาหารือ เสมือนให้หน่วยงานผู้บังคับบัญชาก่อนกรองก่อน คล้ายกับสถาบัน Médiateur ที่ผ่านการกลั่นกรองของสมาชิกรัฐสภาก่อน ในการหารือมีขั้นตอนต่าง ๆ ใช้เวลานาน หากเป็นการขอหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งมีเพียงคณะเดียวที่ส่วนกลาง ก็มีระเบียบตั้งแต่ตั้งเอกสาร เรียกมาชี้แจง ทำความเห็นหลายขั้นตอน ยิ่งหากกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการข้อพิพาท

²²² มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความในกฎหมาย ลงวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ.

ทางปกครองขององค์กรกลุ่ม กฎหมายก็ไม่ได้บังคับว่าต้องมีการหารือก่อนหรือไม่ กฎหมายบังคับให้หารือเฉพาะการชี้ขาดขององค์กรเดี่ยวนั้น ทำให้มาตรฐานการควบคุมตรวจสอบภายในไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือ การควบคุมตรวจสอบขององค์กรเดี่ยวยังมีกฎหมายบังคับต้องการหารือก่อน และหากคู่กรณีไม่พอใจคำสั่งทางปกครองก็มีสิทธิอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้ อันมีลักษณะการควบคุมตรวจสอบสองชั้น แต่คณะกรรมการข้อพิพาททางปกครองขององค์กรกลุ่มกฎหมายไม่ได้บังคับว่าต้องมีการหารือก่อน เมื่อคู่กรณีไม่พอใจก็ไม่มีสิทธิอุทธรณ์ อันเป็นการควบคุมตรวจสอบเพียงชั้นเดียว อีกทั้ง รูปแบบหารือก็ไม่มีกำหนดว่า จะทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาได้

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ การไม่ให้ความสำคัญของการปรึกษาหารือ เพราะการปรึกษาหารือ คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองใช้ระบบสมัครใจ

ปัญหาประการสุดท้าย คือ การปรึกษาหารือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของเรื่องนั้น ไม่ว่าเป็นข้อมูล ความรู้ ความเห็นจากองค์กรที่ปรึกษา เนื่องจากบางกรณีฝ่ายปกครองหารือ เพื่อถ่วงเวลาให้เกิดความล่าช้า ในสิ่งที่กระทบกับตน อันเป็นข้ออ้างกับคู่กรณี ทั้ง ๆ ที่อำนาจตัดสินใจตามกฎหมายอยู่ที่ตน

จากปัญหาดังกล่าวมาทั้งหมดข้างต้น เห็นว่า ทั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แม้เป็นองค์กรที่ปรึกษาจะเกิดจากกฎหมายจัดตั้งต่างฉบับ แต่อยู่ในสังกัดส่วนราชการเดียวกัน และมีหน้าที่ซ้อนกันอยู่ในการให้ความเห็นทางกฎหมายและเสนอแนะออกกฎ ข้อบังคับแก่รัฐบาลในการออกกฎหมาย เพียงแต่คณะกรรมการกฤษฎีกามีหน้าที่เกี่ยวกับเทคนิคทางกฎหมายทั่วไป ส่วนคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีหน้าที่ตามกฎหมายปกครองโดยเฉพาะ คือ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายปกครอง ซึ่งในการปรึกษาหารือใช้ระบบสมัครใจหรือระบบดุลพินิจของหน่วยงาน เพียงแต่เพื่อให้เกิดความรอบคอบ เหมาะสมในการตัดสินใจของตนเท่านั้น กล่าวคือ หน่วยงานจะปรึกษาหารือหรือไม่ก็ได้ อีกทั้ง เมื่อหารือแล้วไม่ได้บังคับฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการอย่างไรอย่างหนึ่ง ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ฝ่ายปกครองยังคงมีอำนาจเด็ดขาดว่า จะดำเนินการอย่างไรต่อไปในเรื่องที่หารือนั้น แต่ในการปรึกษาหารือต่อคณะกรรมการอื่น ไม่ว่าจะคณะกรรมการทางปกครอง หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของประเทศ อยู่ในลักษณะบังคับ กล่าวคือ กฎหมายระบุวิธีการหรือแบบพิธีต้องปรึกษาหารือก่อนที่จะดำเนินการอย่างไรอย่างหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ขั้นตอนการส่งสำนวนให้กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลังตรวจสอบและการวินิจฉัยสั่งการ เป็นกระบวนการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง เพื่อกลั่นกรองการใช้ดุลพินิจ ในการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่งให้มี

มาตรฐานเดียวกัน จึงไม่ใช่การพิจารณาทางปกครอง เพราะมิได้เกิดจากการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง อีกทั้งเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบ ก็ไม่มีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของกระทรวงการคลัง แม้ต่อมาผู้ว่าการประปานครหลวงจะมีคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของกระทรวงการคลัง การกระปานครหลวงจะต้องแจ้งสิทธิ ในการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการการประปานครหลวง ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ แก่ผู้ต้องรับผิดชอบเรื่องค่าสินไหมทดแทนทราบด้วย การพิจารณาอุทธรณ์เริ่มนับแต่วันที่สำนักงานการประปา ซึ่งเป็นฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการการประปานครหลวงรับคำอุทธรณ์²²³ เห็นว่า การใช้ดุลพินิจในการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่งให้มีมาตรฐานเดียวกัน เป็นการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดให้ความเห็นของกรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลังผูกพันหน่วยงานของรัฐ ที่ได้รับความเสียหายให้ต้องปฏิบัติตาม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม แม้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะมีเพียงหน้าที่สอดส่อง ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษาเจ้าหน้าที่ในการทำคำสั่งทางปกครอง แต่ในการสอดส่อง ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา จะต้องมิเหนือหาถูกต้องตามกฎหมายด้วย อันเป็นกรอบการทำงานของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเช่นกัน โดยนอกจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะต้องคำนึงถึงหลักการต่าง ๆ ที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 แล้ว สิ่งสำคัญคือมาตรการทางกฎหมายภายในที่เป็นหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในการทำคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้น และหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองทั่วไปด้วย ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 (ดูเนื้อหาย่อในภาคผนวก ข.)

ส่วนคณะกรรมการ โดยตำแหน่ง เห็นว่า คณะกรรมการโดยตำแหน่ง ยังมีหน้าที่เป็นข้าราชการมีหน้าที่ ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของผู้ได้บังคับบัญชาอยู่ด้วย คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ก็ทำหน้าที่ประจำอยู่แล้ว เช่น อาจารย์ในมหาวิทยาลัย หรือผู้มีประสบการณ์ด้านต่าง ๆ หากให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการปกครองทำหน้าที่เต็มเวลา และทำหน้าที่เพียงตำแหน่งเดียว ทำให้สามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นอิสระ ภายใต้ระบบการควบคุม ตรวจสอบถ่วงดุลภายในปราศจากการแทรกแซงจากภายนอก

²²³ สรุปความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 722/2562

สำหรับผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในประเทศต่าง ๆ ในภาพรวมตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดสามารถสรุปได้ ดังนี้

ผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในประเทศไทย เริ่มตั้งแต่การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองโดยใช้อำนาจบังคับบัญชา และอำนาจกำกับดูแลตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินทั่วไป โดยวิธีการรับเรื่องร้องเรียน หรือหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเอง หากมีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจไว้ ก็เป็นการควบคุมตรวจสอบตามขั้นตอน และวิธีการของกฎหมายนั้นกำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นโดยองค์กรเดียวคือบุคคลคนเดียว หรือองค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการ อาจเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยพิจารณาอุทธรณ์ ให้ความเห็นชอบ อนุมัติก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือการให้ความเห็น ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษาหารือ จากคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ส่วนการควบคุมภายนอกฝ่ายปกครอง มีทั้งการควบคุมตรวจสอบจากองค์กรอิสระ เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และศาลปกครองตามอำนาจ หน้าที่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณี

ผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เริ่มควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีรูปแบบการบริหารราชการแผ่นดินคล้ายกับประเทศไทย มีทั้งราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น โดยเริ่มการควบคุมตรวจสอบตั้งแต่การรับคำร้องเรียน การควบคุมตรวจสอบแบบถึงข้อพิพาท ตามที่กฎหมายกำหนดไว้คือการอุทธรณ์ในรูปบุคคล และคณะกรรมการ การควบคุมโดยองค์กรที่ปรึกษาในสภาแห่งรัฐ ส่วนการควบคุมตรวจสอบภายนอกคือการควบคุมตรวจสอบโดยสถาบัน Médiateur และศาลปกครองในสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในราชอาณาจักรสเปน เริ่มควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน คือ ตามสายการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นไปถึงขั้นสูงสุด เมื่อควบคุมตรวจสอบถึงผู้บังคับบัญชาสูงสุดแล้ว ยังสามารถกลับมาให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมทบทวนซ้ำได้อีกครั้ง ส่วนการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง คือการตรวจสอบโดยศาลยุติธรรมแผนกคดีปกครอง หรือร้องขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน Defensor del pueblo ซึ่งเป็นองค์กรอิสระในการตรวจสอบข้อร้องเรียนเรื่องการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยผู้ตรวจการแผ่นดิน จะให้คำแนะนำแก่หน่วยงานไปปฏิบัติ แต่ไม่มีอำนาจในการออกคำสั่ง²²⁴

²²⁴ โรม ทีปะปาล, องค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีปกครองสเปน, วารสารวิชาการศาลปกครอง 13 (4), (ตุลาคม - ธันวาคม 2556), น. 23.

นอกจากนั้น และการกระทำทางปกครองใด เช่น การออกกฎ คำสั่ง ประชาชนก็สามารถฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยมีหลักการสำคัญคือผู้ที่ให้นำคดีมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ จะต้องเป็นผู้ที่ได้ดำเนินการให้มีการเยียวยาทุกข์ โดยวิธีการอื่นมาหมดแล้ว เช่น มีการขอให้ฝ่ายปกครองแก้ปัญหาให้ตนแล้ว มีการดำเนินการทางศาลยุติธรรมจบสิ้นแล้ว เมื่อไม่ได้รับการเยียวยาจึงค่อยมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ²²⁵

ผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เริ่มตั้งแต่การตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองตามหลักการปกครองที่รัฐบาลสหพันธ์ตรวจสอบต่อมลรัฐ และมลรัฐมีหน้าที่ตรวจสอบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างหาก ซึ่งมีการตรวจสอบโดยกฎหมาย เช่น เรียกดูข้อมูลต่าง ๆ สั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ในลักษณะเดียวกับการใช้อำนาจกำกับดูแล และการตรวจสอบโดยผู้ชำนาญการพิเศษ เพื่อให้คำแนะนำจะช่วย แบ่งเบาภาระในการตรวจสอบการทำงานของมลรัฐ²²⁶ ส่วนการควบคุมตรวจสอบอีกวิธีหนึ่ง คือ การใช้ระบบอุทธรณ์ ไม่ว่าจะอุทธรณ์ต่อมลรัฐ หรืออุทธรณ์ต่อรัฐบาลสหพันธ์ ส่วนการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก คือ การตรวจสอบโดยศาลปกครอง

ผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในสหราชอาณาจักร เริ่มตั้งแต่การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองโดยการร้องเรียนต่อคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ (Administrative Tribunals) หรือจะร้องเรียนต่อรัฐมนตรีก็ได้ หรือร้องเรียนต่อองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง คือ ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา (Ombudsman) หรือร้องเรียนต่อข้าหลวงรัฐสภา (P. C. A.) สุดท้ายคือ ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ตรวจสอบออกเป็นคำพิพากษา แต่ศาลยุติธรรมยังมีหน้าที่วินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ด้วย²²⁷

²²⁵ บทบรรณธิการ, การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง, สืบค้นเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2563, จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1068>

²²⁶ Local Government Law, Free State of Bavaria (Bayerische Gemeindeordnung, 1993), สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สืบค้นเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2563, จาก <http://www.local.moi.go.th/document%208.pdf>

²²⁷ จรรย์ กักดิธนากุล, การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, นิตยสารกระทรวงยุติธรรม 17 (1), (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2553), น. 96-105.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

เป้าหมายสูงสุดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ก็ด้วยประสิทธิภาพในการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง คือ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่มีมาตรฐานและเป็นธรรม เพราะหากคำสั่งทางปกครองใด ที่ขาดความเป็นธรรมและไร้ซึ่งมาตรฐาน ย่อมเป็นการลดคุณค่า ความเชื่อมั่นและความไว้วางใจของประชาชนที่มีแก่ฝ่ายปกครอง และก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลตามมา ในนิติรัฐไม่อาจยินยอมให้เกิดขึ้นได้ เครื่องมือสำคัญที่ป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไร้มาตรฐานและขาดความเป็นธรรมคือมาตรการควบคุมตรวจสอบ แต่ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในปัจจุบันมีข้อบกพร่องหลายประการ ดังนั้น หนทางที่ดีที่สุด คือ การเพิ่มประสิทธิภาพ ซึ่งเป้าหมายในการเพิ่มประสิทธิภาพ ย่อมหมายถึง การพัฒนาหลักกฎหมาย การปรับแนวคิดในการใช้ดุลพินิจในการตีความ การพัฒนาองค์กรและการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบ ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับระบบการปกครอง รูปแบบการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งจะส่งผลต่อการตรวจสอบของศาลปกครองไปด้วย แต่โดยที่การดำเนินงานของหน่วยงานทางปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม การที่จะให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมาย มีความจำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่อาจจะกระทบต่อปัจเจกชนได้ ฝ่ายปกครองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับประชาชนมากที่สุด ดังนั้นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองก็ย่อมมีโอกาสที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดเช่นกัน หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามความมุ่งหมายของกฎหมายปกครอง คือ การเรียกร้องให้สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองทุกประเภทได้ ซึ่งเป็นความจำเป็นพื้นฐานที่สนับสนุนหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมอันก่อให้เกิดประโยชน์ในมุมมองทั้งสองด้าน ด้านหนึ่งเพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกด้านหนึ่งก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองดำเนินงานบรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์ส่วนรวมให้มากที่สุด คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่สำคัญที่สุดในการปกครองและใช้กันโดยทั่วไปในทุกองค์กรปกครอง จากการศึกษาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง มีข้อบกพร่องไม่เป็นไปตามหลักการแนวคิดทางทฤษฎี กฎหมายและแนวทางปฏิบัติ ซึ่งจะต้องวิเคราะห์ และอภิปรายผลเพื่อนำมาสู่แนว

ทางการเสนอแนะแก้ไขปัญหายุ่งยากในระยะยาวต่อไป จึงขอแบ่งเนื้อหาในการวิเคราะห์ และอภิปรายผลให้ครอบคลุม ปัญหาที่กำหนดไว้ในงานวิจัย ดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์ปัญหาความไม่เหมาะสมของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

1.1 วิเคราะห์ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับสองชั้นภายในฝ่ายปกครองตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและหลักการบริหารราชการแผ่นดิน

1.2 วิเคราะห์การทูลเกล้าทูลกระหม่อมบังคับตามคำสั่งทางปกครองระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองกับหลักคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม

1.3 วิเคราะห์ระยะเวลาการตัดสินใจการฟ้องคดีของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

2. วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของคู่กรณีในคำสั่งทางปกครอง

2.1 วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของคู่กรณีในคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ตามหลักความเสมอภาค

2.2 วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของคู่กรณีในคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐและนิติธรรม

3. วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ

3.1 วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติตามหลักนิติวิธีในการตีความกฎหมายมหาชน

3.2 วิเคราะห์การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน

4. วิเคราะห์ปัญหาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

4.1 วิเคราะห์โครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน

4.2 วิเคราะห์อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย การวิเคราะห์และอภิปรายผลดังกล่าวทั้งหมดข้างต้น ย่อมทำให้เห็นถึงเนื้อหาในส่วนประกอบด้วย

ส่วนที่ 1 ได้ทราบแนวคิด หลักการทางทฤษฎี ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ดี และมีประสิทธิภาพที่สอดคล้องกับภาระหน้าที่ในการบริการสาธารณะ และหลักการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะประกอบเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายปกครองเองและประชาชน ดังนี้

1. ประโยชน์แก่ฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถปฏิบัติงานในการบริการสาธารณะ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ลดปัญหาการทะเลาะ หรือล่าช้าในการทำคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนทำให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่ถูกต้อง เหมาะสม ปัญหาข้อพิพาทต่าง ๆ อันเกี่ยวเนื่องจากคำสั่งทางปกครองยุติลงได้รวดเร็วภายในฝ่ายปกครอง และลดการนำคดีฟ้องศาลปกครอง

2. ประโยชน์ต่อประชาชน เป็นหลักประกันสิทธิของประชาชน ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสม และเกิดความเสมอภาคจากผลของคำสั่งทางปกครอง แก้ไขปัญหาความสมดุระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง

ส่วนที่ 2 ได้ทราบเครื่องมือและมาตรการที่สำคัญในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง

2.1 เครื่องมือและมาตรการต่อตัวคำสั่งทางปกครอง คือ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง และการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลง โดยการยกเลิก เพิกถอน คำสั่ง หรือการประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนั้น หรือมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง คำสั่งนั้น รวมถึงการยืนยันความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง โดยผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ และศาลปกครอง โดยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

2.2 เครื่องมือและมาตรการในการส่งเสริมและเพิ่มประสิทธิภาพของการทำคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการให้รางวัล บำเหน็จความชอบ การลงโทษผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ทั้งการใช้อำนาจบังคับบัญชาในการดำเนินการทางวินัย และการดำเนินการทางอาญา กรณีหากเกิดความเสียหายจากผลของคำสั่งทางปกครอง ต้องรับผิดชอบหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ส่วนที่ 3 ได้ทราบ โครงสร้างองค์กร และอำนาจของผู้ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

3.1 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรเดียว โดยการอำนาจบังคับบัญชาและอาศัยอำนาจตามกฎหมายในการกำกับดูแล รวมถึงการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ขององค์กรเดียว

3.2 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรกลุ่ม ในลักษณะควบคุมตรวจสอบก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง โดยการให้ความเห็น คำแนะนำ ให้การปรึกษาหารือ และภายหลังคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว โดยการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ขององค์กรกลุ่ม

3.3 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในการให้คำแนะนำ ให้ความเห็น สอดส่องดูแลก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง และการตรวจสอบจากศาลปกครอง ในรูปแบบคำพิพากษาที่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย รวมถึงผลของการที่ศาลปกครองตั้งข้อสังเกตในคำพิพากษาดูเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

การวิเคราะห์ อภิปรายผล ดังที่กล่าวมาข้างต้น โดยการนำแนวคิด หลักการทางทฤษฎี ข้อสมมติฐาน หลักฐานเชิงประจักษ์ ข้อเท็จจริง ความคิดเห็นของผู้ให้การสัมภาษณ์ ตัวเลข สถิติที่อยู่เบื้องหลัง มาช่วยวิเคราะห์ อภิปราย เพื่อทำข้อเสนอแนะ ปรับปรุงเครื่องมือ มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ให้ชอบด้วยกฎหมาย มีความเหมาะสม รวมถึงการเสนอแนะ ปรับปรุง โครงสร้างองค์กร อำนาจหน้าที่ของผู้ควบคุมตรวจสอบ เพื่อลดความขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนรวมตามภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กับผลประโยชน์ของบุคคลที่กระทบต่อผลของคำสั่งทางปกครอง ที่สอดคล้องกับแนวคิด หลักการทางทฤษฎีใน ส่วนที่ 1 อันจะส่งผลต่อการจุดประกายความคิดให้ผู้ตรากฎหมาย ผู้ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครอง องค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง หันมาให้ความสนใจ โดยการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นำนิติวิธีการใช้และตีความคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องเหมาะสมต่อไป เพื่อบังเกิดผลสุดท้าย ทั้งการพัฒนาหลักการ แนวคิดต่อการทำคำสั่งทางปกครอง และคุ้มครองประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากผลของคำสั่งทางปกครองนั้น

4.1 วิเคราะห์ปัญหาความไม่เหมาะสมของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

การมีระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองนั้น ย่อมมีประโยชน์อย่างน้อยสองประการ ประการหนึ่ง เป็นวิถีทางคุ้มครองสิทธิทางกฎหมายของคู่กรณี ในการเปิดโอกาสให้บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ได้มีโอกาสโต้แย้งสถานภาพอันใดอันหนึ่ง อันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่มุ่งหมายในการประนีประนอมในเบื้องต้นอย่างหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง ย่อมเป็นประโยชน์ให้เจ้าหน้าที่ทบทวน ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองนั้น ว่ามีความบกพร่องหรือไม่ อย่างไร อันนำไปสู่การแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในท้ายที่สุด เพื่อให้ความยุติธรรมทางปกครองเกิดขึ้นจริง อันจะเป็นประโยชน์ทั้งสองฝ่าย ทำให้ข้อโต้แย้งเรื่องนั้นและนำไปสู่การแก้ไขปัญหาให้ยุติลงได้อย่างรวดเร็ว หากคู่กรณีตั้งอยู่บนความสุจริตจริง ซึ่งจะเป็นหนทางในการลดข้อพิพาทอันเป็นภาระให้กับศาล

ปกครองด้วย แต่เนื่องจากการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ มีลักษณะแตกต่างกันไปก็คงเนื่องมาจากสภาพ ข้อจำกัด ความมุ่งหมาย และลักษณะเฉพาะของคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายเช่นนั้น อันอาจกระทบและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม แต่หากจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขต่าง ๆ ของระบบการอุทธรณ์ให้มีมาตรฐานเดียวกัน โดยการกำหนดหลักเกณฑ์กลางเพื่อให้ใช้บังคับกับกฎหมายเฉพาะทุกฉบับ ให้เหมาะสมและครอบคลุมทุกกรณี แม้อาจจะกระทำได้ยากแต่ย่อมต้องกระทำ โดยปล่อยให้เป็นที่ตามความจำเป็นเป็นข้อยกเว้นให้น้อยที่สุด คำสั่งทางปกครองใดที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอน ระยะเวลาอุทธรณ์และโต้แย้งไว้ ก็ย่อมถูกบังคับให้ปฏิบัติตามขั้นตอนและระยะเวลาในกฎหมายกลางที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ เว้นแต่เป็นคำสั่งทางปกครองของรัฐมนตรี และคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการซึ่งไม่อยู่ในเงื่อนไขการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เพราะคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ไม่มีองค์กรใดสูงกว่าที่จะพิจารณาคำอุทธรณ์ได้

จากการศึกษาในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1 พบว่า ระบบอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง มีทั้งประเภทระบบการอุทธรณ์แบบบังคับและระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือก ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ หมายความว่า เป็นระบบบังคับตัวผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองนั้นต้องยื่นอุทธรณ์ เพื่อให้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ส่วนจะใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไปในภายภาคหน้าหรือไม่ เป็นสิทธิของบุคคลนั้นซึ่งเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก เพราะระบบบังคับ เป็นการบังคับองค์กรศาลปกครองในฐานะผู้ตรวจสอบด้วยว่า หากจะรับข้อพิพาทคำสั่งทางปกครองเรื่องใดไว้พิจารณา จะต้องผ่านการยื่นอุทธรณ์ซึ่งถือเป็นขั้นตอนแก้ไข ความเดือดร้อนภายในฝ่ายปกครองอีกขั้นหนึ่ง ก่อนตามเงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลปกครอง ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42 วรรคสองของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และแม้จะเป็นคนละขั้นตอนแต่ก็ผูกโยงซึ่งกันและกัน ดังนั้น การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองจะมีหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า มีการขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนคำสั่งนั้นมาก่อนหรือไม่ แต่ก็หาใช่ว่า เมื่อมีการขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนแล้ว เรื่องนั้นจะมาถึงองค์กรศาลในขั้นสุดท้ายทุกกรณี เพราะผู้ขออุทธรณ์อาจจะพอใจผลของการทบทวนนั้นก็ได้ หรือแม้ไม่พอใจผลการทบทวนของฝ่ายปกครอง แต่สละสิทธิขอให้องค์กรศาลปกครองตรวจสอบในขั้นตอนต่อไปก็ได้ ไม่ว่าผลของไม่ใช้สิทธินั้นจะเกิดขึ้นเพราะเหตุใดก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม การมีระบบอุทธรณ์แบบบังคับ ไม่เพียงแต่ต้องการให้เกิดสิทธิการฟ้องคดีในอนาคตเท่านั้น ยังต้องการให้ผู้ออกคำสั่ง หรือผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองซ้ำว่า สิ่งที่ตนหรือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนทำลงไป ถูกต้อง เหมาะสม หรือมีข้อบกพร่องใด ๆ และเป็นไปตามข้ออ้างในคำอุทธรณ์หรือไม่

ย่อมเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขสิ่งเหล่านั้นภายในฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง หากเห็นว่า ไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม

ส่วนระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือก หมายถึง เมื่อฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองได้ออกมาแล้ว เป็นกรณีให้โอกาสผู้อยู่ภายใต้คำสั่ง มีสิทธิจะเลือกว่า จะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ตนไม่เห็นด้วยนั้นหรือไม่ หากไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ ก็ย่อมไม่เสียสิทธิในการโต้แย้งต่อศาลปกครอง โดยไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนในการแก้ไขความเดือดร้อนใดอีก การเลือกไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเพื่อใช้สิทธิโต้แย้งต่อศาลนี้ ย่อมเป็นคนละกรณีกับการสละสิทธิการอุทธรณ์ในระบบบังคับ เพราะการสละสิทธิการอุทธรณ์แบบบังคับ ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองยุติลง ไม่อาจเรียกร้องใด ๆ ของผลบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น อันเป็นการตัดสิทธิไม่อาจขอให้องค์กรศาลตรวจสอบด้วย ระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือก จึงเป็นกรณีที่ให้สิทธิคู่กรณีเลือกว่า จะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก่อนหรือใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยตรงทันที สุดแล้วแต่ใจคู่กรณี แต่จะใช้สิทธิทั้งการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและฟ้องศาลไปพร้อม ๆ กันไม่ได้ หากเลือกที่จะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ต้องรอให้กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์เสร็จสิ้นก่อน แล้วจึงนำมาฟ้องต่อศาลปกครองในภายหลังก็ได้ ถ้าเลือกที่นำคดีมาฟ้องศาลก็ไม่อาจกลับไปสู่กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้อีก เพราะถือว่าเลือกที่จะสละสิทธิการอุทธรณ์แล้วเช่นกัน ดังนั้น ความแตกต่างของระบบการอุทธรณ์แบบบังคับและระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือก อยู่ที่ตัวผลของการไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมากกว่า กล่าวคือ การไม่ใช่สิทธิไม่อุทธรณ์ในระบบบังคับย่อมถูกตัดสิทธินำคำสั่งทางปกครองมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่การเลือกไม่ใช่สิทธิไม่อุทธรณ์แบบเพื่อเลือก ย่อมถูกตัดสิทธิไม่ให้ฝ่ายปกครองทบทวนคำสั่งนั้น แต่มีสิทธิให้ศาลปกครองทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทันที หากประสงค์จะใช้สิทธิเช่นนั้น

ส่วนระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทย ตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 3.1.4 พบว่า ประเทศไทยใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ ทั้งระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปที่บัญญัติไว้ในมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะที่มีอยู่ในกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสแก้ไขหรือเยียวยาปัญหาของตนเอง ขณะเดียวกันทำให้ประเด็นข้อพิพาทในการพิจารณาของศาลปกครองมีความชัดเจนยิ่งขึ้น หากผู้ทำคำสั่งทางปกครองเห็นว่า กฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการอุทธรณ์ตามกฎหมายที่ให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะแล้ว ก็ต้องแจ้งสิทธิและวิธีการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะฉบับนั้น ในกรณีที่กฎหมายไม่ระบุขั้นตอน และวิธีการอุทธรณ์ในกฎหมายให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้ทำ

คำสั่งทางปกครองจะต้องแจ้งสิทธิการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปตามมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

1. การอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปมีขั้นตอนการอุทธรณ์แบบสองชั้น คือ ชั้นแรกยื่นอุทธรณ์กับตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองโดยตรงให้ทบทวนก่อน และให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ทบทวนในลำดับชั้นที่สอง ซึ่งผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะเกิดหน้าที่ในการทบทวนหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขว่า ผู้ทบทวนคำอุทธรณ์ในชั้นแรกเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์หรือไม่ หากเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ทั้งหมด หรือเห็นด้วยแต่เพียงบางส่วนก็ต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนคำสั่งไปตามความเห็นของตน ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองยุติทั้งหมดหรือบางส่วนแล้วแต่กรณีและผูกพันไปตามผลนั้น ผู้พิจารณาอุทธรณ์ย่อมไม่มีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคำอุทธรณ์นั้นในชั้นต่อมา และตัวผู้อุทธรณ์ก็ไม่อาจนำคำสั่งนั้น ไปยื่นอุทธรณ์ซ้อนหรือนำไปฟ้องต่อศาลปกครองได้อีก เพราะถือว่ามี การแก้ไข เสียความเดือดร้อนตรงตามความต้องการของผู้อุทธรณ์ครบถ้วนแล้ว แต่หากผู้ทบทวน คำอุทธรณ์ในชั้นแรกไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ทั้งหมด หรือไม่เห็นด้วยเพียงบางส่วน ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ในการทบทวนคำอุทธรณ์ในชั้นต่อมาของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปนี้ กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ที่ออกตามความใน มาตรา 45 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ ตัวผู้บังคับบัญชาที่อยู่เหนือขึ้นไปทั้งสิ้น ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ได้บังคับบัญชา หรือตัวผู้กำกับดูแล ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และองค์กรมหาชนอื่น เห็นว่า ระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปเป็นขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้ ซึ่งผลทางกฎหมายคือ ในทุกกรณีหากไม่มีกฎหมายบังคับเป็นอย่างอื่น ก็จะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสมอ การข้ามขั้นตอนหรือการไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด ถือว่าไม่มีการแก้ไขความเดือดร้อนตามขั้นตอนภายในฝ่ายปกครองมาก่อน ย่อมไม่อยู่ในเงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลปกครอง ดังนั้น การอุทธรณ์บังคับทั่วไปนี้ นำมาใช้ในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเท่านั้น ส่วนกฎ ัญญาทางปกครอง และความรับผิดชอบละเมิดไม่อยู่ในระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไป ยกเว้นละเมิดอันจากคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งก่อนเสมอ แต่คำสั่งทางปกครองที่จะต้องใช้ระบบอุทธรณ์บังคับทั่วไปนี้ จะต้องไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ต่อองค์กรใดได้อีก สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยตรง เนื่องจากรัฐมนตรี รวมทั้งนายกรัฐมนตรี และคณะกรรมการไม่มีผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลเหนือขึ้นไปอีก

2 ระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะ แม้เป็นระบบการอุทธรณ์บังคับ แต่ก็แตกต่างกันกับระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไป เนื่องจากการกำหนดให้มีการอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ เพราะงานของฝ่ายปกครองเป็นเทคนิคเฉพาะด้าน ซึ่งวิธีการทางกฎหมายให้มีระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปจะไม่เหมาะสมกับวิธีการทางเทคนิคเฉพาะเหล่านี้ ด้วยเหตุนี้ การอุทธรณ์บังคับเฉพาะจึงมีความจำเป็น และกำหนดให้เป็นขั้นตอนหนึ่ง ที่ต้องดำเนินการก่อนจะนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสแก้ไขปัญหภายในฝ่ายปกครองนั่นเองเสียก่อนตามลักษณะความชำนาญเฉพาะด้านของงานนั้น ซึ่งลักษณะการอุทธรณ์ แบบบังคับเฉพาะมีลักษณะแตกต่างจากลักษณะการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปอย่างน้อยสามลักษณะ กล่าวคือ การอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะมีความแตกต่างในขั้นตอนและวิธีการ ความแตกต่างด้านระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ และความแตกต่างเรื่องระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์

ประการแรก ความแตกต่างในขั้นตอน และวิธีการในการยื่นอุทธรณ์ การอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะจะมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการยื่นอุทธรณ์ ตามที่กฎหมายที่มาของการทำคำสั่งทางปกครองนั้นกำหนดไว้ เช่น พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 กำหนดขั้นตอนและให้ยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 กำหนดขั้นตอนและให้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กำหนดขั้นตอนและให้ยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร แต่ในการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป จะต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมก่อนเท่านั้น

ประการที่สอง ความแตกต่างของระยะเวลา การยื่นอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ กฎหมายจะกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์แตกต่างกันออกไป ซึ่งต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 กำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ ภายใน 10 วัน พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 กำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ ภายใน 30 วัน พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งพักใช้ ระวังการอนุญาตต่ออธิบดีกรมประมง ภายใน 30 วัน พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐนั้นภายใน 7 วันทำการ นับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง เป็นต้น ส่วนการยื่นอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป ต้องกระทำภายใน 15 วันเท่านั้น

ประการที่สาม ความแตกต่างเรื่องระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ จะมีกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นไว้โดยเฉพาะเช่น หรือพระราชบัญญัติมาตราชั่งตวงวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557 ให้คณะกรรมการ

พิจารณาอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 45 วัน หรือพระราชบัญญัติเลื่อยโซ่ยนต์ พ.ศ. 2545 ให้นายทะเบียนเลื่อยโซ่ยนต์พิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 30 วัน หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 กำหนดให้การวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 30 วัน หรือพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดให้การวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 60 วัน หรือพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 7 วัน ส่วนระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปกำหนดครบวสันสิ้นสุดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ให้เสร็จภายใน 90 วัน

เห็นว่า การกำหนดความแตกต่างของลักษณะการอุทธรณ์เฉพาะดังกล่าวข้างต้น ส่วนใหญ่เนื่องจากกฎหมายเฉพาะเหล่านั้น ได้มีการบัญญัติขึ้นก่อนมีระบบอุทธรณ์บังคับทั่วไป โดยไม่ปรากฏว่า มีเหตุผลพิเศษ หรือมีความจำเป็นอย่างไรในการบัญญัติไว้เช่นนั้น อีกประการหนึ่ง หากพิจารณาทางคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว การอุทธรณ์บังคับเฉพาะยังมีมาตรฐานและหลักประกันความธรรมต่ำกว่า มาตรฐานและหลักประกันความเป็นธรรมในระบบการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปหลายประการ เช่น การกำหนดระยะเวลาการคัดสิทธิการยื่นอุทธรณ์ ต่ำกว่า กำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ในระบบการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปที่กำหนดไว้ 15 วัน ทำให้เกิดสภาพการขาดสมดุล เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างดังกล่าวข้างต้น เป็นขั้นตอน วิธีการ และระยะเวลาในการคำสั่งทางปกครองไม่มีผลต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เพียงแต่มีผลในการควบคุมตรวจสอบเท่านั้น เพราะเป็นการกำหนดกรอบและเร่งรัดให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการเท่านั้น เช่น กรณีไม่ดำเนินการตามขั้นตอน วิธีการที่กำหนด ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอน วิธีการที่เป็นสาระสำคัญ ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกรณีที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่พิจารณาอุทธรณ์ภายในกำหนด ย่อมเป็นการละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า หรือเข้าข่ายไม่สุจริต อันเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลเท่านั้น เพราะสิทธิฟ้องคดีปกครองกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นเงื่อนไขที่ส่งผลต่อกันและกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีเงื่อนไขว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง อันเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่หากมีกฎหมายกำหนดขั้นตอน หรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ หมายถึง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือตามที่กฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้แล้วแต่กรณี การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อ มีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นแล้ว หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด เห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว จึงเป็นการจำกัดสิทธิการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการอุทธรณ์ตามระบบกฎหมายไทย มีทั้งระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะตามกฎหมายต่าง ๆ และระบบการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้คู่กรณีต้องอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก่อน เหมือนกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และการอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีปกครองเหมือนเฉพาะสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพียงแต่ของประเทศไทยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่มีผลในการทุเลาการบังคับเท่านั้น โดยผู้อุทธรณ์ต้องอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ที่ระบุชื่อและตำแหน่งในคำสั่งทางปกครองนั้น เนื่องจากเจตนารมณ์ที่ให้มีการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองก่อน เพราะเจ้าหน้าที่ที่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นผู้ที่ทราบเรื่อง และอยู่ในฐานะที่จะทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเองได้ดีที่สุด ส่วนกระบวนการพิจารณากำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่ได้รับอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง มีอำนาจทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเอง ทั้งข้อกฎหมาย และความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองนั้นใหม่ เมื่อพิจารณาคำอุทธรณ์แล้วไม่ว่าข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเหมาะสม ก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดและในเรื่องใดก็ได้ ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ตน แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ นอกจากจะต้องแจ้งผลให้แก่ผู้อุทธรณ์ทราบแล้ว ต้องรายงานความเห็น พร้อมด้วยเหตุผล ไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ส่วนผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ส่วนใหญ่เป็นผู้บังคับบัญชาตามสายงานทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ผู้ฟ้องคดีสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยตรง โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดี เช่น การฟ้องเพิกถอนกฎ การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรี การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของบรรดาคณะกรรมการต่าง ๆ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ใช่คู่กรณีในการทำคำสั่งทางปกครอง การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือคำสั่งอื่นเพราะ โดยสภาพจึงไม่อาจเป็นคู่กรณีที่ได้รับแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ได้ จึงไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองทั่วไปนั้นก่อน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 165/2551) การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองมาก่อน เช่น กรณีหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐชดใช้เงินตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยที่ไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ ผู้นั้นได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (คำ

พิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546) การที่มีกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นที่สุด เช่น พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 15/6 บัญญัติว่า การพิจารณาประเด็นทางเทคนิค เป็นอำนาจดุลพินิจของผู้อำนวยการ และให้เป็นที่สุด หรือ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 73 บัญญัติว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย อาจใช้ดุลพินิจสั่งให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล รองประธานสภาเทศบาล พ้นจากตำแหน่งก็ได้ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้เป็นที่สุด การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกคำสั่งทางปกครองใหม่เพื่อแก้ไขคำสั่งทางปกครองเดิม และผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเดิมมาแล้ว กรณีเช่นนี้ผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองใหม่นั้นอีก หรือในปัจจุบันการฟ้องละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง จะต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 179/2557)

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เคยมีความเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ไม่ได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ ก็ย่อมหมายความว่า กฎหมายห้าม มิให้คนต่างด้าวอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น จึงไม่อาจนำเรื่องการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับไม่ได้ (เรื่องเสร็จที่ 836/2546) ซึ่งผู้ศึกษาไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในกรณีนี้ เพราะหากตีความว่า กรณีกฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ ก็เท่ากับกฎหมายไม่ประสงค์จะให้มีการอุทธรณ์ ดังนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรื่องการอุทธรณ์ก็ไม่มีที่บังคับใช้ ซึ่งผู้ตรากฎหมายคงไม่ประสงค์จะให้เป็นอย่างนั้น ประกอบกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นระบบอุทธรณ์บังคับอันเป็นหลักการทั่วไปทุกกรณี เว้นแต่กฎหมายเฉพาะจะบัญญัติให้เป็นการอุทธรณ์เพื่อเลือกไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น หรือจะบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองเป็นที่สุดดังที่กล่าวข้างต้น โดยจะบัญญัติให้เลือกใช้สิทธิอุทธรณ์ก่อนหรือใช้สิทธิฟ้องศาลได้ในทันที

จากการศึกษาวิจัยระบบอุทธรณ์แบบบังคับของประเทศไทยดังที่กล่าวข้างต้น พบปัญหาของความ ไม่เหมาะสมของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้หลายกรณี ที่ต้องวิเคราะห์และอภิปรายผลต่อไป ดังนี้

4.1.1 วิเคราะห์ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบังคับสองชั้นภายในฝ่ายปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินและหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

จากการศึกษาระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองนั้นมีความสำคัญยิ่ง เพราะเป็นระบบบังคับ ในการขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนและขอให้ศาลปกครองตรวจสอบ

คำสั่งนั้นในท้ายที่สุด คงได้กล่าวแล้วว่า กระบวนการทบทวนคำสั่งทางปกครองในชั้นอุทธรณ์ ภายในฝ่ายปกครองมีสองขั้นตอน ขั้นตอนหนึ่งต้องถูกทบทวน โดยผู้ทำคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุให้ต้องมีการอุทธรณ์นั้น ขั้นตอนนี้เป็น การพิจารณาคำสั่งซ้ำอีกครั้งหนึ่ง เกิดขึ้นหลังจากตนเอง ได้ทำคำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมายไปสู่ภายนอกแล้ว เรียกขั้นตอนนี้ว่า การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ โดยปกติผู้อุทธรณ์จำเป็นต้องยื่นเรื่องต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมตามเงื่อนไขที่ผู้ทำคำสั่งเดิมได้แจ้งไว้ในคำสั่งนั้น เพราะการแจ้งคำสั่งทางปกครองผู้แจ้งจะต้องระบุขั้นตอน วิธีการอุทธรณ์ และระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ให้ผู้รับคำสั่งทราบด้วย ในกรณีที่ไม่มี การแจ้งเงื่อนไขดังกล่าว ผู้อุทธรณ์ก็ย่อมไม่มีทางจะทราบได้ว่า จะมีสิทธิอุทธรณ์ได้หรือไม่ หรืออุทธรณ์ไปยังหน่วยงานใด ผู้อุทธรณ์อาจจะอุทธรณ์ไปยังองค์กรที่เป็นผู้บังคับบัญชาที่เป็นได้ ปัญหาคือองค์กรผู้บังคับบัญชาจะใช้อำนาจรับอุทธรณ์พิจารณาต่อไปในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ได้หรือไม่ เห็นว่า ต้องแยกพิจารณาได้เป็นสองกรณี

กรณีที่หนึ่ง การยื่นอุทธรณ์ต่อตัวเจ้าหน้าที่ไม่ตรงตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้อยู่สองประการคือ

ประการแรก กรณีที่ผู้อุทธรณ์ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองไม่ได้ระบุขั้นตอน วิธีการอุทธรณ์ และระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์เลย แต่เมื่อพิจารณาปรากฏว่า อุทธรณ์นั้นครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลนั้นเป็นผู้มีสิทธิอุทธรณ์ อุทธรณ์ได้ทำเป็นหนังสือมีเนื้อความเป็นการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองทั้งโต้แย้งข้อเท็จจริง หรือโต้แย้งข้อกฎหมาย และได้ยื่นอุทธรณ์ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่เป็นกรณีที่เป็นการยื่นผิดตัวบุคคลคือ ไม่ได้ยื่นต่อตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม แต่ยื่นต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์อยู่แล้ว หากผู้บังคับบัญชาเห็นว่า เนื้อหาเป็นคำอุทธรณ์โต้แย้งที่ครบถ้วนถูกต้องก็ควรถือเป็นคำอุทธรณ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้อุทธรณ์โดยอนุโลม เนื่องจากในการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่อาจจะบังคับให้ประชาชนผู้อุทธรณ์ทราบระบบการบังคับบัญชาอันเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองได้ในทุกขั้นตอน ประกอบกับผู้บังคับบัญชาที่รับคำอุทธรณ์ก็เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยเหนือขึ้นไป เพราะแม้มีการยื่นอุทธรณ์ต่อตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม หากตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมยังคงยืนยันตามคำสั่งทางปกครองนั้น ก็ต้องส่งอุทธรณ์ให้ผู้พิจารณาอุทธรณ์ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาวินิจฉัยต่อไปอยู่แล้ว ไม่น่าจะมีปัญหาในเรื่องการอุทธรณ์ข้ามขั้นตอนแต่อย่างใด ในขั้นตอนนี้ เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์ผิด ผู้บังคับบัญชาอาจจะแจ้งให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมส่งรายงาน และหลักฐานต่าง ๆ มาประกอบการวินิจฉัยต่อไปก็ได้ หรือจะส่งไปให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยก็ได้ แต่หากการอุทธรณ์ที่ยื่นผิดนั้น เป็นผู้บังคับบัญชาที่ไม่ใช่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมาย ผู้บังคับบัญชาอาจรับคำอุทธรณ์นั้น

ไว้ในฐานะคำร้องเรียนเพื่อตรวจสอบไว้ตามอำนาจทั่วไปในระบบราชการปกติ ตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินก็ได้

ประการที่สอง กรณีที่ผู้อุทธรณ์ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง โดยระบุขั้นตอน วิธีการอุทธรณ์และระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ไว้ครบถ้วน ซึ่งผู้มีสิทธิอุทธรณ์ไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมโดยตรง แต่ได้ยื่นต่อองค์กรผู้บังคับบัญชา หากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นย่อมเป็นหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่ต้องส่งคำอุทธรณ์นั้นให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมพิจารณาวินิจฉัยต่อไป จะใช้ดุลพินิจรับเรื่องไว้วินิจฉัยไม่ได้เพราะการอุทธรณ์ได้ปฏิบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมายแล้ว เพียงแต่ยื่นต่อบุคคลผู้มีอำนาจไม่ตรงกับบุคคลที่กฎหมายกำหนด อันเป็นเรื่องเล็กน้อยที่ควรแก้ไขให้ถูกต้องเท่านั้น หากองค์กรผู้บังคับบัญชาฝ่าฝืนรับพิจารณาอุทธรณ์ไว้เอง ย่อมเป็นการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการสำคัญในการพิจารณาอุทธรณ์อย่างหนึ่ง ปัญหาคือหากต่อมามีการนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองว่า ผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เพราะไม่ให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นก่อน ศาลปกครองควรจะตีความว่า ผู้อุทธรณ์ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนในการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 วรรคสองแล้ว ในลักษณะพิจารณาองค์กรภายในฝ่ายปกครองในภาพรวมโดยไม่คำนึงถึงผลว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์จะวินิจฉัยอุทธรณ์หรือไม่หรือวินิจฉัยอุทธรณ์มีเนื้อหาเป็นอย่างไร ถือว่าผ่านขั้นตอนแก้ไขความเดือดร้อนคือมีการยื่นอุทธรณ์มาแล้ว อยู่ในเงื่อนไขการรับฟ้องคดีไว้พิจารณาทั้งสิ้น

แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งสองประการที่กล่าวข้างต้น หากบุคคลที่ยื่นอุทธรณ์ผิดนั้น ไม่ใช่ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ย่อมเป็นการยื่นต่อบุคคลที่ไม่มีหน้าที่รับพิจารณาอุทธรณ์ก็ถือเสมือนว่า ไม่ได้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นตามกฎหมาย และไม่ใช่เป็นการยื่นในฐานะเป็นคำร้องเรียนแต่อย่างใด

กรณีที่สอง การยื่นอุทธรณ์นั้นไม่ครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมาย เช่น ยื่นอุทธรณ์เกินกำหนดเวลา คำอุทธรณ์มีเนื้อความไม่ครบถ้วน หรือไม่อาจะระบุสิ่งที่โต้แย้ง หรือมีเนื้อความเป็นการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ถูกต้อง ครบถ้วน เช่น ไม่ได้โต้แย้งข้อเท็จจริง หรือโต้แย้งข้อกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่ระบุเหตุผลไว้ หรือมีการอุทธรณ์ด้วยวาจา ซึ่งแยกพิจารณาตามประเด็นได้ ดังนี้

ประเด็นการยื่นอุทธรณ์เกินกำหนดเวลานั้น เจ้าหน้าที่จะไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณาก็ได้ หากเจ้าหน้าที่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณา ก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจอนุญาตขยายเวลาอุทธรณ์แล้ว ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 66 โดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้ยื่นอุทธรณ์ยื่นคำขอมาก่อน แต่เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่จะเห็นสมควร

ประเด็นการยื่นอุทธรณ์เป็นคำอุทธรณ์ที่บกพร่องในเนื้อหา ไม่ว่าจะไม่มีการโต้แย้งข้อเท็จจริง หรือไม่มีการโต้แย้งข้อกฎหมาย หากอุทธรณ์นั้นเป็นอุทธรณ์ที่อยู่ในระยะเวลาที่แก้ไขได้ คือ ยังอยู่ในระยะเวลาอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ต้องแนะนำให้ผู้อุทธรณ์แก้ไขให้ถูกต้อง โดยใช้อำนาจตามมาตรา 66 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นอุทธรณ์ นอกเหนือจากนี้ เจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจรับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณาตามกฎหมายได้ หากรับไว้เจ้าหน้าที่นั้นอาจรับไว้ในฐานะเป็น คำร้องเรียนก็ได้ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเพื่อประโยชน์แห่งความเป็นธรรม

ประเด็นการยื่นอุทธรณ์ด้วยวาจา ย่อมเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่จะต้องบันทึกคำอุทธรณ์ด้วยวาจา และให้ผู้ยื่นอุทธรณ์ลงลายชื่อไว้ถือเสมือนมีการยื่นคำอุทธรณ์เป็นหนังสือแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดมี คำวินิจฉัยสองกรณี ที่การยื่นอุทธรณ์ด้วยวาจาไม่อาจกระทำได้ เพราะไม่เป็นการอุทธรณ์ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ร. 236/2546 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร. 382/2555) แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า ในความเป็นจริงหากมองในด้านวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว ที่ต้องการความเรียบง่าย รวดเร็ว เจ้าหน้าที่ควรรับไว้และให้เจ้าหน้าที่บันทึกเป็นคำอุทธรณ์ แล้วให้ผู้ยื่นอุทธรณ์ลงลายมือชื่อก็ถือว่าเป็นคำอุทธรณ์นับแต่วันที่ทำบันทึกและลงลายมือชื่อ เพราะเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการแจ้งและให้คำแนะนำในการยื่นอุทธรณ์ให้ถูกต้องอยู่แล้ว ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้อุทธรณ์คำสั่ง ซึ่งหากข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่กล่าวข้างต้น ศาลปกครองควรวินิจฉัยว่า เป็นการยื่นอุทธรณ์ที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว

ซึ่งทั้งสามประเด็นในการยื่นอุทธรณ์นั้นไม่ครบถ้วนตามเจตนารมณ์ของกฎหมายข้างต้น หากตีความให้ตรง กับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ต้องการเน้นความสะดวก ประหยัดของคู่กรณี และการทำงานของเจ้าหน้าที่ให้เกิดความโปร่งใส ซึ่งเห็นได้จากกระบวนการพิจารณาของผู้มีอำนาจตามกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 46 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว หรือในการพิจารณาในชั้นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 51-53 ของกฎหมายฉบับเดียวกัน แม้เห็นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นดุลพินิจให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จะแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นในทางใด ๆ หรือไม่ก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากเชื่อว่าผู้ทรงอำนาจนั้นจะใช้ดุลพินิจโดยไม่มีข้อจำกัด แต่ถ้าเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะกระทบถึงหลักการบริหารราชการแผ่นดิน กระทบหลักความมั่นคงแน่นอน ความเชื่อโดยสุจริตในความเป็นอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ในการได้รับความเชื่อมั่นไว้วางใจของประชาชน หรือกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือกระทบต่อบุคคลที่สามหรือบุคคลอื่นที่ได้รับประโยชน์ไปแล้ว ผู้พิจารณาอุทธรณ์ย่อมจะไม่แก้ไข เปลี่ยนแปลงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นตามความเหมาะสม หากจำกัดขอบเขตพิจารณาเฉพาะ

จากคำร้องขอของผู้อุทธรณ์ ซึ่งอาจพิจารณานอกเหนือคำร้องขอของผู้อุทธรณ์ได้ทุกประการ ไม่ว่าจะความชอบด้วยกฎหมาย ความเหมาะสม และในการพิจารณาแม้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้หมายความว่าคำสั่งทางปกครองจะต้องเพิกถอนทุกกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่ชอบด้วยรูปแบบ ขั้นตอนที่ไม่ร้ายแรง จนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ เพราะถึงจะแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอนในท้ายที่สุด เจ้าหน้าที่จะต้องทำคำสั่ง โดยมีเนื้อหาเช่นเดียวกันนั้นอีก แต่ผู้พิจารณาอุทธรณ์คำนึงถึงหลักดังกล่าวด้วย เพียงแต่ไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49-52 เมื่อฝ่ายปกครองยืนยันที่จะไม่แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แม้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว หรือหากฝ่ายปกครองแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่ง อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงไปในทางเพิ่มภาระให้แก่ผู้อุทธรณ์ก็ได้ ก็ย่อมมีการโต้แย้งไปยังศาลปกครอง ซึ่งในการพิจารณาของศาลปกครอง ที่ใช้หลักผูกพันตามสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของคู่ความ กล่าวคือ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในชั้นศาลปกครอง ย่อมต้องวินิจฉัยให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลง โดยการเพิกถอนในอันจะรักษาหลักนิติรัฐ และหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้ แต่ในทางกลับกัน ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีอำนาจนั้น จะแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นก็ได้ โดยพิจารณาหลักการยกเลิก เพิกถอนดังกล่าวข้างต้นก็ได้ แม้ไม่เป็นความประสงค์ของผู้อุทธรณ์ก็ตาม เห็นว่า ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้แยกความชอบหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้คนละกรณี ซึ่งศาลปกครองควรคำนึงถึงหลักการดังกล่าวของฝ่ายปกครองด้วย หากศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณี เสมือนเป็นการบีบบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในทุกกรณีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย อันขัดกับหลักการดังกล่าวข้างต้น และหลักดุลพินิจในการเพิกถอนตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ดังนั้น การยื่นอุทธรณ์ไม่ครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมายตามที่กล่าวข้างต้น เจ้าหน้าที่ควรพิจารณาถึงการปฏิบัติที่ไม่ครบถ้วนตามเงื่อนไขนั้น ควบคู่กับระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ว่าพ้นกำหนดหรือไม่ด้วย ในการจะรับอุทธรณ์ไว้พิจารณาต่อไป หากอุทธรณ์นั้นไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ เพราะฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมายอย่างชัดเจน ถ้าไม่ใช่เป็นความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือเป็นกรณีฉุกเฉิน เร่งด่วน ก็ควรรับไว้เป็นคำร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาแก้ไข ให้เกิดความเป็นธรรมต่อไป อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้อุทธรณ์ให้เกิดขึ้นตามความเป็นจริง สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ด้วยในขณะเดียวกัน ที่ไม่ต้องการกลั่นกรองกระบวนการรับคำอุทธรณ์อย่าง

เครื่องคิดเพราะระบบการอุทธรณ์ของไทย เมื่อมีการรับอุทธรณ์มาแล้ว ก็ไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ก่อนเหมือนกับระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และเมื่อฝ่ายปกครองรับคำอุทธรณ์วินิจฉัยก็ย่อมเป็นอำนาจของผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ ในชั้นกระบวนการพิจารณาคำอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะที่ฝ่ายปกครองใช้ในการทำคำสั่งนั้น หากกฎหมายนั้นไม่ได้ระบุกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ ก็ต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ในกระบวนการแบบบังคับทั่วไปไว้ซึ่งมีสองชั้น คือ ชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม และในชั้นการพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การพิจารณาอุทธรณ์สองชั้นดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับต่อหลักการบริหารราชการแผ่นดินและหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่ต้องวิเคราะห์ ดังนี้

4.1.1.1 วิเคราะห์ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับสองชั้นภายในฝ่ายปกครองตาม

หลักการบริหารราชการแผ่นดิน

จากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้อำนาจคณะรัฐมนตรี วางหลักเกณฑ์ และวิธีการให้เจ้าหน้าที่เร่งรัดการทำงานของเจ้าหน้าที่ โดยใช้หลักธรรมาภิบาลตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 เพื่อนำไปสู่เป้าหมายของการมีหลักนิติธรรม มีความโปร่งใส มีการตอบสนอง มีฉันทามติ มีความเสมอภาค มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และมีความรับผิดชอบ ควบคู่กับการเร่งรัดและกำหนดกรอบระยะเวลาในการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งอนุญาต อนุมัติ รับจดทะเบียน รับแจ้งต่าง ๆ ไว้ในกลุ่มมือบริการประชาชนตามพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 หากการพิจารณาทางปกครองดังกล่าว ไม่เป็นไปตามกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกลุ่มมือบริการประชาชน จะมีการลงโทษทั้งทางวินัย ทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบนั้น

ในการบังคับบัญชาตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินของไทย ตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 2.3.5 พบว่ามีการปกครองตามลำดับชั้นแบ่งแยกตามหน่วยงานที่มีอำนาจสูงสุดลงมาถึงหน่วยงานย่อยที่ต่ำที่สุด ตั้งแต่สำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง กรมต่าง ๆ ในสำนักนายกรัฐมนตรี หรือในกระทรวง หรือสำนักงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นแต่มีฐานะเป็นกรม สำนัก กอง แผนกในกรมนั้น ๆ จังหวัด อำเภอ กอง แผนกในจังหวัด และอำเภอ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและสำนักงาน กอง แผนกในองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น โดยถือเป็นภาพรวมในการจัดระเบียบการปกครองว่าเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น หากจะมีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

หรือองค์กรมหาชนอื่นอีก ก็จะมีการกำกับดูแลตามสายงานและลำดับชั้นของหน่วยงานตามที่กล่าวข้างต้นทั้งสิ้น ตามแต่กฎหมายจัดตั้งองค์กรนั้นจะจัดโครงสร้างและมอบอำนาจหน้าที่ไว้ในการใช้อำนาจจะต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบตามหลักนิติรัฐและนิติธรรมในทุกองค์กร และในองค์กรเหล่านั้นจะมีการคานและถ่วงดุลภายในซึ่งกันและกัน ยังมีการใช้อำนาจในเรื่องที่กฎหมายมอบอำนาจไว้โดยเฉพาะ การควบคุมตรวจสอบก็มีความเข้มข้นขึ้นตามลำดับ และเมื่อกฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครอง การควบคุมตรวจสอบในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ก็เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามมาตามแต่กฎหมายจะบัญญัติให้องค์กรใด หน่วยงานใด เป็นผู้ควบคุมตรวจสอบ และจะควบคุมตรวจสอบในเนื้อหามากน้อยเพียงใด ในกรณีอยู่ในช่วงเริ่มต้นของการใช้อำนาจเพื่อพิจารณาจะทำคำสั่งทางปกครองไปสู่ภายนอก การควบคุมตรวจสอบกฎหมายจะกำหนดกรอบในการใช้อำนาจทั้งขั้นตอน วิธีการ ระยะเวลาการพิจารณา และกรอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ทั้งสิ้น ส่วนองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบภายในที่อยู่เหนือขึ้นไป หากกฎหมายบังคับให้ต้องกระทำ โดยส่วนใหญ่แล้วจะอยู่ในลักษณะการให้ความเห็นชอบ ได้รับการอนุมัติ และหากกฎหมายไม่ได้บังคับก็ถือว่า เป็นทางเลือกสุดแต่ความสมัครใจของผู้ใช้อำนาจนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการขอคำแนะนำ ขอปรึกษาหรือต่อองค์กรที่อยู่เหนือกว่า ไม่ว่าจะเป็นฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาตามสายงาน หรือในฐานะผู้กำกับดูแลตามที่กฎหมายกำหนดในการจะทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากเรื่องใดองค์กรที่เป็นผู้บังคับบัญชาตามสายงานหรือในฐานะผู้กำกับดูแล เห็นว่า การใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่สำคัญ หรือมีปัญหาในทางปฏิบัติ ก็จะมีการสั่งการผ่านมาทางหนังสือเวียน ข้อสั่งการ กำหนดแนวทางปฏิบัติ หรือต้องรายงานเพื่อควบคุมตรวจสอบอีกชั้นหนึ่ง

สำหรับการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นแล้ว นอกจากจะมีการกำหนดรายงานเฉพาะเรื่องตามที่กล่าวแล้วข้างต้นเพื่อองค์กรผู้บังคับบัญชาตามสายงาน หรือองค์กรผู้กำกับดูแลจะควบคุมตรวจสอบภายใน อันเป็นอำนาจตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินปกติทั่วไปแล้ว ยังมีการควบคุมตรวจสอบตามกฎหมายในลักษณะอุทธรณ์ ไม่ว่าจะทบทวนตรวจสอบอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครอง หรือจะทบทวนตรวจสอบอุทธรณ์ตามกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะวัตถุประสงค์ของการให้มีระบบอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองทบทวนข้อบกพร่องต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครอง ได้กระทำขึ้นในการออกคำสั่งทางปกครอง ในการทบทวนดังกล่าวนอกจากทบทวนเหตุผล ความต้องการ ข้อคัดค้านของผู้อุทธรณ์ว่า เป็นจริงดังที่ผู้อุทธรณ์อ้างแล้วหรือไม่ ฝ่ายปกครองยังสามารถทบทวนเรื่องอื่น ๆ ในข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ได้เพิ่มเติมนอกเหนือจากข้ออ้างนั้นได้ด้วย

จากการศึกษาในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.4 พบว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ทั้งในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ และกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป กำหนดตัวบุคคลผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ในลักษณะองค์กรเดียว และเป็นบุคคลเดียวกับหลักการบังคับบัญชาตามสายงานในการบริหารราชการแผ่นดินของการบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแล ส่วนการกำหนดตัวบุคคลผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ในลักษณะองค์กรกลุ่มคือคณะกรรมการ และจะมีตัวบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาและเป็นผู้กำกับดูแลตามสายงาน โดยตำแหน่งของการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการเสมอ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปดังนี้

ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ ย่อมหมายถึง บุคคลที่กฎหมายให้อำนาจพิจารณาอุทธรณ์ มีทั้งผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะแบบองค์กรกลุ่ม และผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะแบบองค์กรเดียว เช่น พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คือ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2558 ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คือ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โภคหรือรัฐมนตรี พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518 ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คือ คณะกรรมการผังเมืองท้องถิ่นหรือคณะกรรมการอุทธรณ์แล้วแต่กรณี พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คือคณะกรรมการอุทธรณ์ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คือ อธิบดีกรมประมง พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เป็นต้น

ส่วนผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป คือ บุคคลที่เป็นองค์กรเดียวเท่านั้น ให้อำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งกำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (ดูรายละเอียดในเชิงอรรถที่ 16 ของบทที่ 1) ซึ่งเห็นว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ มีทั้งบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น ถึงผู้บังคับบัญชาสูงสุดคือรัฐมนตรีและบุคคลที่ไม่อยู่ในสายการบังคับบัญชาที่อยู่ในแบบคณะกรรมการต่าง ๆ ที่กฎหมายนั้นระบุไว้ แต่จะมีตัวบุคคลที่เป็นผู้บังคับบัญชา และเป็นผู้กำกับดูแลตามสายงาน โดยตำแหน่งของการบริหารราชการแผ่นดินเป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการเสมอ ซึ่งแตกต่างกับผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป ที่เป็นผู้บังคับบัญชาตามสายงาน การบังคับบัญชาตามกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินทั้งสิ้น เพราะการให้ ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ ที่อยู่ในแบบคณะกรรมการต่าง ๆ กฎหมายประสงค์ต้องการให้ผู้มีความชำนาญเฉพาะด้านในเรื่องนั้นเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ประการหนึ่ง และเพื่อให้การพิจารณาอุทธรณ์เกิดความรอบคอบอีกประการหนึ่ง โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทาง

ปกครองนั้นเดิมก่อน ทำให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบเฉพาะ แม้เป็นองค์กรตามสายการบังคับบัญชา หรือองค์กรผู้กำกับดูแล ก็ไม่ตกอยู่ภายใต้กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในสองชั้นดังระบบอุทธรณ์บังคับทั่วไป ปัญหาหากกฎหมายเฉพาะไม่ได้ระบุขั้นตอนและระยะเวลาการอุทธรณ์ รวมถึงผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไว้ ก็หมายความว่า กฎหมายไม่ประสงค์ให้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอีกหรือไม่ เรื่องนี้มีความเห็นแตกต่างกัน ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า สามารถนำข้อโต้แย้งไปให้ศาลปกครองตรวจสอบได้ทันที โดยไม่ต้องผ่านการทบทวนจากองค์กรภายในฝ่ายปกครองอีก และเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจะต้องแจ้งสิทธิการโต้แย้งต่อศาลปกครอง ให้ผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองนั้นทราบด้วย แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เมื่อระบบการอุทธรณ์เป็นแบบบังคับ คำสั่งทางปกครองทุกคำสั่งต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอ ซึ่งเมื่อกฎหมายเฉพาะไม่ได้ระบุขั้นตอนและระยะเวลาการอุทธรณ์ ก็ต้องนำระบบการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปมาใช้ ถือว่ากฎหมายเฉพาะมีหลักเกณฑ์ประกันความเป็นธรรม หรือมาตรฐานการปฏิบัติราชการต่ำกว่าซึ่งกรณีดังกล่าวผู้ศึกษา เห็นว่า หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้ระบุไว้ชัดเจน เช่น ระบุว่าให้คำสั่งทางปกครองเป็นที่สุดท้าย ก็ควรมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอ เพราะระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในประเทศไทยใช้ระบบบังคับเป็นหลักทั่วไป ส่วนประเด็นสมควรใช้ระบบการอุทธรณ์บังคับเป็นหลักทั่วไปหรือไม่ เป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหากที่จะต้องวิเคราะห์ในงานวิจัยนี้ต่อไป

ส่วนการทบทวนคำสั่งทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่งที่ไม่ใช่การอุทธรณ์ตามกฎหมาย แต่เป็นการทบทวนโดยใช้อำนาจบังคับบัญชาและการกำกับดูแลทั่วไป ซึ่งการทบทวนวิธีนี้ส่วนใหญ่จะปรากฏข้อเท็จจริงขึ้นจากคำร้องเรียนหรือปรากฏข่าวสารจากสื่อมวลชน เพราะในปัจจุบัน เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชามีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว โดยทั่วไปจะไม่มีกรรวบรวมรายงานคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทราบหรือตรวจสอบ ยกเว้นเพียงแต่คำสั่งทางปกครองเรื่องใด ที่ผู้บังคับบัญชาสั่งการไว้เป็นพิเศษเท่านั้นที่ต้องรายงานซึ่งไม่ครอบคลุมในทุกกรณี อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่จะหยิบเรื่องนั้นมาทบทวนตรวจสอบได้เอง โดยไม่ผ่านระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะหรือระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งข้อบกพร่องของการควบคุมตรวจสอบโดยวิธีนี้ ไม่ได้บังคับผู้บังคับบัญชาว่าจะพิจารณาทบทวนหรือไม่ แต่เป็นอำนาจดุลพินิจและความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาแต่ละตำแหน่งเอง เพราะไม่มีกฎหมายใดบังคับต้องให้กระทำเช่นนั้น และหากมีการหยิบยกขึ้นทบทวนก็ไม่มีกรอบระยะเวลาว่า จะต้องทบทวนเสร็จภายในระยะเวลาเท่าใดไปสิ้นสุดที่ผู้บังคับบัญชาชั้นใด ทำให้ประชาชนได้รับหลักประกันน้อย ขึ้นอยู่กับตัวผู้บังคับบัญชาว่าจะนำคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นขึ้นพิจารณาซ้ำหรือไม่ แต่โดยส่วนใหญ่เมื่อมีกฎหมายกำหนดบังคับให้มีการทบทวนในระบบอุทธรณ์แบบเฉพาะ และระบบอุทธรณ์แบบบังคับโดยทั่วไปแล้ว จะไม่มีการทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยผ่านการวิธีร้องเรียนหรือวิธีอื่น

อีก เพราะจะเป็นความซ้ำซ้อนกับระบบอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนด และผู้พิจารณาทบทวน ตรวจสอบตามหลักการบังคับบัญชากับผู้พิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายส่วนใหญ่ก็เป็นผู้บังคับบัญชาคนเดียวกัน ไม่อาจทำให้ผลการทบทวนหรือผลการอุทธรณ์มีความแตกต่างกันได้ คำสั่งทางปกครองเรื่องเดียวกันอาจต้องพิจารณาหลายครั้งหลายชั้นตอน ตั้งแต่ผู้ได้บังคับบัญชาต่ำสุดถึงผู้บังคับบัญชาสูงสุด และทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดภายในฝ่ายปกครองล่าช้าออกไปโดยไม่จำเป็น อันส่งผลทั้งต่อตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองด้วย ซึ่งขัดกับหลักการบริหารราชการแผ่นดินที่ดีดังได้กล่าวแล้วในบทที่สอง

สำหรับการทบทวนเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองตามอำนาจบังคับบัญชา ก็ไม่ได้ถูกผูกมัดผู้บังคับบัญชาว่า จะตรวจสอบแค่ไหน เพียงใด ไม่ว่าจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย หรือความเหมาะสม ยิ่งหากก้าวล่วงไปแก้ไข เปลี่ยนแปลง ต่อมา มีการยกเลิก เพิกถอน หรือมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามระบบการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป หรือตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ย่อมเกิดความคลั่งในผลของคำสั่งทางปกครองขึ้นได้ซึ่งยากต่อการแก้ไขเยียวยาในภายหลัง และกระทบต่อความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนด้วย กรณีดังกล่าวหากแก้ปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้บังคับบัญชาจำกัดขอบเขตทบทวนตรวจสอบกรณีนี้ เฉพาะเป็นการตัดสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เช่น ไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นตามที่กฎหมายกำหนด หรือมีการยื่นอุทธรณ์แต่ยื่นเกินกำหนดระยะเวลาตามกฎหมาย หรือเป็นอุทธรณ์ที่ไม่ถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมายและพ้นระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์แล้ว และไม่ควรรับพิจารณาตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ยุติในชั้นกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์และศาลปกครองวินิจฉัยเป็นที่สุดในเรื่องนั้นแล้ว อีกประการหนึ่ง การทบทวนตรวจสอบโดยวิธีนี้ ไม่อาจจะเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปจากผู้ทำคำสั่งขึ้นต้นได้ เพราะในหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันกับผู้ได้บังคับบัญชาที่ทำคำสั่งทางปกครองด้วย ไม่ได้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบเฉพาะตัว อย่างเจ้าหน้าที่ของราชอาณาจักรสวีเดน และบางกรณีผลของคำสั่งทางปกครองนั้นอาจทำตามคำสั่งของตนซึ่งผู้บังคับบัญชาก็ได้ ไม่ว่าจะสั่งด้วยวาจา หรือตามหนังสือเวียน หรือกำหนดแนวทางปฏิบัติก็ตาม และการบังคับบัญชาปัจจุบันยังคงมีระบบอุปถัมภ์จะช่วยเหลือผู้ได้บังคับบัญชาอยู่เสมอ

แม้ว่า การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ มีความซ้ำซ้อนกับการควบคุมตรวจสอบของผู้ที่ใช้อำนาจบังคับบัญชา และการกำกับดูแลตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน แต่การควบคุมตรวจสอบดังกล่าว เป็นการควบคุมตรวจสอบอันเนื่องมาจากคำร้องเรียนทั่วไป ซึ่งการควบคุมตรวจสอบมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบการอุทธรณ์แบบไม่บังคับ ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่มีการควบคุมตรวจสอบด้วยวิธีการร้องเรียนภายในฝ่าย

ปกครอง ซึ่งเป็นระบบปกติเช่นเดียวกัน แต่ไม่มีการผูกมัดว่า เมื่อร้องเรียนแล้วเจ้าหน้าที่จะพิจารณา คำร้องเรียนหรือไม่ เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่เอง และไม่มีแบบพิธีกำหนดไว้เป็นพิเศษ อาจกระทำ ด้วยวาจาก็ได้ หากผู้ร้องเรียนไม่พอใจในคำวินิจฉัยก็สามารถนำไปฟ้องคดีต่อศาลได้ เพราะคำ วินิจฉัยนั้น ไม่ใช่คำตัดสินชี้ขาดตามกฎหมาย เพราะผู้ร้องเรียนสามารถใช้วิธีการอุทธรณ์ตาม กฎหมายได้อยู่แล้ว เพราะสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือก ไม่ใช้ระบบการอุทธรณ์ บังคับ หากมีระบบอุทธรณ์บังคับก็เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ไม่ได้เป็นหลักการทั่วไป ทำให้การ พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่มีปัญหาความซ้ำซ้อน หรือความลักลั่นของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้น

จากที่กล่าวข้างต้น เป็นความไม่เหมาะสม ในระบบการทบทวนตรวจสอบคำสั่งทาง ปกครองอย่างหนึ่งที่ประเทศไทยใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ ซึ่งทั้งการตรวจสอบโดยวิธีการ พิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ และการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปที่ดี ต้องใช้หลักการ ควบคุมจากองค์กรเดียวไปสู่การพิจารณาจากองค์กรกลุ่ม ในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองให้มี คุณภาพถูกต้อง เกิดความรอบคอบตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เห็นได้ชัดกรณีมีการออกคำสั่ง ทางปกครองโดยคณะกรรมการในรูปองค์กรกลุ่มอยู่แล้ว กฎหมายจะกำหนดไม่ให้มีการอุทธรณ์ ภายในฝ่ายปกครองต่อองค์กรใดอีก ไม่ว่าจะอุทธรณ์ไปยังองค์กรเดียว หรืออุทธรณ์โดยองค์กรกลุ่ม และหากมีการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น ก็สามารถนำไปสู่การตรวจสอบของศาลปกครองต่อไป อันบัญญัติไว้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 47 ใน ระบบอุทธรณ์บังคับทั่วไป ซึ่งยิ่งหากให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เป็นองค์กรเดียว ในลักษณะ เดียวกับผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิม ยิ่งไม่อาจรับรองได้ว่า การพิจารณาในชั้นอุทธรณ์จะเกิดความ รอบคอบมากกว่า หากองค์กรที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นองค์กรกลุ่มที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน องค์กรที่ควบคุมตรวจสอบก็สมควรมีความเชี่ยวชาญอย่างเพียงพอที่จะทบทวนคำสั่งทางปกครอง นั้นด้วย

จากข้อมูลที่ได้ในการสัมภาษณ์บุคคลผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบองค์กรเดียว (รายละเอียดปรากฏอยู่ในภาคผนวก ก.) ปรากฏว่า มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกคำสั่งทาง ปกครองเดิมในชั้นอุทธรณ์น้อย และโดยเฉพาะหากผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณา อุทธรณ์ในชั้นแรก ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ข้อมูลว่า ไม่เคยวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปตามความการของ ผู้อุทธรณ์เดิมเลย ถ้าจะแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบ้าง ก็ในฐานะใช้อำนาจในกระบวนการ พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สอง เนื่องจาก หากมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมไป เสมือนเป็นการยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองเดิมที่ตนเคยออกคำสั่ง ไปนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงมา เพิกถอน อาจจะต้องถูกฟ้องเป็นจำเลยได้ ไม่ว่าทั้งทางละเมิด ทางอาญา อีกประการหนึ่ง เป็นการลด

ความน่าเชื่อถือของหน่วยงาน เพราะในการปฏิบัติหน้าที่ต้องได้รับความไว้วางใจจากประชาชน ด้วยเสมอ

เมื่อระบบการทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ในชั้นอุทธรณ์เป็นแบบระบบบังคับ ไม่ว่าตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะหรือพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และจากการศึกษาระบบการอุทธรณ์บังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ มีหลายรูปแบบ เช่น การอุทธรณ์ในรูปของการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการหรือองค์กรกลุ่ม การอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจคนเดียวหรือองค์กรเดี่ยว มีทั้งการอุทธรณ์ที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการ และกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการอีกชุดหนึ่ง หรือเกิดจากคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการ และกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจคนเดียวหรือองค์กรเดี่ยว หรือเกิดจากคำสั่งทางปกครองของผู้มีอำนาจคนเดียว และกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจคนเดียว หรือเกิดจากคำสั่งทางปกครองขององค์กรผู้มีอำนาจคนเดียวและกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการก็ได้ ทั้ง 4 ลักษณะดังกล่าวข้างต้น หากมีการอุทธรณ์แบบสองชั้นในระบบอุทธรณ์บังคับแบบเฉพาะ ซึ่งก็ต้องปฏิบัติไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ

ส่วนระบบการอุทธรณ์บังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเป็นการทั่วไป ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันมีลักษณะการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองสองชั้นเช่นกัน แต่นำมาใช้ในกรณีกฎหมายเฉพาะที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ไม่มีการกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ การอุทธรณ์แบบบังคับชั้นแรก คือ การอุทธรณ์โดยตรงต่อตัวผู้ทำคำสั่งอันเป็นเหตุให้ต้องมีการอุทธรณ์ ไม่ว่าผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมจะเป็นผู้ออกคำสั่งโดยใช้อำนาจคนเดียว หรือใช้อำนาจออกคำสั่งในรูปมติของคณะกรรมการ ส่วนการอุทธรณ์ชั้นที่สอง เป็นกรณีที่ไม่ใช่อุทธรณ์ต่อตัวผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์โดยตรง แต่เป็นการอุทธรณ์ภายใต้เงื่อนไขว่า จะต้องผ่านการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ทำคำสั่งทางปกครองชั้นแรก คือ ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมมาก่อน และเป็นกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองชั้นแรก ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ แม้ไม่เห็นด้วยเพียงบางส่วนหรือเพียงเล็กน้อยก็ตาม จึงเป็นหน้าที่ของผู้ทำคำสั่งทางปกครองชั้นแรกต้องส่งคำอุทธรณ์นั้นให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยต่อไป แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่มีการดำเนินการส่งอุทธรณ์นั้นไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ เพียงแต่แจ้งสิทธิในการฟ้องคดี ถือว่าเป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ไม่ถูกต้องย่อมเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ต่อไป โดยไม่จำเป็นต้องกลับมาใช้สิทธิในกระบวนการอุทธรณ์ซ้ำอีก แต่หากกรณีที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งไม่รับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณาผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น จึงไม่ต้องรายงานความเห็นพร้อมด้วยเหตุผล ไปยังผู้พิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยต่อไป เพราะไม่ใช่เป็น

กรณีที่ทำคำสั่งทางปกครองเดิมยื่นคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเป็นช่องว่างของกฎหมายอีกประการหนึ่ง

เมื่อพิจารณาจากตัวผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ที่ได้กำหนดในกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยละเอียดแล้ว ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปนี้ จะเป็นผู้บังคับบัญชาตามสายงานการบังคับบัญชาทั้งสิ้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายมุ่งหมายให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง เป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชาในการทำคำสั่งทางปกครอง โดยไม่มีความแตกต่างกับผู้มีอำนาจทบทวนตรวจสอบตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินทั่วไป ย่อมส่งผลการจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปจากผู้ทำคำสั่งชั้นต้นย่อมเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ยาก เช่นเดียวกัน ยิ่งหากในเรื่องนั้นมีการร้องเรียนตามสายงานปกติก่อนจะมีการอุทธรณ์และหากมีคำวินิจฉัยแล้ว ยังไม่มีหนทางที่ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์จะเพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้น ไปจากเดิม ดังได้กล่าวแล้วจากการสัมภาษณ์ผู้ที่ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือ เพิกถอนคำสั่งนั้นจำนวนน้อย ส่วนใหญ่จะยังคงยื่นคำสั่งทางปกครองเดิม เพราะเห็นว่า บางกรณีแม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ยังไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง คำสั่งนั้น ได้ในชั้นอุทธรณ์ เพราะย่อมเป็นปัญหาในการบริหารราชการแผ่นดินที่ได้ดำเนินไปเสร็จสิ้นแล้ว และอาจขาดความต่อเนื่อง ในบางกรณีต้องดำเนินการด้วยความเร่งด่วน หรือกระทบร้ายแรงต่อ สุขภาพ อนามัย สิ่งแวดล้อม หรือประโยชน์สาธารณะ ยิ่งคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ ที่ไม่กระทบต่อเนื้อหาในคำสั่งนั้นแล้ว ก็ย่อมไม่มีทางจะแก้ไข เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม อีกทั้ง หากกรณีคำสั่งทางปกครองนั้นเกิดจากแนวทางปฏิบัติ ของผู้บังคับบัญชาที่กำหนดล่วงหน้าไว้ ก็ยังไม่มีทางจะแก้ไข เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งในอนาคตไม่ว่าจะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองหรือไม่ และศาลปกครองจะวินิจฉัย หรือเพิกถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือไม่ อย่างไร

เห็นว่า วิธีปฏิบัติของผู้ให้สัมภาษณ์ดังกล่าว ย่อมไม่สอดคล้องกับจุดมุ่งหมายของการให้มีระบบการอุทธรณ์ ที่ให้ผู้รับอุทธรณ์มีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ และมีหน้าที่จะต้องรับฟัง และพิจารณาทบทวนตรวจสอบอย่างเป็นธรรม เพราะการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ย่อมมีผลทำให้กระทบกระเทือน หรืออาจเกิดความไม่พอใจต่อผลประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ผู้ที่ไม่พอใจก็ย่อมขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนการกระทำนั้นได้ ซึ่งนอกจากเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองทบทวนตรวจสอบ แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามจุดมุ่งหมายของผู้อุทธรณ์แล้ว ยังเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองเองที่จะได้ทราบถึงข้อบกพร่องต่าง ๆ อันอาจเป็นข้อมูลในการแก้ไขปรับปรุงการบริหารงานให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่หากมองในด้านการคุ้มครองประชาชนที่ให้ผู้

อุทธรณ์เสนอปัญหาในเรื่องที่ตนเองไม่เห็นด้วยในการกระทำของฝ่ายปกครอง ให้เจ้าหน้าที่ที่ทำการสั่งทางปกครองนั้น หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้น เปลี่ยนแปลง แก้ไขคำสั่งทางปกครอง ให้เป็นประโยชน์แก่ตน แต่ก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงผลไปจากเดิมได้เท่าใดนักตามที่ได้วิเคราะห์แล้วข้างต้น

ดังนั้น เมื่อผู้พิจารณาอุทธรณ์ยังคงยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิมเสมอ กฎหมายจะยังคงไว้วางใจให้ผู้บังคับบัญชา หรือผู้ทำคำสั่งชั้นต้นเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ และควรวินิจฉัยหรือหน่วยงานอื่นที่มีความอิสระมากกว่าเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ หรือกำหนดให้ระบบการอุทธรณ์บังคับมีข้อยกเว้นมากขึ้น หรือจะมีการยกเลิกระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ โดยใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกหรือไม่ หรือให้ใช้ระบบอุทธรณ์แบบเพื่อเลือกเป็นหลักทั่วไปแทนระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ ดังที่ใช้ในระบบอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งจะได้เสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป

แม้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของต่างประเทศ ทั้งสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการอุทธรณ์ในระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง แต่ก็มีความแตกต่างโดยมีนัยยะสำคัญ กล่าวคือกระบวนการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ระบบเพื่อเลือกที่จะอุทธรณ์หรือไม่ก็ได้เป็นระบบทั่วไป หากเลือกที่จะไม่อุทธรณ์ ก็ยอมนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้องศาลปกครองได้ทันที หากเลือกที่จะอุทธรณ์ก็เป็นดุลยพินิจของฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ก็ได้ และหากเจ้าหน้าที่ใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองพิจารณาอุทธรณ์ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น ก็ไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และไม่ได้อยู่ในเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตรงกันข้ามกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นสิทธิของประชาชนที่ได้รับผลกระทบกระเทือนมีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง และเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องพิจารณาอุทธรณ์นั้น นอกจากนี้การอุทธรณ์ตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นหลักทั่วไป และเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรับฟ้องคดีของศาลปกครองอีกด้วย การอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครองดังกล่าว ย่อมมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน การอุทธรณ์บังคับเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า การอุทธรณ์เป็นขั้นตอนที่บังคับให้ต้องดำเนินการตามขั้นตอนนั้นก่อน การอุทธรณ์บังคับจึงมีผลในทางที่เป็นการจำกัดสิทธิการฟ้องคดีตามปกติของคู่กรณี ในการนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง การจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมกระทำได้โดยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้นหรืออยู่ภายใต้หลักนิติรัฐนั่นเอง ส่วนการอุทธรณ์ไม่บังคับหรือการอุทธรณ์เพื่อเลือก เป็นกรณีที่คู่กรณีมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนก็ได้ หรือไม่อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง แต่จะนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองโดยตรงก็ได้

ดังนั้น แม้ว่าจะนำระบบการอุทธรณ์ภายในของต่างประเทศมาใช้เป็นแนวทางการอุทธรณ์ของประเทศไทย แต่ก็ส่งผลต่อการพิจารณาอุทธรณ์ที่แตกต่างกันดังกล่าวข้างต้น ซึ่งหากนำมาใช้ย่อมมีผลกระทบอยู่ไม่น้อย เพราะต่างก็มีบริบทของการบริหารราชการแผ่นดินแตกต่างกัน แม้ระบบการอุทธรณ์บังคับสองชั้นภายในฝ่ายปกครอง ที่กำหนดอำนาจของผู้พิจารณาอุทธรณ์จะสอดคล้องกับหลักการบริหารราชการแผ่นดินของไทย ที่ผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่าต้องรับผิดชอบและตรวจสอบการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ต่ำกว่าเสมอ แต่เมื่อกระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ย่อมไม่อาจพิจารณาในเรื่องนั้นอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพนัก เพราะในทางหนึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชาที่ตนต้องรับผิดชอบอยู่ด้วย จึงไม่อาจให้ความเป็นธรรมได้อย่างเต็มที่ อีกทางหนึ่ง การที่ผู้ได้บังคับบัญชาทำคำสั่งทางปกครองไปก็เนื่องมาจากคำสั่งของตน เพราะตนได้สั่งการในรูปหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือสั่งการด้วยวาจาต่าง ๆ ไว้ล่วงหน้า โดยใช้อำนาจการบังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครองแล้ว และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาอุทธรณ์ในชั้นแรก เป็นอำนาจของผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิม ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิม ย่อมเป็นการพิจารณาเรื่องทางปกครองที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย ซึ่งจะวิเคราะห์ในตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในหัวข้อต่อไป

4.1.1.2 วิเคราะห์ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบังคับสองชั้นภายในฝ่ายปกครองตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

จากการศึกษาหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.6 เป็นหลักการประกันสิทธิในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่เพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานตามหลักนิติธรรม อันเป็นกลไกที่ว่าด้วยขั้นตอนและวิธีการในการทำคำสั่งทางปกครอง ที่เรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ไม่มีอคติ และต้องรับฟังข้อเท็จจริงก่อนการวินิจฉัย เพราะเนื่องจากหากเจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองใดขึ้นแล้ว ผลคือเจ้าหน้าที่สามารถบังคับการให้ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นได้โดยทันที และอาจกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลทันทีได้เช่นกัน ซึ่งการมีหลักประกันดังกล่าว ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่วินิจฉัยได้ถูกต้องตรงกับเนื้อหาความเป็นจริงมากยิ่งขึ้นว่าตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจนั้น มีสภาพความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองหรือไม่ ความไม่เป็นกลางที่ทำให้การพิจารณาทางปกครองที่ไม่ชอบตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เกิดขึ้นหลายลักษณะ เช่น ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กับบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับวินิจฉัย ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับประเด็นที่จะวินิจฉัย และการมีความคิดเห็นล่วงหน้าต่อประเด็นที่จะวินิจฉัยนั้นว่าจะวินิจฉัยอย่างไร สถานการณ์เหล่านี้อาจจะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ขัดแย้งกันกับเรื่องที่จะวินิจฉัย หรือหน้าที่ที่ไปด้วยกันไม่ได้เช่น

ความเป็นญาติพี่น้อง เป็นศัตรู เป็นหุ้นส่วนทางธุรกิจ เป็นนายจ้างลูกจ้าง หรือเคยวินิจฉัยในประเด็นนั้นมาแล้ว ตลอดจนความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดที่อาจทำให้เกิดความลำเอียง เช่น เคยร้องเรียนหรือกล่าวหาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้จะวินิจฉัย ซึ่งสถานการณ์ที่ทำให้เจ้าหน้าที่อาจเกิดอคติ กรณีนี้ อยู่ในขอบเขตที่กว้างหลายสถานการณ์ ซึ่งพิจารณาจากตัวเจ้าหน้าที่ว่า มีเหตุอาจทำให้การวินิจฉัยมีอคติไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นสำคัญ เมื่อคำสั่งทางปกครองใดขัดต่อสภาพดังกล่าว ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลย่อมวินิจฉัยให้คำสั่งทางปกครองไม่มีผลบังคับใช้ แต่ศาลก็มีขอบเขตจำกัดตามอำนาจที่ให้ไว้ในกฎหมายเท่านั้น

ส่วนแนวคิดในการมีหลักประกันคุ้มครองผู้จะถูกระทบสิทธิตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ มีอยู่ตามกฎหมายเฉพาะในพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ เช่น การสอบสวนเพื่อลงโทษทางปกครองของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ การพิจารณาให้สิทธิหรือตัดสิทธิประโยชน์ของบุคคล ไม่ว่าจะพิจารณาออกใบอนุญาต การรับแจ้ง การรับจดทะเบียน การเพิกถอน การพักใช้ การต่อใบอนุญาตต่าง ๆ หรือเรียกว่า การพิจารณาเพื่อมุ่งไปถึงการทำคำสั่งทางปกครองในขั้นตอนสุดท้าย ส่วนหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ใช้ในการพิจารณาของการทำคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ที่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นหลักทั่วไปที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีทั้งหลักประกันอันเกิดจากตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นสภาพภายในเช่น เป็นคู่กรณีเอง เป็นญาติกับคู่กรณี หรือเคยมีความสัมพันธ์พิเศษกับคู่กรณีมาก่อน หรือเกิดจากสภาพภายนอกที่ทำให้การพิจารณาเพื่อทำคำสั่งทางปกครองไม่มีสภาพความเป็นกลาง เช่น เคยมีความคิดเห็น หรือเคยพิจารณาเรื่องนั้นมาก่อน ทั้งกฎหมายเฉพาะและกฎหมายทั่วไปนี้ โดยหลักเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาจากลักษณะเฉพาะของกฎหมายที่เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองนั้นก่อน หากมีหลักประกันความเป็นธรรมไม่ต่ำกว่าหลักประกันความเป็นธรรมที่กำหนดไว้ในกฎหมายทั่วไป ก็ไม่มีความจำเป็นต้องคำนึงถึงและนำหลักประกันความยุติธรรมตามชาติตามหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้

ในการพิจารณาอุทธรณ์เป็นการเตรียมการและดำเนินการเพื่อทำคำสั่งทางปกครองใหม่ ไม่ว่าจะเป็นการยืนยันตามคำสั่งทางปกครองเดิม หรือเพิกถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นไปในทิศทางใด อาจเพิ่มภาระให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไปจากเดิมก็ได้ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง และมีผลเข้าไปแทนที่คำสั่งทางปกครองเดิม การพิจารณาอุทธรณ์จึงเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่อย่างหนึ่ง ซึ่งหลักประกันในชั้นพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ ในการทบทวนคำสั่งทางปกครองตามระบบกฎหมายทั่วไปมีสองลำดับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ให้ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาทบทวนอุทธรณ์นั้น และเมื่อมีการทบทวน

อุทธรณ์แล้ว หากเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ก็ให้ดำเนินการเพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้น และตัดอำนาจผู้พิจารณาอุทธรณ์ในลำดับที่สูงกว่า กรณีดังกล่าวจึงเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งต้องบังคับตามหลักเกณฑ์การในการพิจารณาทางปกครองก่อนทำคำสั่งทางปกครองด้วย แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอุทธรณ์เป็นคน ๆ เดียว กับเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม ถือว่าผู้พิจารณาอุทธรณ์ในชั้นตอนนี้เป็นคู่กรณีเองอันอาจมีอคติต่อเรื่องที่พิจารณาอยู่นั้น อาจกล่าวได้ว่า ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการวินิจฉัย หรือมีความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับประเด็นที่จะวินิจฉัยแล้ว และยอมเป็นผู้มีความคิดเห็นหรือเป็นผู้ใช้ดุลพินิจล่วงหน้าต่อประเด็นที่จะวินิจฉัยนั้น สถานการณ์เหล่านี้อาจจะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย เพราะเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ขัดแย้งกัน หรือหน้าที่ที่ไปด้วยกันไม่ได้ อันเป็นความไม่เป็นกลางทางอัตตะวิสัย หมายถึง ความไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสภาพภายในความคิดจิตใจของตัวเจ้าหน้าที่ มีสภาพขัดต่อความเป็นกลางอย่างร้ายแรง ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หากมีสถานการณ์ดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ต้องหยุดการพิจารณาและแจ้งผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปอีกชั้นหนึ่งเพื่อวินิจฉัยสั่งการ หากมีเหตุความไม่เป็นกลางจริงก็ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นพิจารณาอุทธรณ์แทนผู้ที่มีคุณสมบัติขัดต่อหลักความเป็นกลางนั้น ในการให้บุคคลทำหน้าที่แทนต้องเป็นบุคคลที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองได้ด้วยตามกฎหมาย กระทั่งที่ 6 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งก็คือ ตัวผู้บังคับบัญชานั้นเอง หากตัวผู้บังคับบัญชาที่ทำหน้าที่แทน เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ทั้งหมดก็คงไม่มีปัญหามากนัก เพราะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมให้ตรงกับความต้องการของผู้อุทธรณ์และไม่มีปัญหาในการนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองอีก แต่หากผู้บังคับบัญชาที่ทำหน้าที่แทนนั้นไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ต้องส่งอุทธรณ์นั้น ไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งก็คือตนเป็นผู้พิจารณาต่อไปย่อมถือว่า มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับประเด็นที่จะวินิจฉัย อันมีสภาพขัดต่อความเป็นกลางเช่นเดียวกัน และถึงแม้ผู้ใช้อำนาจพิจารณาอุทธรณ์เรื่องนั้นจะได้พิจารณาอุทธรณ์ไป คงไม่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยเดิมเช่นกัน

โดยปกติขณะการพิจารณาทางปกครองเรื่องใดขัดต่อหลักความยุติธรรมตามชาติและหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองตามที่กล่าวข้างต้น ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่มีสภาพขัดต่อความเป็นกลางคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากปรากฏ โดยชัดแจ้งว่าแม้จะเพิกถอนไปฝ่ายปกครองก็คงจะทำคำสั่งทางปกครองมีเนื้อหาเช่นเดิมอีก การเพิกถอนจึงไม่มีผลเป็นการ

เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งได้ องค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบเหนือขึ้นไปก็ควรต้องปล่อยให้เป็นไปตามนั้น ในอันเป็นรักษาความมั่นคงแน่นอนในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ ไม่ให้เป็นปัญหาต่อการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองแม้กระทบต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เพื่ออุดช่องว่างไม่ให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวขึ้นอีก ควรมีมาตรการภายในฝ่ายปกครองลงโทษตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นตามอำนาจขอบเขตของการบังคับบัญชาตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.6 ต่อไป

จากที่วิเคราะห์ระบบการอุทธรณ์บังคับสองชั้นภายในฝ่ายปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินใน 4.1.1.1 แล้วว่า ได้สัมภาษณ์ผู้ที่ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ในชั้นแรก ส่วนใหญ่จะมีการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองน้อย และยังคงยืนยันไปตามคำสั่งทางปกครองเดิม เพราะหากผู้ที่ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติเห็นว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่คงไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และบางกรณีในการทำคำสั่งทางปกครองแต่ละครั้ง ผู้บังคับบัญชามักจะวางแผนทางปฏิบัติไว้ล่วงหน้าแล้ว ไม่อยู่ในฐานะจะแก้ไขอะไรได้ หากเกิดความเสียหาย จากการไม่ปฏิบัติตามแนวทางที่ผู้บังคับบัญชากำหนดไว้ ย่อมเป็นความรับผิดชอบในทางส่วนตัวด้วย ไม่ว่ามีผลต่อการแต่งตั้ง โยกย้าย รับผิดชอบละเมิดด้วย อีกทั้งบางกรณีผู้พิจารณาอุทธรณ์มีธงคำตอบไว้ก่อนล่วงหน้าแล้ว และอีกประการหนึ่ง เมื่อการพิจารณาอุทธรณ์ขัดต่อสภาพความเป็นกลางจะไม่มีผลต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ที่ถึงขั้นจะต้องมีการเพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง แต่ก็ควรใช้วิธีการตรวจสอบตัวผู้ทำคำสั่งนั้น อันเป็นการใช้มาตรการทางการบริหารกับตัวเจ้าหน้าที่นั้นด้วย เพื่อป้องกันมิให้กระทำการพิจารณาทางปกครองขัดต่อสภาพความเป็นกลางอีก

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น แม้ระบบกฎหมายไทยจะเปิด โอกาสให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมได้มีโอกาสดทวน ตรวจสอบความผิดพลาดบกพร่องของตนเองก่อน ตามระบบการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เห็นว่า การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองอันเป็นการภายในฝ่ายปกครองนี้ไม่ได้ให้หลักประกันพิเศษแก่ผู้อุทธรณ์แต่ประการใด เพราะเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องอาจเพิกเฉยไม่พิจารณาภายในกำหนดเสียก็ได้ เพราะระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์เป็นระยะเวลาเร่งรัดเจ้าหน้าที่เท่านั้น ซึ่งไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใดและหากเจ้าหน้าที่ไม่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ก็เป็นเรื่องของการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ด้วยความล่าช้า อันอาจฟ้องให้ศาลปกครองสั่งให้ฝ่ายปกครองทำการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่ศาลปกครองกำหนดได้ และก็ไม่แน่ว่า ในท้ายที่สุดจะมีการฟ้องคดีหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องดุลพินิจของผู้อุทธรณ์เอง หรือถึงแม้จะพิจารณาอุทธรณ์ไป ถ้าเห็นว่า เป็นคำสั่งทาง

ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะใช้ดุลพินิจ ไม่เพิกถอนก็ได้ เพียงหากประสงค์เพิกถอน ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ตามมาตรา 49-51 ของกฎหมายอุทธรณ์แบบ บังคับทั่วไปเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ ไม่เป็นการให้หลักประกันต่อ ประชาชนตามความเป็นจริง เพราะผลของการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองหรือไม่อยู่ที่ ความพอใจของฝ่ายปกครองแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม อีกทั้งวิธี พิจารณาก็อาจไม่ได้รับความยุติธรรมที่แท้จริง เพราะบทบัญญัติตามมาตรา 44 ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำ คำสั่งทางปกครอง เป็นผู้พิจารณาเสียเอง ขาดสภาพความเป็นกลาง อาจมีอคติ หรือความลำเอียง เกิดขึ้นได้ เพราะเป็นบุคคลที่มีส่วนได้เสีย อันขัดต่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในมาตรา 13 และมาตรา 16 อีกด้วย เพราะการพิจารณาคำอุทธรณ์เป็นการพิจารณาทาง ปกครองประเภทหนึ่ง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่จะต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณา ทางปกครองนั้น อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการควบคุมตรวจสอบการ ใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง และหากต่อมาเมื่อมีการพิจารณาอุทธรณ์เป็นประการ ใดแล้ว ในท้ายที่สุด เจ้าหน้าที่ต้องทำคำสั่งทางปกครองใหม่ไม่ว่าจะยืนยันตามคำสั่งทางปกครอง เดิม หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิม และนอกจากนี้ การให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทาง ปกครองเดิมมีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ ยังเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice Principles) อีกด้วย เพราะหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ถือหลักการ ไม่มีผู้ใด เป็นผู้ตัดสินในคดีของตนได้ ซึ่งอาจทำให้เกิดสถานการณ์ ที่ทำให้เจ้าหน้าที่อาจเกิดอคติขึ้นได้ เพราะธรรมชาติของมนุษย์จะต้องเห็นว่า สิ่งที่คุณทำไปต้องถูกต้องเสมอ การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่ง ทางปกครองก็เช่นกัน เป็นการยากที่จะให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นยอมรับว่า ตนได้กระทำการบกพร่อง หรือ ผิดพลาด เพราะหากเห็นว่า ตนเองได้กระทำการบกพร่อง หรือผิดพลาด คงจะไม่ทำสิ่งนั้นมาตั้งแต่ ต้น อีกทั้ง ในบางกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำทางปกครองใดลงไป ไม่อยู่ในฐานะจะแก้ไขอะไรได้ เพราะทำตามแนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียนของหน่วยงาน หรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

อย่างไรก็ตาม การให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมมีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ ยังมีข้อเสียอีกอย่างน้อยสองประการ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ไม่ได้เปิดโอกาสให้ผู้อุทธรณ์ซักถามใน ประเด็นที่สงสัยเพิ่มเติมต่อหน้าผู้มีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ เพียงแต่พิจารณาจากคำอุทธรณ์ที่ผู้ อุทธรณ์ยื่นไว้เท่านั้นประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง เป็นการเพิ่มขึ้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่าย ปกครองโดยไม่จำเป็น ไม่อาจหวังผลในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นได้เป็นการเสียเวลาโดยใช่ เหตุ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่จะได้รับการปฏิบัติจาก เจ้าหน้าที่รัฐด้วยความรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ ซึ่งบางเรื่องหากล่วงเลยเวลาไปย่อมเกิดความ ล่าช้า ไม่ทันต่อความต้องการของประชาชน แม้เจ้าหน้าที่จะวินิจฉัยให้เป็นคุณในภายหลัง ก็ไม่เป็น

ประโยชน์กับผู้อุทธรณ์ในเรื่องนั้น การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของประเทศไทย เป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับ และการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่มีผลเป็นการทูลเกล้าฯตามคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ยังบังคับตามคำสั่งทางปกครองเดิมอยู่ดี แต่ตามหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้เป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีผลเป็นการทูลเกล้าฯบังคับไปในตัว จึงกล่าวได้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 มีผลในทางหลักการหรือทางทฤษฎีเท่านั้นที่อาจมองไปได้ว่า เป็นการคุ้มครองสิทธิแก่ประชาชน ที่ไม่พอใจสามารถอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองได้ แต่ในสภาพความเป็นจริงไม่มีผลในทางปฏิบัติ

จากการศึกษาในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1 วิเคราะห์ได้ว่า การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของราชอาณาจักรสเปน แม้จะมีความแตกต่างจากประเทศไทย ที่กำหนดให้ผู้อุทธรณ์สามารถอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ลำดับชั้นสูงกว่าได้ทันที โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ทำคำสั่งอีกครั้ง ทำให้ไม่เสียเวลาในการอุทธรณ์และน่าจะเป็นประโยชน์ หากนำมาปรับใช้ในประเทศไทย เพราะในความเป็นจริงส่วนใหญ่แล้ว หน่วยงานที่ออกคำสั่งมักจะยืนยันในคำวินิจฉัยตน การกำหนดให้อุทธรณ์ตามลำดับชั้นโดยไม่ต้องผ่านหน่วยงานทางปกครองที่ทำคำสั่งเดิม จะประหยัดเวลาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็นอย่างมาก เนื่องจากการอุทธรณ์ของประเทศไทย มีลักษณะบังคับและเป็นเงื่อนไขก่อนที่จะมีการฟ้องคดี ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในชั้นอุทธรณ์จึงมีความสำคัญยิ่ง หากไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากสาเหตุใด ก็ไม่สามารถนำไปฟ้องให้ศาลปกครองตรวจสอบได้ ถึงแม้จะยกเป็นคดีให้ศาลปกครองตรวจสอบ ศาลก็ไม่อาจจะรับคดีไว้พิจารณา เนื่องจากไม่มีการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหาย คือ ไม่มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาก่อน เพราะหาก ศาลปกครองรับฟ้องไว้ได้พิจารณาโดยไม่มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับมาก่อน เท่ากับว่า ศาลปกครองไม่เป็นการเคารพหลักการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่ให้มีการทบทวนก่อน ส่งผลให้ระบบอุทธรณ์แบบบังคับไม่มีที่บังคับและหมดความหมายไป

จากที่วิเคราะห์ทั้งหมดข้างต้น การที่กฎหมายกำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม ย่อมไม่สอดคล้องตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการประกันความเป็นธรรมในทางปกครอง ซึ่งจะได้เสนอแนะต่อไปในบทที่ 5

4.1.2 วิเคราะห์การทูลเกล้าฯบังคับตามคำสั่งทางปกครองระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ตามหลักดุลยภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองกับหลักคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม

เนื่องจากการใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือ ให้การบริหารงานของรัฐและการบริการสาธารณะบรรลุผลตามเป้าหมายที่กำหนดไว้

ในกฎหมาย แต่ในการใช้อำนาจดังกล่าว ด้านหนึ่งอาจจะกระทบหรือสร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่บุคคล โดยไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ หากการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองนั้นมีปัญหาเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีการเพิกถอนในภายหลัง เพราะเมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้บรรลุความมุ่งหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ทันที และมีผลบังคับตลอดไปหรือจนกว่าจะมีการเพิกถอน แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือโดยศาลปกครอง หรือมีผลบังคับจนกว่าคำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลด้วยตัวของคำสั่งทางปกครองนั่นเอง ตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้

จากการศึกษาการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1 การทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เป็นมาตรการทำให้คำสั่งทางปกครองไม่มีผลบังคับตามกฎหมายชั่วคราว ในระหว่างการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งยังไม่สิ้นสุดลง ทั้งในระหว่างกระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง ในระบบกฎหมายไทย เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับสู่ภายนอกขึ้นแล้วเจ้าหน้าที่สามารถบังคับการตามคำสั่งได้ทันทีตามที่กล่าวข้างต้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า จะมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นภายในฝ่ายปกครองต่อมาหรือไม่อันเป็นหลักที่ใช้บังคับอยู่โดยทั่วไป เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นเป็นอย่างอื่นหมายความว่า เป็นกรณีเจ้าหน้าที่เห็นว่า สมควรให้มีการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยไม่ต้องคำนึงว่ามีคำขอของคู่กรณีหรือไม่ หากเจ้าหน้าที่ไม่มีการทูลเกล้าการบังคับให้ก็สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองต่อไป เพื่อให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองทราบว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะได้พิจารณาการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งนั้นหรือไม่ อย่างไร ซึ่งแม้ต่อมาในภายหลังปรากฏว่า มีการเพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้น ก็คงเป็นปัญหาเฉพาะในชั้นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้นว่า จะมีการเยียวยาความเสียหายจากคำสั่งได้มากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ว่า มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีการบังคับตามคำสั่งนั้นไปแค่ไหน เพียงใดต่างหาก และการแก้ไขเยียวยา ในความเป็นจริงไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองได้ทุกกรณี โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งที่ไม่เกี่ยวกับตัวเงิน หรือสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ อันไม่อาจคำนวณได้เป็นตัวเงิน ซึ่งในบางกรณีหากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งเป็นเวลานานแล้ว ในการแก้ไขคำสั่งนั้นยังไม่มีทางทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้เลย เพราะมีการใช้ประโยชน์หรือบังคับตามคำสั่งจบสิ้นไปแล้ว หากจะเยียวยาความเสียหายได้ก็แต่เฉพาะในทางนิตินัยเท่านั้น เช่น คำสั่งทางปกครองที่ทำให้บุคคลพ้นจากตำแหน่ง มีการแต่งตั้งหรือสรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งแทน ซึ่งเป็นเหตุผลที่ต้องการให้เกิด

ความต่อเนื่องในการทำหน้าที่ และหากไม่มีบุคคลทำหน้าที่แทนในตำแหน่งนั้นจะเกิดความเสียหายต่อการบริหารงานในการบริการสาธารณะ เห็นว่า หากต่อมาเกิดการเพิกถอนคำสั่งนั้นไม่ว่าในชั้นอุทธรณ์หรือการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ก็ไม่อาจเยียวยาบุคคลนั้นให้กลับคืนสู่ตำแหน่งดังที่มีฐานะอยู่เดิมในทางพฤตินัยได้ เป็นเพียงเยียวยาความเสียหายในสิทธิประโยชน์ ที่ได้รับในระหว่างนั้นตามหลักกตินัยเท่านั้นซึ่งกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพและโอกาสของบุคคลเป็นอย่างมาก เมื่อฝ่ายปกครองอ้างว่า เพื่อไม่ให้เกิดการบริหารงานและการบริการสาธารณะอันเป็นประโยชน์ส่วนรวมเกิดความเสียหาย มีหนทางเดียวในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด คือ การมีมาตรการป้องกัน และควบคุมตรวจสอบกระบวนการพิจารณาให้สิ้นสุด ไม่ว่าในชั้นระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการพิจารณาคดีของศาลปกครอง หรือมีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อน หากอยู่ในช่วงระหว่างเวลาคุ้มครองสิทธิการอุทธรณ์ยังไม่สิ้นสุดลง เนื่องจากความเสียหายนั้นยังคงดำรงอยู่ตลอดเวลา

เมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ทันทีก็ตาม แต่ถ้ามองในมุมการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการใช้มาตรการดังกล่าวควรเป็นหลักยกเว้นเท่านั้น หากไม่ใช่เรื่องที่ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างเร่งด่วน ฉุกเฉิน หรือเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรง หรือเป็นปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐอย่างร้ายแรง ไม่ว่าสุขภาพอนามัย สิ่งแวดล้อม หรือสถานการณ์ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของบ้านเมืองแล้ว ก็ควรใช้มาตรการทุเลาบังคับไว้ก่อน เพื่อมิให้เป็นการยากต่อการเยียวยากลับคืนในภายหลังซึ่งเป็นเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น ปัญหาการตีความคำว่า ดุลพินิจตามที่เห็นสมควรนั้น จะต้องพิจารณาจากขอบเขตและเวลาในการสั่งทุเลาการบังคับ ได้สองช่วงเวลา คือช่วงระยะเวลาก่อนที่จะมีการยื่นอุทธรณ์ ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาในการตัดสินใจใช้สิทธิของผู้ที่ประสงค์จะอุทธรณ์ และช่วงเวลามีการใช้สิทธิยื่นอุทธรณ์และไม่พ้นระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมาย

การพิจารณาทุเลาการบังคับที่อยู่ในช่วงแรก คือ ช่วงก่อนระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์แต่ยังไม่พ้นระยะเวลาอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาว่าจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างเร่งด่วน ฉุกเฉิน หรือเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรง หรือเป็นปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐอย่างร้ายแรงหรือไม่ ในช่วงเวลานี้เจ้าหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจที่แคบเฉพาะความจำเป็นดังกล่าว เพราะยังไม่ทราบว่าจะมีการยื่นอุทธรณ์มาหรือไม่ หรือมีประเด็นข้อโต้แย้งหนักแน่นหรือไม่เพียงใด อันเป็นการคุ้มครองความเสียหายของบุคคลในทางกว้างก่อนที่จะสิ้นสุดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์

การพิจารณาทุเลาการบังคับที่อยู่ในช่วงที่สอง คือ มีการรับอุทธรณ์ไว้แล้วแต่ยังไม่พ้นระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมาย การพิจารณาสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจได้โดยกว้าง ไม่เพียงแต่ว่า จำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างเร่งด่วน ถูกเงิน หรือเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรง หรือเป็นปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐอย่างร้ายแรงหรือไม่เท่านั้นเหมือนช่วงเวลาแรก แต่ยังสามารถใช้ดุลพินิจจากเนื้อความในคำอุทธรณ์ได้ว่า มีข้อโต้แย้งหนักแน่นอาจทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิม หรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิมหรือไม่ เพราะเมื่อยื่นอุทธรณ์และเจ้าหน้าที่รับคำอุทธรณ์แล้ว เจ้าหน้าที่ย่อมทราบเหตุผลของคำคัดค้านโต้แย้ง อาจจูงใจให้เจ้าหน้าที่เกิดการเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นได้ หากคำอุทธรณ์มีเหตุผลน้อย หรือไม่มีข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงเพียงพอ หรือไม่มีเหตุผล หรือเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ไม่สมควรมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่เห็นประจักษ์ชัดว่า ไม่สามารถที่จะให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้เลย เจ้าหน้าที่จะสั่งไม่ให้ทุเลาการบังคับให้ก็ได้ แม้ปัญหาการทุเลาการบังคับนี้อาจเป็นปัญหาและเป็นเหตุผลหนึ่ง ที่ทำให้ผู้อุทธรณ์ใช้สิทธิอุทธรณ์เพื่อประวิงการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น อันอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อรัฐและประโยชน์ส่วนรวม แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจเต็มที่ ในการพิจารณาให้มีการทุเลาการบังคับได้อยู่แล้ว เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บังคับ หรือผูกมัดให้เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครองก่อนเสมอ แล้วแต่เจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองจะเห็นเป็นการสมควร เพราะไม่ได้เกิดจากการร้องขอของคู่กรณี อีกทั้ง หากมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้วมีผลเป็นการทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนเป็นหลักทั่วไป ย่อมเป็นกรอบให้ฝ่ายปกครองพิจารณาอุทธรณ์รวดเร็วยิ่งขึ้น เพราะถ้าฝ่ายปกครองมีการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ล่าช้า ก็จะกระทบต่องานบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเอง ขณะเดียวกันก็เป็นการคุ้มครองความเสียหายของผู้ที่อยู่ในคำสั่งทางปกครอง ที่จะได้รับไว้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครองควบคู่ไปด้วยกรณีมีการเยียวยาในภายหลัง เช่น พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 63 บัญญัติว่า ถ้านายทะเบียนท้องที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาต ในกรณีที่มีการอุทธรณ์ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ และเมื่อได้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีแล้ว การปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนท้องที่นั้น ให้พักไว้จนถึงวันที่ผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยของรัฐมนตรี เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่อาจจะมีการสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใด ฝ่ายปกครองก็ควรมีวิธีการอื่น ไม่ว่าจะการใช้มาตรการบรรเทาความเสียหายชั่วคราวระหว่างพิจารณาอุทธรณ์ได้ เช่น การสั่งให้บุคคลพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

ตำแหน่งว่างลง ก็ห้ามมิให้แต่งตั้งผู้อื่นมาดำรงตำแหน่งนั้นแทน เว้นแต่จะมอบหมายให้บุคคลอื่นมาทำหน้าที่แทนชั่วคราว จนกว่าการพิจารณาอุทธรณ์เสร็จสิ้น แม้จะไม่มีคำร้องขอมาก็ตามเพื่อคุ้มครองผู้ยื่นอุทธรณ์ไว้ก่อน และยังกระบวนพิจารณาในชั้นอุทธรณ์สั้นลงเท่าใด ย่อมเป็นผลดีทั้งฝ่ายปกครอง และผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งมากขึ้นเท่านั้น หากมาตรการทางกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ย่อมมีหลักประกันความเป็นธรรมและคุ้มครองผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้มากกว่า

จากการศึกษาระบบการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในหัวข้อ 3.1 ภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาอุทธรณ์ แต่เป็นดุลยพินิจของฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ก็ได้ และจากที่ระบบไม่ได้บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาอุทธรณ์ ผลที่ตามมาคือ ระหว่างการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่มีผลการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งนั้น และส่งผลสุดท้าย คือ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก็มีได้อยู่ในเงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลปกครอง ในทางตรงกันข้าม เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เจ้าหน้าที่ต้องมีพิจารณาอุทธรณ์นั้น เพราะถือเป็นสิทธิของประชาชน ให้เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องทบทวนคำสั่งทางปกครองใหม่ จากเหตุดังกล่าว ส่งผลให้การอุทธรณ์ตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยอัตโนมัติโดยไม่ต้องมีบุคคลใดร้องขอ และประการสำคัญสุดท้าย การอุทธรณ์ในกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องและรับฟ้องคดีปกครองด้วย

ส่วนราชอาณาจักรสเปน มีลักษณะเดียวกับประเทศไทย แต่มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ คือเมื่อฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองให้อำนาจฝ่ายปกครองทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างอุทธรณ์ได้ แต่ไม่ได้เป็นหลักทั่วไปอย่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่เป็นหลักข้อยกเว้น หากเจ้าหน้าที่เห็นว่า มีเหตุอันสมควรที่จะเลาการบังคับตามคำสั่งไว้ก่อน ทั้งนี้เพราะราชอาณาจักรสเปนต้องการจะสร้างหลักมิให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจอย่างไม่มิจัดจำกัดและตามอำเภอใจในการพิจารณาอุทธรณ์ เนื่องจาก ระบบการอุทธรณ์เจ้าหน้าที่สามารถทบทวนคำสั่งทางปกครองได้หลายชั้นจนถึงผู้บังคับบัญชาสูงสุด และหากไม่พอใจ ผู้อุทธรณ์สามารถร้องขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งครั้งแรกทบทวนซ้ำได้อีกครั้ง โดยมีข้อจำกัดว่า ไม่ให้ ฝ่ายปกครองมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์สร้างภาระให้ผู้กับผู้ร้องอุทธรณ์มากกว่าเดิม ซึ่งย่อมเป็นหลักประกันว่า การอุทธรณ์จะไม่เกิดผลร้ายต่อตนมากกว่าที่เป็นอยู่

เมื่อพิจารณาผลของการทูลเกล้าการบังคับในระหว่างอุทธรณ์ตามระบบอุทธรณ์ มีลักษณะผสมระหว่างสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน ไม่ได้

เหมือนกับประเทศใดประเทศหนึ่งทั้งหมด กล่าวคือ นำเอาระบบการอุทธรณ์แบบบังคับของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้ นำเอาระบบให้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการสั่งทุเลาการบังคับหรือไม่ก็ได้ อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศสและราชอาณาจักรสเปน เพียงแต่ระบบอุทธรณ์ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นการให้สิทธิเลือกว่า จะมีการอุทธรณ์หรือจะฟ้องศาลปกครอง แต่ราชอาณาจักรสเปนเป็นการบังคับให้ต้องอุทธรณ์ และการบังคับนี้บังคับให้ทบทวนอุทธรณ์ไต่ไปถึงระดับสูงสุดของหน่วยงาน และสามารถกลับมาขอให้ทบทวนซ้ำอีกครั้ง เพราะราชอาณาจักรสเปน ไม่มีการให้สิทธิยื่นต่อသူผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมอย่างประเทศไทย ที่ต้องยื่นอุทธรณ์ให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิมพิจารณาอุทธรณ์ก่อน เมื่อระบบและผลของการอุทธรณ์มีความแตกต่างจากประเทศที่กล่าวมาข้างต้น แต่ประเทศไทยไม่ได้นำระบบและผลต่าง ๆ อันเกิดจากการอุทธรณ์ทั้งหมดตามแนวทางของประเทศใดประเทศหนึ่ง ย่อมทำให้เกิดปัญหาตามที่วิเคราะห์ข้างต้น

จากการสัมภาษณ์ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองในภาคปฏิบัติ หากกฎหมายไม่ได้บังคับ ผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์จะไม่มีการพิจารณาสั่งในประเด็นการทุเลาการบังคับแต่อย่างใด และหากพิจารณาว่า สมควรสั่งทุเลาการบังคับก็จะพิจารณาขณะที่มีการยื่นอุทธรณ์มาแล้ว และอุทธรณ์นั้นต้องเป็นอุทธรณ์ที่ครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมาย ไม่ว่าจะรูปแบบ เนื้อหาของการคัดค้าน และระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์อยู่ในเงื่อนไขนั้นด้วย แล้วจึงมาชั่งน้ำหนักว่า จำเป็นจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งให้เกิดผลในทันทีหรือไม่ เช่น เกิดความเสียหายในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ประโยชน์ส่วนรวม ความจำเป็นเร่งด่วนอื่น ๆ หรือไม่ โดยทั่วไปแม้ไม่เกิดความเสียหายในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ประโยชน์ส่วนรวม หรือมีความจำเป็นเร่งด่วน เจ้าหน้าที่จะไม่พิจารณา มีคำสั่งให้โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้ใด เพราะหากผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการบังคับตามคำสั่งนั้นก็สามารถใช้สิทธิขอคุ้มครองต่อศาลปกครองได้อยู่แล้ว และแม้เจ้าหน้าที่จะเห็นว่า สมควรทุเลาการบังคับตามคำสั่งไว้ก่อนก็จะไม่มีการแจ้งให้ผู้ใดทราบ แม้กระทั่งผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่รอการบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ เพราะคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นถึงที่สุดเมื่อไม่มีการยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ไม่สามารถร้องขอให้หน่วยงานใดบังคับให้เพิกถอนคำสั่งนั้นได้ตามกฎหมาย โดยเฉพาะศาลปกครอง เพราะประเทศไทยใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ และการบังคับให้ต้องอุทธรณ์อยู่ภายใต้เงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลปกครอง

ดังนั้น ควรมีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ในประเทศไทยแค่ไหน เพียงใด จะต้องวิเคราะห์ระหว่างหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกับหลักการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมประกอบกันว่า กรณีใดจะต้องมีการทุเลาการบังคับเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือกรณีใดไม่อาจทุเลาการบังคับให้ได้เพราะมีประโยชน์ส่วนรวมจะต้องคุ้มครองกำกับอยู่ ซึ่งแยกประเด็นการวิเคราะห์ได้ ดังนี้

4.1.2.1 วิเคราะห์การทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครอง

จากการศึกษาสิทธิและเสรีภาพตามหลักรัฐธรรมนูญ ในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.2 พบว่า หากหลักการเรื่องใดที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ย่อมเป็นสิทธิของประชาชนที่จะเรียกร้องให้ตนได้รับสิทธินั้นมาอย่างจริงจัง และยังสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นสิทธิทางด้านมหาชนแล้ว ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดหาและพิทักษ์รักษาสิทธินั้นให้ชอบด้วยหลักการตรงตามรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐและเจ้าหน้าที่รัฐไม่อาจหลีกเลี่ยงหน้าที่และความผูกพันสิทธิและหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ อันเป็นหลักการภายใต้นิติรัฐและความชอบด้วยกฎหมายในทุกระดับ แม้ว่าประชาชนจะมีเสรีภาพในการเลือกใช้สิทธินั้น ที่จะเรียกร้องให้รัฐและเจ้าหน้าที่กระทำการใดตามความต้องการปกป้องสิทธิของตนหรือไม่ก็ตาม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดไว้รัฐและเจ้าหน้าที่รัฐต้องมีหน้าที่พิทักษ์รักษาสิทธินั้นให้ชอบเสมอ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้สิทธิประชาชนที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ที่จะกระทำการใด ๆ อันกระทบต่อตนสิทธิดังกล่าว เป็นการตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกระดับ ยิ่งหากการกระทำใด ๆ เห็นว่า อาจก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวังยิ่งขึ้นในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการดังกล่าวด้วย แต่โดยที่รัฐธรรมนูญไม่อาจบัญญัติเนื้อหาและรายละเอียดในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้ทุกเรื่อง จึงจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดเหล่านั้นไว้ในกฎหมายลำดับรอง เพื่อให้หลักการในรัฐธรรมนูญเกิดผลได้จริงเป็นรูปธรรมในทางปฏิบัติ โดยบัญญัติหน้าที่ในการป้องกัน และเยียวยาความเสียหายของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ไว้ในกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ หลายฉบับ (ดูรายละเอียดในภาคผนวก ข.) เช่น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 อันเป็นสิทธิในการได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ สิทธิในการมีส่วนร่วมและทราบข้อเท็จจริง วิธีการอุทธรณ์โต้แย้งในกระบวนการพิจารณาของการออกคำสั่งทางปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นสิทธิในการฟ้องหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ต่อศาลปกครอง จากผลของการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลย หรือล่าช้าในการออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นสิทธิในการได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับทราบและรับรองในการทำ

คำสั่งทางปกครองเรื่องการอนุญาต รับแจ้ง รับจดทะเบียนของเจ้าหน้าที่ ตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือประชาชน

สำหรับการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่นำมาใช้เป็นการทั่วไป เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติการทูลเกล้าฯ บังคับไว้โดยเฉพาะ กระบวนการพิจารณาทูลเกล้าฯ บังคับภายในฝ่ายปกครองเริ่มต้นตั้งแต่มีการทำคำสั่งทางปกครองมีผลตามกฎหมายไปสู่บุคคลภายนอกแล้ว จนถึงขั้นตอนการอุทธรณ์และมีการวินิจฉัยอุทธรณ์เสร็จสิ้น แต่โดยเนื้อหาของกฎหมายฉบับนั้น และในระยะเวลาดังกล่าวฝ่ายปกครองสามารถบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ทันที แม้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น หรือจะการฟ้องคดีต่อศาลปกครองก็ตาม หมายความว่า การอุทธรณ์หรือการฟ้องคดีก็ไม่มีผลเป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นไปด้วย อันเป็นหลักการทั่วไป ส่วนการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติเป็นเพียงข้อยกเว้นไว้เท่านั้นตามที่กล่าวข้างต้น และเมื่อเจ้าหน้าที่จะพิจารณาทูลเกล้าฯ บังคับในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวก็ไม่มีข้อกำหนดรายละเอียด หรือเงื่อนไขใด ๆ ดังเช่นการทูลเกล้าฯ บังคับในชั้นศาลปกครองกล่าวคือ การพิจารณาทูลเกล้าฯ บังคับในชั้นศาลปกครองมีการบัญญัติรายละเอียดให้พิจารณาว่า จะต้องปรากฏเงื่อนไขของข้อเท็จจริงว่า คำสั่งทางปกครองน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับตามคำสั่งทางปกครองต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหาย ที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง และการสั่งทูลเกล้าฯ บังคับจะต้องไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือการบริการสาธารณะ โดยศาลปกครองเห็นสมควรก็มีอำนาจสั่งทูลเกล้าฯ บังคับได้เอง หรือผู้ฟ้องคดียื่นคำขอขึ้นมาก็ได้ อันแตกต่างกับการสั่งทูลเกล้าฯ บังคับในชั้นเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครอง โดยไม่ได้กำหนดให้มีการยื่นคำขอมาด้วย เสมือนไม่ได้เป็นสิทธิของประชาชนและไม่ถือเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตามไปด้วย แต่ให้ใช้ดุลพินิจเลือกว่า จะพิจารณาทูลเกล้าฯ บังคับหรือไม่ก็ได้ และกรณีเจ้าหน้าที่จะทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งการใช้ดุลพินิจก็ไม่ได้บัญญัติแนวทางการใช้ดุลพินิจใด ๆ แสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง แต่ในชั้นศาลปกครองนอกจากมีกระบวนการสั่งทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังมีกำหนดมาตรการชั่วคราวเพิ่มขึ้น ถือเป็นกรคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองเพิ่มขึ้นไปอีก ดังนั้น ในที่นี้จะขอวิเคราะห์สิทธิการขอทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองในชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง โดยเปรียบเทียบกับกรทูลเกล้าฯ บังคับในชั้นศาลปกครอง ดังนี้

การขอทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งต้องวิเคราะห์ก่อนว่า การทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองเป็นสิทธิและเสรีภาพของคู่กรณีหรือไม่

หากเป็นสิทธิและเสรีภาพของกลุ่ม ช่อมเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณาการทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น

จากการศึกษาบทบัญญัติในมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีการบัญญัติถ้อยคำในเรื่องการทะเลาะเบาะแว้งกันในชั้นเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองว่า การอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองไม่เป็นเหตุให้ทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ จะมีการสั่งทะเลาะเบาะแว้งโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเอง หรือโดยผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แล้วแต่กรณี ส่วนระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 69 ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการทะเลาะเบาะแว้งกำหนดว่า การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่เป็นเหตุให้ทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น เห็นว่า ทั้งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว กำหนดผลในการยื่นอุทธรณ์และการฟ้องคดีสอดคล้องกัน คือ การอุทธรณ์หรือการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นดูเหมือนว่าการสั่งให้มีการทะเลาะเบาะแว้งบังคับตามคำสั่งทางปกครองไม่ใช่สิทธิแต่ผู้มีอำนาจสามารถใช้ดุลพินิจจะสั่งหรือไม่ก็ได้

แม้ผลในการใช้ดุลพินิจพิจารณารุเลาการบังคับภายในฝ่ายปกครองและศาลปกครองจะมีผลสอดคล้องกันดังที่กล่าวข้างต้น แต่ยังมีข้อแตกต่างที่ว่า การทะเลาะเบาะแว้งภายในฝ่ายปกครองไม่ได้กำหนดสิทธิบุคคลเพิ่มเติมในการยื่นคำขอได้อย่างศาลปกครอง ปัญหาคือ กลุ่มผู้มีส่วนได้เสีย จะใช้สิทธิยื่นคำขอให้เจ้าหน้าที่ที่มีคำสั่งทะเลาะเบาะแว้งบังคับได้หรือไม่ เห็นว่า ประเด็นดังกล่าวเมื่อกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีคำสั่งได้เองด้วย ก็หมายความว่า กลุ่มผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น ช่อมมีสิทธิยื่นคำขอได้ด้วย แม้กฎหมายจะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ก็ถือเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่ง

จากการศึกษาเรื่องสิทธิและเสรีภาพในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.2 นั้น การที่บุคคลใดจะมีสิทธิและเสรีภาพ จะต้องพิจารณาว่า มีกฎหมายบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้หรือไม่ ซึ่งเมื่อกฎหมายได้รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเรื่องใดไว้ ช่อมเกิดหน้าที่ให้บุคคลอื่นต้องเคารพตามสิทธิและเสรีภาพ ตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองในเรื่องนั้นด้วย และหากเป็นสิทธิและเสรีภาพในทางกฎหมายมหาชนแล้ว ช่อมเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดผลตามสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นอย่างเคร่งครัด หากเรื่องใดไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิไว้ ถือว่าเรื่องนั้นไม่ใช่สิทธิ เมื่อไม่เป็นสิทธิก็ช่อมไม่มีหน้าที่ของอีกฝ่ายที่จะต้องเคารพ แต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติเพียงแต่หน้าที่ของบุคคลช่อมแสดงอยู่ในตัวว่า กฎหมายรับรองสิทธิไว้โดยปริยายแล้ว

เพราะสิทธิและหน้าที่ต้องมีควบคู่กัน ดังที่กล่าวข้างต้น คำว่า สิทธิในหน้าที่ที่จะเลือกจะกระทำหรือไม่ในฝ่ายเจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจมีได้ในกฎหมายมหาชน หมายความว่า เจ้าหน้าที่จะใช้สิทธิเลือก จะกระทำการนั้นหรือไม่นั้นไม่ได้ เจ้าหน้าที่ย่อมมีหน้าที่ในการทูลเกล้าฯ ถวายตามคำสั่งทางปกครองตามที่กล่าวข้างต้นด้วย แม้ไม่ปรากฏว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้โดยให้ยื่นคำขอ หรือมีคำขอของบุคคลหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองใดขึ้นแล้ว ย่อมเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาการทูลเกล้าฯ ถวายตามคำสั่งทางปกครองนั้น โดยปริยาย ส่วนผู้มีอำนาจที่จะสั่งทูลเกล้าฯ ถวายเป็นผู้ใดเป็นเรื่องอำนาจอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก ซึ่งก็คือตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั่นเอง และผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์แล้วแต่กรณี สามารถพิจารณาสั่งทูลเกล้าฯ ถวายได้สองช่วงเวลา ดังนี้

ช่วงที่หนึ่ง การพิจารณาการทูลเกล้าฯ ถวายก่อนจะที่คู่กรณียื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาช่วงนี้ ย่อมเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง เพราะเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครอง แต่ความจริงในการพิจารณาจะสั่งให้ทูลเกล้าฯ ถวายหรือไม่ เจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจทราบได้ว่า มีการยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งต่อมาหรือไม่ และจะมีการอุทธรณ์คำสั่งไปในทางใด มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือไม่ ในขั้นตอนนี้เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาสัทธิของคู่กรณีในทางกว้าง โดยคำนึงถึงเนื้อหาของมาตรการที่จะต้องใช้บังคับทางปกครองนั้นด้วย ซึ่งเจ้าหน้าที่ย่อมทราบข้อเท็จจริงว่า สมควรจะสั่งให้มีการทูลเกล้าฯ ถวายตามคำสั่งไว้ก่อนหรือไม่ อันคำนึงถึงผลในบั้นปลายถ้าหากต่อมาได้มีการยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนั้นแล้ว และมีเหตุผลหนักแน่นพอ ที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ต้องเพิกถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้น ไปในทางที่ผู้อุทธรณ์ต้องการก็เป็นได้ หากไม่มีความจำเป็นเร่งด่วน ชุกฉุน หรือเกิดความร้ายแรงกระทบต่อชีวิต อนามัยหรือความสงบสุข หรือผลกระทบร้ายแรงต่อประชาชน ที่จะต้องใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งด้วยเหตุผลดังกล่าว โดยทันทีควรจะคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยสั่งทูลเกล้าฯ ถวายไว้ก่อน โดยแจ้งการทูลเกล้าฯ ถวายไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้น จนกว่าจะมีคำสั่งยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลง หรือมีผลจนสิ้นสุดระยะเวลายื่นอุทธรณ์ และไม่มีมีการยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งทางปกครองเดิม อันเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้นด้วย ดังนั้น ช่วงเวลาดังกล่าวจะนานเพียงใด ก็ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ว่า มีคู่กรณีมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาเมื่อใด

ช่วงเวลาที่สอง การพิจารณาเมื่อมีคู่กรณียื่นอุทธรณ์และเจ้าหน้าที่ได้รับอุทธรณ์ไว้พิจารณาแล้ว

ช่วงเวลาดังกล่าวอาจจะเกิดข้อเท็จจริงขึ้นได้สองประการ คือ มีการยื่นอุทธรณ์และมีคำขอจากคู่กรณีให้ทูลเกล้าฯ ถวาย กับกรณีที่มีการยื่นอุทธรณ์แต่ไม่มีคำขอจากคู่กรณีให้มีการทูลเกล้าฯ ถวาย แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์แล้วจะมีคำขอจากคู่กรณีให้ทูลเกล้าฯ ถวาย

หรือไม่ เจ้าหน้าที่ย่อมทราบโดยพิจารณาจากคำอุทธรณ์ว่า เนื้อหาของอุทธรณ์นั้น มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอ ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องเพิกถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นหรือไม่ และเจ้าหน้าที่สมควรพิจารณาเรื่องทะเลการบังคับตามคำสั่งหรือไม่ แต่ในการสั่งทะเลการบังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 63/2 ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการสั่งทะเลการบังคับไว้เสมือนเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ในการใช้อำนาจพิจารณาสั่งทะเลการบังคับตามคำสั่งนั้นตามแต่จะเห็นสมควรเอง โดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขใด ๆ ในลักษณะเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น สิทธิและเสรีภาพของผู้ยื่นอุทธรณ์ตามคำสั่งทางปกครองที่จะได้รับการพิจารณาให้ทะเลการบังคับมีอยู่หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่า ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจและให้ความสำคัญต่อสิทธิดังกล่าวเพียงใด อันใกล้เคียงกับการเลือกใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจอย่างหนึ่ง

เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การสั่งทะเลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ไว้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์กระบวนการที่เป็นธรรมอย่างที่ใช้ในสหรัฐอเมริกา คือ Due Process of Law ในการสั่งทะเลการบังคับที่ใช้ในศาลปกครองมาใช้เป็นแนวทางวิเคราะห์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเป็นมาตรฐานเดียวกันกับศาลปกครอง เพื่อให้เกิดสภาพสมดุลในการสั่งทะเลการบังคับที่กำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งในการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในชั้นนี้ เจ้าหน้าที่ย่อมพิจารณาสิทธิทะเลการบังคับได้แคบยิ่งขึ้น เพราะมีการยื่นอุทธรณ์มาแล้วหากเนื้อหาอุทธรณ์ ไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอให้เจ้าหน้าที่เปลี่ยนแปลงผลของคำสั่งทางปกครองเดิม เจ้าหน้าที่ย่อมยกเลิกคำสั่งทะเลการบังคับที่ได้สั่งไว้ในระหว่างการยื่นอุทธรณ์ตามช่วงเวลาแรกไว้ได้ แต่ในทางกลับกัน หากเป็นคำอุทธรณ์ที่มีเหตุผลหนักแน่นเพียงพอ อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนคำสั่งนั้นได้ในภายหลัง เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอุทธรณ์นั้นก็ไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งหรือพิจารณาเกี่ยวกับการทะเลการบังคับนั้นอีก ปล่อยเป็นคำสั่งทะเลการบังคับมีผลต่อไปตามที่ได้สั่งไว้ในระหว่งเวลาก่อนที่มีการยื่นอุทธรณ์

การทะเลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่อยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ที่บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทะเลการบังคับได้เองโดยไม่มีสภาพบังคับเจ้าหน้าที่ หรือบังคับผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แล้วแต่กรณี เห็นว่า กรณีดังกล่าวย่อมเป็นไปตามหลักการการใช้ดุลพินิจด้วยตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.12 แต่ในชั้นการพิจารณาสั่งทะเลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ใช้ในศาลปกครองแม้จะให้อำนาจดุลพินิจ แต่ก็เป็นดุลพินิจที่แคบกว่า คือ เพราะได้กำหนดหลักเกณฑ์ประการแรกว่า คำสั่งทางปกครองนั้นน่าจะไม่ใช่ชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สอง ต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงเพียงพอว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นยากที่จะเยียวยาแก้ไขในภายหลัง แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาทะเลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในชั้น

ศาลปกครองพยายามลดหลักเอกลักษณ์ของการบังคับตามคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองดังกล่าวลง โดยการให้มีวิธีการชั่วคราวในการคุ้มครองประโยชน์ด้วย นอกจากการสั่งทุเลาการบังคับแต่มีเงื่อนไขในการสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพิ่มเติม คือ ต้องมีความจำเป็นและเป็นกรณีเร่งด่วน เช่น กระทบเสรีภาพ ทรัพย์สิน ร่างกาย ชีวิต อนามัย แต่ต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งนั้น

จากการสัมภาษณ์ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว เจ้าหน้าที่จะไม่มี การพิจารณาทุเลาการบังคับให้ เนื่องจากกฎหมายมิได้บังคับไว้เป็นหลักการทั่วไปไว้เช่นนั้น เพียงแต่เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาและมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับหรือไม่ในลักษณะ บัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้น เพื่อแสดงให้เห็นเจ้าหน้าที่ทราบว่า ตนเองสามารถใช้มาตรการบังคับตามคำสั่ง ทางปกครองนั้นได้ทันที แม้จะมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งมาก็ตาม อันเป็นการยืนยันหลักเอกลักษณ์ของ ฝ่ายปกครองและข้อสันนิษฐานว่า คำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายจนกว่าจะมีการเพิกถอน เท่านั้น ไม่ได้เป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคู่กรณี หรือผู้อยู่ในบังคับตาม คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เพราะหากประสงค์ให้การทุเลาการบังคับเป็นสิทธิและเสรีภาพคงจะ บัญญัติให้สิทธิบุคคลยื่นคำขอได้ด้วยในลักษณะเดียวกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาล ปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 อันเป็นการบังคับให้ต้องพิจารณาและมี เหตุผลหนักแน่นในการสั่งทุเลาการบังคับ เพราะการมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับหรือไม่ ย่อมกระทบ ต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมาย ถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งที่สามารถใช้สิทธิ อุทธรณ์และฟ้องศาลปกครองต่อไปด้วยมิใช่เป็นสิทธิของเจ้าหน้าที่ว่าจะใช้ดุลพินิจพิจารณาสั่ง ทุเลาการบังคับหรือไม่เพียงฝ่ายเดียว

จึงเห็นว่า การที่มาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้น แต่ จะมีการสั่งทุเลา การบังคับ โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั่นเอง จึงยังไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิและ เสรีภาพดังกล่าวข้างต้น

มุมมองหนึ่ง หากพิจารณาด้านสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทาง ปกครอง ย่อมเป็นสิทธิที่มีขอบเขตในกระบวนการอุทธรณ์ค่อนข้างจำกัด แม้เจ้าหน้าที่จะอ้างเหตุผล เพื่อให้การบริการสาธารณะเกิดความต่อเนื่องก็ตาม วิธีการที่ดีที่สุดในการรักษาสถานะของบุคคล หรือป้องกันมิให้สิทธิหรือทรัพย์สินของคู่กรณีได้รับความเสียหาย ในระหว่างการดำเนินกระบวนการ พิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องมีมาตรการเพื่อคุ้มครองในลักษณะหยุด หรือชะลอ การกระทำเป็นการชั่วคราวเป็นการเฉพาะ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่อีกบุคคลหนึ่ง เพื่อเป็นการเยียวยาคู่กรณีให้มากที่สุดที่จะเกิดขึ้นในภายหลังหากมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

แต่ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าว มีภาระหน้าที่อย่างไร และหากทุเลาการบังคับไว้เป็นการชั่วคราวแล้ว การทุเลาดังกล่าวจะเป็นปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐอย่างร้ายแรงหรือไม่ อย่างไร และการให้คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลและยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังอย่างไร

ดังนั้น ประโยชน์ในการสั่งทุเลาการบังคับ ไม่เพียงแต่เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในการเยียวยาความเสียหายให้กลับคืนสู่สภาพเดิมมากที่สุดแล้ว ยังเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองในการป้องกันการจะต้องรับผิดชอบละเมิดอันเกิดการคำสั่งนั้น ซึ่งหน่วยงานรัฐอาจจะต้องจ่ายเงินเป็นค่าเสียหายอันเป็นภาษีของประชาชนให้แก่บุคคลเหล่านั้น โดยไม่จำเป็น ยิ่งกว่านั้นหากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เจ้าหน้าที่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการทำคำสั่งทางปกครองจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายด้วยเงินส่วนตัว เป็นการบั่นทอน ขวัญกำลังใจ ส่งผลต่อประสิทธิภาพการปฏิบัติงานต่อไปในอนาคตด้วย

จากการวิเคราะห์ดังกล่าวข้างต้น หากพิจารณาหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญแล้ว การคุ้มครองความเสียหายของการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างการอุทธรณ์ ซึ่งมาตรฐานขั้นต่ำสุดที่ต้องมีการทุเลาการบังคับ คือ ช่วงระยะก่อนสิ้นสุดเวลาขึ้นอุทธรณ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม้คู่กรณีไม่มีคำขอก็ตาม ส่วนการพิจารณาทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองภายหลังพ้นระยะเวลาอุทธรณ์แล้ว เจ้าหน้าที่จะให้มีการทุเลาการบังคับหรือไม่ ต้องพิจารณาว่า มีการยื่นอุทธรณ์มาหรือไม่ ยิ่งเมื่อคู่กรณียื่นคำขอโดยประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ทุเลาการบังคับไว้ก่อน ยิ่งคำสั่งทางปกครองนั้นเมื่อจะใช้มาตรการบังคับแล้วจะมีผลกระทบต่อบุคคลในวงกว้าง เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาเหตุผลที่หนักแน่นยิ่งกว่าหรือยิ่งเมื่อปรากฏหลักฐานหรือข้อเท็จจริงเบื้องต้นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องทุเลาการบังคับให้โดยไม้อาจพิจารณาอยู่ภายใต้เงื่อนไขใด ๆ ในการไม่ทุเลาการบังคับ หากการยื่นอุทธรณ์โดยไม่มีข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงเพียงพอ หรือไม่มีเหตุผลหรือสาระอันควร ได้รับการทุเลาการบังคับ หรือเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ไม่สมควรมีคำสั่งทุเลาการบังคับ เช่น เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือความปลอดภัยต่อสาธารณะ มีเหตุฉุกเฉินเร่งด่วน หรือเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่จะสั่งไม่รับคำอุทธรณ์นั้นไว้พิจารณาอยู่แล้ว หากคู่กรณีไม่สามารถใช้วิธีการดังกล่าวได้ไม่ว่าเจ้าหน้าที่อ้างเหตุผลไม่ทุเลาการบังคับตามที่กล่าวข้างต้น คำสั่งไม่ทุเลาการบังคับควรต้องเป็นที่สุดในฝ่ายปกครอง คู่กรณีย่อมขอประกันสิทธิในชั้นศาลปกครองได้อยู่แล้วและย่อมเป็นการคุ้มครองได้มากกว่ากระบวนการภายในฝ่ายปกครอง เพราะศาลปกครองมีกระบวนการพิจารณาที่อิสระอยู่นอกเหนือฝ่ายปกครอง และผูกพัน

อยู่กับหลักความชอบด้วยกฎหมายยิ่งกว่าในการพิจารณาความเป็นอยู่ของสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีตามกฎหมาย

สำหรับในศาลปกครอง เหตุผลหนึ่งที่ทำให้อำนาจศาลปกครองมีคำสั่งทุเลาการบังคับไว้ก่อนเพื่อต้องการลดความมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองลง แม้การดำเนินกระบวนการพิจารณาสิ้นสุดการพิจารณาคดีของศาลปกครองใช้ระยะเวลาค่อนข้างนาน ซึ่งอาจทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือไม่อาจเยียวยาความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ แต่เป็นการยืนยันหลักความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่เนื่องจากการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง คำสั่งทางปกครองก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ตลอดเวลา และในระบบกฎหมายไทยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองด้วย ทำให้ฝ่ายปกครองยังสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อเป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น และทำให้ผู้ฟ้องคดียังคงได้รับความเสียหายอยู่ตลอดเวลาแม้จะมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้วก็ตาม ด้วยเหตุนี้ จึงมีการบัญญัติกฎหมายให้ศาลปกครองมีอำนาจในการกำหนดมาตรการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเพื่อยับยั้งการมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ

ดังนั้น การมีระยะเวลาในการพิจารณาคดีนาน หรือระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนานเท่าใด ก็ยังทำให้ความเสียหายไม่อาจกลับคืนมาดังที่เป็นอยู่เดิมมากขึ้นเท่านั้น ก็สมควรมีการทุเลาการบังคับเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ก่อภาระ หรือสร้างหน้าที่ให้บุคคลต้องกระทำการ อันเป็นการรักษาความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองด้วย แต่ข้อเสียประการหนึ่ง คือ เรื่องที่ศาลปกครองและฝ่ายปกครองไม่ใช่สายงานและอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาเดียวกัน อย่างสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพราะศาลปกครองไทยเน้นความเป็นอิสระ และถ่วงดุลคานอำนาจต่างองค์กร จึงต้องแยกออกมาจากฝ่ายปกครอง ผลคือศาลปกครองจะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการใดไม่ได้ ได้เพียงแต่เพิกถอนหรือทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลในคำพิพากษาเท่านั้น แม้ขณะนี้ศาลปกครองมีการตั้งข้อสังเกตในคำพิพากษาหรือใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยในชั้นศาลปกครอง เพื่อลดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง และลดความเคร่งครัดของหลักการแบ่งแยกอำนาจลง แต่บางครั้งเมื่อศาลพิพากษาแล้วก็มีการฝ่าฝืนกระทำทั้งที่ศาลปกครองเคยวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานแล้วนั้นอีก จนต้องมีการฟ้องคดีเป็นหลาย ๆ ครั้ง อันเป็นผลมาจากข้อสันนิษฐานที่ว่า คำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอนทำให้สร้างปัญหากับประชาชนเป็นจำนวนมาก หนทางเดียวคือ การลดเอกสิทธิ์และความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าวลง โดยการเพิ่มสิทธิในการขอให้มีการสั่งทุเลาการบังคับในชั้นกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองให้แก่ผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และผู้มีส่วนได้เสียต่อไป ในส่วนของเจ้าหน้าที่

ฝ่ายปกครองเมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับใช้แล้วเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาเรื่องการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งก่อนเสมอ ไม่ใช่ลักษณะการให้ดุลพินิจว่า จะพิจารณาหรือไม่ก็ได้ดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน และเมื่อเป็นหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาเรื่องการทูลเกล้าฯ บังคับแล้ว ส่วนจะมีคำสั่งทูลเกล้าฯ บังคับหรือไม่ ก็ต้องนำเหตุผลตามที่กล่าวข้างต้นมาวินิจฉัยว่า มีเหตุสมควรหรือไม่ อย่างไร ซึ่งเป็นประเด็นในชั้นการพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาของคำสั่งทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น ต่างหาก ดังนั้น ผลของการทูลเกล้าฯ บังคับในระหว่างอุทธรณ์ตามระบบอุทธรณ์ดังกล่าว ยังไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวข้างต้น ซึ่งประเทศไทยก็ต้องมีระบบและผลของการอุทธรณ์ในเรื่องดังกล่าวที่มีความเป็นลักษณะเฉพาะที่แตกต่างไปด้วย ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในบทที่ 5

4.1.2.2 วิเคราะห์การทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ตามหลักคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม

จากการศึกษาหลักการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.10 พบว่า ประโยชน์ส่วนรวม

นั้นเกี่ยวข้องกับความต้องการหรือประโยชน์ของคนหมู่มาก การใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมแล้ว การนั้นกฎหมายอนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำได้เสมอ และคำสั่งทางปกครองใดที่ขัดซึ่งหลักเพื่อประโยชน์ส่วนรวมแล้ว การดำเนินการของฝ่ายปกครองอาจมีปัญหาในด้านความชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดเงื่อนไขของการใช้อำนาจในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองว่า ต้องอยู่บนพื้นฐานการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น ส่งผลต่อหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสั่งทูลเกล้าฯ บังคับในกระบวนการอุทธรณ์อันเป็นหลักทั่วไป ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจตามกรอบบังคับของฝ่ายปกครองนั้นว่า จะมีเพียงคำตอบเดียว คือ ต้องกระทำเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมเท่านั้น แต่ขณะเดียวกัน การพิจารณาทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองใด หากกระทบประโยชน์ส่วนรวม และทำให้ประโยชน์ส่วนรวมขาดความต่อเนื่องหรือหยุดชะงักลง ย่อมเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่และการบริการสาธารณะเสมอ อันเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจยินยอมให้มีการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งนั้นตามไปด้วย แต่ปัญหา คือ ประโยชน์ส่วนรวมประเภทใดหรือประโยชน์ส่วนรวมจะต้องมีอยู่แค่ไหน เพียงใด ถึงขั้นที่ไม่สามารถยินยอมให้มีการทูลเกล้าฯ บังคับได้ แต่เนื่องจากประโยชน์ส่วนรวมเป็นถ้อยคำที่ไม่ตายตัวตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อ นิตินิติในการตีความกฎหมายมหาชน ในการพิจารณาทูลเกล้าฯ บังคับต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบข้อเท็จจริงและวินิจฉัยเป็นกรณีไป เมื่อกฎหมายกำหนดกรอบบังคับการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมไว้ สิ่งที่น่าจะแน่นอน คือ ประโยชน์ส่วนรวมย่อมไม่ใช่ถ้อยคำที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจได้ แต่เป็นอำนาจผูกพันฝ่ายปกครองต่างหาก

ดังนั้น เมื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นอำนาจผูกพันฝ่ายปกครอง เหตุผลของการไม่ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างการอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง คือ ประโยชน์ส่วนรวมที่กระทบต่อคนหมู่มากคือ การทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงักหรือขาดความต่อเนื่อง อันเป็นปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย แต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแต่ละฉบับมีความมุ่งหมายแตกต่างกันไป ดังนั้น ฝ่ายปกครองต้องผูกพันในการทุเลาการบังคับโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจนั้น เช่น กฎหมายบางฉบับมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคง หรือเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อความสะอาด หรือเพื่อรักษาสีแกวเคลือบ หรือเพื่อความปลอดภัยของประเทศ หรือเพื่อความปลอดภัยในด้านชีวิต ร่างกาย สุขภาพ เสรีภาพ ร่างกาย ความเป็นอยู่ในด้านเศรษฐกิจ สังคม ที่ต้องกระทำด้วยความจำเป็นเร่งด่วน หรือแก้ปัญหาในสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นต้น และที่สำคัญประโยชน์ส่วนรวมที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการทุเลาการบังคับ จะต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

เมื่อฝ่ายปกครองนำประโยชน์ส่วนรวมมาใช้พิจารณาขึ้นการทุเลาการบังคับ ประโยชน์ส่วนรวมนั้น จะต้องไปถึงขั้นไหน เพียงใด ที่มีน้ำหนักเพียงพอในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่ได้วิเคราะห์ในข้อ 4.1.2.1 อันจะเป็นเหตุผลในการสั่งไม่ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น

ในการสัมภาษณ์ผู้ที่ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองดังที่กล่าวแล้วว่า เมื่อฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองจะไม่มีการสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ตนออกเลย เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บังคับให้ ฝ่ายปกครองพิจารณาการทุเลาการบังคับไว้ชัดเจน เป็นเพียงแต่ขอเว้นให้ใช้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ที่จะสั่งทุเลาการบังคับหรือไม่เท่านั้น เสมือนเป็นสิทธิของเจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาหรือไม่ก็ได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ยกเรื่องการทุเลาการบังคับขึ้นมาพิจารณาเอง ย่อมเป็นภาระต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการ และทำให้จุดประสงค์ของการออกคำสั่งทางปกครองล่าช้าออกไป ทั้งที่กฎหมายไม่ได้บังคับเจ้าหน้าที่ไว้ อีกทั้ง กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนให้สิทธิคู่กรณีสามารถยื่นคำขอได้ด้วย เห็นว่า จึงเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเป็นกรอบบังคับให้ต้องปฏิบัติเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดเป็นกรอบบังคับผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็ใช้ดุลพินิจตัดสินใจ ในการไม่มีความผูกพันจะต้องพิจารณาเช่นนั้น แต่เป็นเรื่องความอิสระของผู้ใช้อำนาจจะพิจารณาเป็นการเฉพาะ อันเป็นเรื่องการให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และความรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของตัวเจ้าของอำนาจนั้นเฉพาะบุคคลมากกว่า ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อเงื่อนไข

และหลักเกณฑ์ในการสั่งทูลเกล้าการบังคับภายในฝ่ายปกครองตามไปด้วย ว่าจะต้องนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ และจะใช้ได้แค่ไหน เพียงใด

เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์ในการสั่งทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง จากการศึกษาการทูลเกล้าการบังคับในระบบกฎหมายไทย มีเพียงแต่หลักเกณฑ์ในการสั่งทูลเกล้าการบังคับในชั้นพิจารณาของ ศาลปกครองตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ดังที่กล่าวแล้วในบทวิเคราะห์ 4.1.2.1 เห็นว่า สมควรต้องนำหลักเกณฑ์ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวที่ศาลปกครองใช้เป็นเกณฑ์การพิจารณามาใช้เป็นเกณฑ์การสั่งทูลเกล้าการบังคับในกระบวนการชั้นอุทธรณ์เพื่อให้สอดคล้องกันด้วย

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การประกันความเป็นธรรม และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเรื่องดังกล่าว มีมาตรฐานการประกันความเป็นธรรม และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ เพียงแต่ต้องนำมาใช้ให้ตรงกับลักษณะของเรื่อง และอำนาจขอบเขตของฝ่ายปกครอง อีกประการหนึ่ง หากฝ่ายปกครองมีคำสั่งเกี่ยวกับการทูลเกล้าการบังคับไปอย่างไรแล้ว คำสั่งเกี่ยวกับการทูลเกล้าการบังคับย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง เมื่อมีปัญหาการโต้แย้งคัดค้านย่อมอยู่ในอำนาจการทบทวนตรวจสอบความชอบของคำสั่งนั้นของศาลปกครองในท้ายที่สุด จึงจำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์การสั่งทูลเกล้าการบังคับมาในฝ่ายปกครอง มาปรับใช้ให้สอดคล้องกับการพิจารณาสั่งทูลเกล้าการบังคับในชั้นศาลปกครองตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการสั่งทูลเกล้าการบังคับ นอกจากจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า คำสั่งทางปกครองน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับตามคำสั่งทางปกครองต่อไป จะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังแล้ว การสั่งทูลเกล้าการบังคับจะต้องไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือการบริการสาธารณะด้วย

ดังนั้น หลักสำคัญ คือ การสั่งทูลเกล้าการบังคับจะต้องไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือการบริการสาธารณะ ซึ่งคือหลักเกณฑ์ในเนื้อหาของหลักประโยชน์ส่วนรวมที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.10.3 นั้นเอง กล่าวคือ การบริการสาธารณะนั้นต้องมีความเสมอภาค มีความต่อเนื่อง มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ทันต่อสถานการณ์อยู่เสมอ หลักเกณฑ์ความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองต้องนำมาใช้เป็นเหตุผลหลักในการพิจารณาสั่งให้มีการทูลเกล้าการบังคับหรือไม่ ซึ่งถ้าการทูลเกล้าการบังคับทำให้การบริการสาธารณะหยุดชะงักหรือขาดความต่อเนื่อง ย่อมมีปัญหาที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม อันขัดต่อหลักการพื้นฐานการกระทำกิจกรรมของฝ่ายปกครอง หากมีข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้นเจ้าหน้าที่จะมีคำสั่งให้มีการทูลเกล้าการบังคับไม่ได้

ปัญหา คือ การบริการสาธารณะหยุดชะงักหรือขาดความต่อเนื่องอันเป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐตามวัตถุประสงค์ของการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ที่เป็นเหตุผลทำให้เจ้าหน้าที่ไม่มีการทูลเกล้าฯ ถวายบังคม ต้องดำรงอยู่แค่นั้น เพียงใด หากเพียงทำให้การบริการสาธารณะนั้นติดขัดบ้างหรือหยุดชะงักบ้าง หรือทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่องชั่วคราว หรือกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมเพียงเล็กน้อย จะเป็นเหตุทำให้เจ้าหน้าที่ไม่มีการทูลเกล้าฯ ถวายบังคมให้หรือไม่ เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพในการได้รับการพิจารณาสั่งทูลเกล้าฯ ถวายบังคมจากฝ่ายปกครอง เพื่อป้องกันความเสียหายแก่ผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เป็นสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างหนึ่ง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอรดับหนึ่ง และต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น หากมีการตีความไปในทางการจำกัดสิทธิในการได้รับการพิจารณาสั่งทูลเกล้าฯ ถวายบังคมจากฝ่ายปกครอง ย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นหลักเกณฑ์กลาง และเป็นมาตรฐานประกันความเป็นธรรมในการพิจารณาของ ฝ่ายปกครองที่นำมาใช้พิจารณาสั่งทูลเกล้าฯ ถวายบังคมด้วย

ดังนั้น การตีความไปในทางการจำกัดสิทธิในการไม่ให้มีการทูลเกล้าฯ ถวายบังคมจากฝ่ายปกครอง จะต้องดำรงอยู่ถึงขนาดทำให้เจ้าหน้าที่ไม่อาจดำเนินบริการสาธารณะนั้น ได้เลย และถึงขนาดทำให้การบริการสาธารณะหยุดชะงักหรือขาดความต่อเนื่องถาวรซึ่งกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรงเท่านั้น อันเป็นการตีความสอดคล้องกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 73 ด้วย อย่างไรก็ตาม สิ่งใดที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรงจากการศึกษา เหตุผลในการสั่งไม่อนุญาตให้มีการทูลเกล้าฯ ถวายบังคมของศาลปกครองตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 73 ศาลปกครองไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่า กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรงหรือไม่ เพียงแต่หากศาลปกครองเห็นว่า เป็นปัญหาและอุปสรรคในการบริหารรัฐ หรือปัญหาในการขัดขวางการบริการสาธารณะธรรมดา ก็มีคำสั่งไม่อนุญาตให้มีการทูลเกล้าฯ ถวายบังคมซึ่งเป็นขอบเขตที่จำกัด เช่น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ยี่ห้อ J ซึ่งไม่ใช่รถซ่อมบำรุงถนนและปูพื้นผิวทางตรงตามที่ถูกฟ้องคดีประกาศจัดซื้อ การให้ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีมีผลบังคับใช้ต่อไป ย่อมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้ฟ้องคดีที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังแต่อย่างใด นอกจากนี้ส่วนราชการอื่น ๆ ในพื้นที่เดียวกันได้มีหนังสือขอความอนุเคราะห์จากผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอยืมรถและเครื่องจักร ในการซ่อมบำรุงถนนในความรับผิดชอบของส่วนราชการของตน การมีคำสั่งทูลเกล้าฯ ถวายบังคมตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี จึงเป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะในการซ่อมแซมถนนเพื่อบรรเทาความเดือดร้อนให้แก่ประชาชน กรณีจึงยังไม่มีเหตุอันสมควรที่ศาลปกครองจะ

กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อดูแลการบังคับตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 300/2557) จากคำสั่งของศาลปกครองดังกล่าว เห็นว่า ศาลปกครองพิจารณาในการไม่อนุญาตให้ดูแลการบังคับ เพียงขาดเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งในสามประการดังกล่าวข้างต้น ก็มีคำสั่งไม่ดูแลการบังคับแล้วแม้ไม่เกิดความเสียหายต่อส่วนรวมร้ายแรงก็ตาม ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้เกิดขึ้นจริง หากคำสั่งทางปกครองใดเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองเห็นว่า ไม่มีปัญหาร้ายแรงที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม ต้องดูแลการบังคับตามคำสั่งไว้ก่อนเสมออันเป็นหลักการทั่วไป การไม่ดูแลการบังคับเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแก้ไขเยียวยาให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุดภายหลัง

สรุปผลสุดท้าย การสั่งให้มีการดูแลการบังคับหรือไม่ ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาว่า การสั่งดูแลการบังคับนั้นทำให้การบริการสาธารณะหยุดชะงักหรือไม่ ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะทั่วไปได้รับความเดือดร้อนหรือไม่ ดังนั้น หลักในการสั่งให้มีการดูแลการบังคับจะต้องไม่ทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง หากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นการสั่งให้มีการดูแลการบังคับย่อมขัดต่อหลักการพื้นฐานต่อการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม ตามหลักเกณฑ์การบริการสาธารณะไม่ให้ขาดความต่อเนื่อง หรือหยุดชะงัก และแม้ฝ่ายปกครองจะอ้างเหตุผลประโยชน์ส่วนรวมในการให้ดูแลการบังคับหรือไม่ แต่ประโยชน์ส่วนรวมนั้นจะต้องได้ดุลยภาพระหว่างกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับผลกระทบมาพิเคราะห์ด้วย ซึ่งจะต้องดำรงอยู่ถึงขนาดทำให้เจ้าหน้าที่ไม่อาจดำเนินบริการสาธารณะนั้นได้เลย หรือถึงขนาดทำให้การบริการสาธารณะหยุดชะงักหรือขาดความต่อเนื่องถาวรซึ่งกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรงเท่านั้น อันเป็นการรักษาสมดุลตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังที่กล่าวข้างต้น แม้ฝ่ายปกครองจะอ้างว่า เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมแล้ว จะทำให้ประโยชน์ของบุคคลจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเลยเพราะการทำคำสั่งทางปกครองมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมทั้งสิ้น เพียงแต่ให้ความอิสระแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจในการสั่งดูแลการบังคับระดับหนึ่ง ความอิสระดังกล่าว ไม่ได้หมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะมีสิทธิและเสรีภาพทำนองเดียวกันกับสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครอง หรือสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั่วไป เนื่องจากผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพจะมีได้ก็แต่เอกชนหรือบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจตัดสินใจในการสั่งดูแลการบังคับตามเหตุผลพื้นฐานของเรื่อง โดยพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนรวมและประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐกับผลกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงจะถือว่าเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมาย แต่เนื่องจากการใช้ดุลพินิจตัดสินใจในการสั่งดูแลการบังคับเป็น

การกระทำของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว จึงจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างเคร่งครัดให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด

เห็นว่า การสั่งทุเลาการบังคับทางปกครองจะให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม มากกว่าจะคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล เพราะเมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ย่อมมีผลบังคับที่ผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งจะต้องปฏิบัติตามทันที แม้ว่าการออกคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อฝ่ายปกครองเห็นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งนั้นหรือไม่ก็ได้ และหากจะเพิกถอนจะต้องกระทำภายในเวลาที่กำหนดไว้เท่านั้น หรือแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะยกเลิกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเมื่อใดก็ได้ ทำให้เห็นว่า ผลของคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้ถือหลักในการรักษาความชอบด้วยกฎหมายเคร่งครัด มากไปกว่าการรักษาประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง อันเป็นเป้าหมายใหญ่ที่กระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น แม้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองไม่เป็นเหตุให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งนั้น จะสอดคล้องกับข้อสันนิษฐานว่า ได้กระทำไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม แต่หลักการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมจะต้องมีดุลยภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย จากสภาพดังกล่าว จึงมีจำเป็นต้องปรับปรุง แก้ไขกฎหมาย หรือใช้กลไก หรือเพิ่มมาตรการในการพิจารณาทุเลาการบังคับให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งจะได้เสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป

4.1.3 วิเคราะห์ระยะเวลาการตัดสินใจอุทธรณ์ของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

จากการศึกษาในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1 พบว่า เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับตามกฎหมายแล้ว หากผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ กฎหมายให้สิทธิบุคคลนั้นในการคัดค้านคำสั่งทางปกครองโดยวิธีการอุทธรณ์ ซึ่งในระบบการอุทธรณ์ของกฎหมายไทยกำหนดให้ใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับเป็นหลักทั่วไป ซึ่งการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปมีสองประเภท คือ ระบบการอุทธรณ์บังคับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นำมาใช้เมื่อกฎหมายเฉพาะที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ไว้ และตามมาตรา 44 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ให้กระทำได้ภายใน 15 วัน หรืออาจกล่าวได้ว่า ระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาตัดสิทธิในการอุทธรณ์ หมายความว่า ถ้าไม่มีการยื่นอุทธรณ์ยอมสิ้นสิทธิ หรือยอมถูกตัดสิทธิในการทบทวนในขั้นตอนต่อไปในชั้นเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครอง และการสิ้นสิทธินี้จะส่งผลต่ออำนาจการทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครองนั้นโดยศาลปกครองด้วย เพราะการทบทวนตรวจสอบโดยศาลปกครองจะเกิดขึ้นได้ เมื่อมีการ

ทบทวนผ่านขั้นตอนภายในฝ่ายปกครองมาก่อน ดังนั้น ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์เป็นระยะเวลาตัดสิทธิของบุคคลที่มีอยู่ตามกฎหมายนั่นเอง

อีกประเภทหนึ่ง คือ ระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะ ระยะเวลาการอุทธรณ์จะมีความแตกต่างกันตามกฎหมายแต่ละฉบับ โดยพิจารณาจากกฎหมายฉบับที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองว่า มีการกำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้อย่างไร เช่น พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 36 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 48 ชั่วโมง พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2558 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 10 วัน พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 มาตรา 41 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายในกำหนด 30 วัน พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 70 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 30 วัน พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 40 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 30 วัน พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 18 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 90 วัน เป็นต้น

จากระยะเวลาการอุทธรณ์บังคับเฉพาะดังกล่าว แม้มีลักษณะเฉพาะตามกฎหมายแต่ละฉบับ แต่จากการศึกษากฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับไม่ได้ระบุเหตุผลในขณะนั้นว่า มีความจำเป็นหรือมีลักษณะเฉพาะ หรือมีความเหมาะสมอย่างไร จึงกำหนดระยะเวลาไว้เช่นนั้น อาจเป็นเพราะขณะร่างกฎหมายยังไม่มีกฎหมายกลางคือพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในขณะนั้น หรืออาจเป็นข้อจำกัดของผู้ตรากฎหมาย ทำให้ต้องตรากฎหมายกำหนดระยะเวลาให้มีความแตกต่างกันก็เป็นได้ หรือเป็นความจำเป็นในขณะนั้นที่ต้องการให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดหรือยุติลงอย่างรวดเร็ว เพราะเป็นเรื่องที่ไม่มีความซับซ้อน หรือรายละเอียดของเรื่องมีไม่มากนัก ซึ่งมองในมุมของการรักษาประสิทธิภาพการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่หน่วยงานทางปกครองเท่านั้น แต่หากพิจารณาจากมุมมองเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาดังกล่าวย่อมเป็นระยะเวลาในการรักษาสิทธิหรือคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เป็นคู่กรณี ดังนั้น การกำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะต้องคำนึงถึงการรักษาสิทธิของบุคคลก่อนเป็นอันดับแรก เพราะกฎหมายมีวัตถุประสงค์เช่นนั้น หากพิจารณาในการรักษาประสิทธิภาพการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ก่อน อันขัดต่อวัตถุประสงค์ของการกำหนดระยะเวลาให้มีการอุทธรณ์ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีการอุทธรณ์ต่อมาหรือไม่ เพราะเมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่สามารถบังคับให้เกิดผลตามคำสั่งนั้น ได้ทันที และไม่มีผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ได้ใช้บังคับไปแล้วแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างกับสิทธิของบุคคลที่เป็นคู่กรณี หากไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ย่อมไม่มีสิทธิในการโต้แย้งและได้รับการทบทวนเรื่องนั้นต่อไป ไม่ว่าจะใช้สิทธิโต้แย้งต่อองค์กรใด เนื่องจากการไม่อุทธรณ์ในระบบบังคับอย่างประเทศไทย เป็นเงื่อนไขผูกพันในการตรวจสอบของศาลปกครองด้วยเสมอ

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีระยะเวลาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์อีกประการหนึ่ง คือ ระยะเวลาแก้ไขสิทธิ หรือระยะเวลาเปลี่ยนแปลงสิทธิของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ระยะเวลาดังกล่าว คือระยะเวลาบังคับให้เจ้าหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองให้แล้วเสร็จนั่นเอง โดยในระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปกำหนดไว้ในมาตรา 45 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บังคับให้เจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน แต่ระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะจะกำหนดระยะเวลาบังคับแตกต่างกันไปตามกฎหมายแต่ละฉบับ เช่น พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2558 มาตรา 59 ให้รัฐมนตรีพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 มาตรา 41 ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในกำหนด 180 วัน เป็นต้น เห็นว่า ระยะเวลาบังคับดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเช่นกัน ในการได้รับการพิจารณาอุทธรณ์จากเจ้าหน้าที่ เมื่อเปรียบเทียบกับระยะเวลาบังคับให้ผู้อุทธรณ์ต้องกระทำการ คือ ยื่นอุทธรณ์ อันเป็นกรอบเวลาให้ผู้จะอุทธรณ์ต้องใช้สิทธิ กับระยะเวลาบังคับให้เจ้าหน้าที่กระทำการ คือ การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งเป็นกรอบเวลาให้ผู้อุทธรณ์ได้รับสิทธิมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ เมื่อเปรียบเทียบกับระยะเวลาอุทธรณ์บังคับทั่วไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ระยะเวลาบังคับให้ผู้อุทธรณ์ต้องกระทำการ คือ ยื่นอุทธรณ์ภายใน 15 วัน แต่ระยะเวลาบังคับให้เจ้าหน้าที่กระทำการให้ผู้อุทธรณ์ได้รับสิทธิในการวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้น สามารถกระทำได้ถึง 90 วัน ส่วนการอุทธรณ์บังคับเฉพาะ ระยะเวลาบังคับให้ผู้อุทธรณ์ต้องกระทำการ คือ ยื่นอุทธรณ์มีความแตกต่างกันตามที่ยกตัวอย่างแล้วข้างต้น เช่น กำหนดให้กระทำภายใน 48 ชั่วโมงบ้าง ภายใน 10 วันบ้าง ภายใน 30 วันบ้าง ภายใน 90 วันบ้าง แต่ระยะเวลาบังคับเฉพาะ บังคับเจ้าหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้อุทธรณ์ในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง มีระยะเวลาดำหนดไว้ภายใน 90 วันบ้าง ภายในกำหนด 180 วันบ้าง ซึ่งทั้งระยะเวลาอุทธรณ์บังคับทั่วไป และระยะเวลาอุทธรณ์บังคับเฉพาะจะบัญญัติกรอบเวลาให้ผู้จะอุทธรณ์ต้องใช้สิทธิสั้นกว่าระยะเวลาบังคับให้เจ้าหน้าที่กระทำการให้ผู้อุทธรณ์ได้รับสิทธิในการวินิจฉัยอุทธรณ์ ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายเฉพาะเป็นอย่างมาก ยิ่งหากพิจารณาในผลการการไม่กระทำการภายในระยะเวลาที่กำหนด ยิ่งมีความแตกต่างในสาระสำคัญ กล่าวคือ ระยะเวลาบังคับให้ผู้อุทธรณ์ต้องกระทำการ คือ ยื่นอุทธรณ์ เมื่อไม่ทำภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ย่อมถูกตัดสิทธิและเกิดผลทางกฎหมายหลายประการ เช่น ไม่อาจจะหยิบยกเรื่องนั้นในห้องคัดรใดพิจารณาแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้นตามกฎหมายได้อีก ไม่ว่าจะองค์กรภายในฝ่ายปกครองหรือองค์กรศาลปกครอง และหลุดพ้นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เพราะต้องห้ามมิให้พิจารณาอุทธรณ์ตามที่กฎหมายบังคับในการทบทวนคำสั่งทาง

ปกครองที่ไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ หรือยื่นอุทธรณ์แต่ได้ยื่นเกินเวลาที่กฎหมายกำหนด หากจะทบทวนก็เพียงแต่ทบทวนตามหลักการบริหารแผ่นดินทั่วไปซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องกระทำ แต่เป็นความรับผิดชอบหรือใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่นั่นเอง ส่วนผลของการที่เจ้าหน้าที่ไม่กระทำการพิจารณาอุทธรณ์ ให้ผู้อุทธรณ์ได้รับสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด เพียงแต่เป็นการละเลย หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า เพราะเป็นระยะเวลาเร่งรัดการทำงานเท่านั้น ไม่ได้เป็นระยะเวลาที่มีผลทางกฎหมายอย่างระยะเวลาการไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์แต่อย่างใด หากเป็นเพียงเกิดสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองบังคับให้เจ้าหน้าที่ทบทวนคำสั่งทางปกครองที่อุทธรณ์ใหม่ภายในกำหนดไว้เท่านั้น แม้จะมีพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 ที่กำหนดกรอบการพิจารณาไว้ในคู่มือประชาชน หากไม่พิจารณาภายในเวลาที่กำหนดจะมีผลทางกฎหมาย และลงโทษทางวินัย อาญาแก่เจ้าหน้าที่ด้วย แต่กรอบระยะเวลาตามกฎหมายดังกล่าว เป็นกรอบระยะเวลาในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง มิใช่กรอบเวลาพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

ข้อเสนอแนะของผู้ให้สัมภาษณ์ให้ความเห็นว่า การกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ไม่ควรบังคับต้องอุทธรณ์ภายในระยะเวลาอันสั้น เช่น ภายใน 15 วัน ที่ใช้กันอยู่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ควรใช้ระบบเดียวกันกับระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ที่กำหนดไว้ให้กระทำภายใน 90 วัน แต่อย่างไรก็ตาม หากจะกำหนดระยะเวลายื่นอุทธรณ์ภายใน 15 วันเช่นเดิม การพิจารณาอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ควรกำหนดให้สั้นลงด้วยเพื่อให้เกิดสมดุลเพราะฝ่ายปกครองทราบข้อเท็จจริงและเหตุผลในการทำคำสั่งทางปกครองนั้นดีอยู่แล้ว

ส่วนระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ของผู้มีสิทธิยื่นอุทธรณ์นั้นผู้ให้สัมภาษณ์ให้ความเห็นว่า ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ในกฎหมายนั้น กฎหมายบังคับต้องให้มีการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลหรือไม่ หากกรณีที่ถูกกฎหมายบังคับให้มีการอุทธรณ์ก่อนที่จะฟ้องคดี ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ควรมีระยะเวลายาวกว่าที่กฎหมายกำหนดในปัจจุบัน อย่างน้อยที่สุด ควรขยายเป็นเวลาอย่างน้อย 30 วัน ส่วนหากกฎหมายไม่ได้บังคับให้มีการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้เหมาะสมอยู่แล้ว เพราะให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์เลือกแล้วว่า จะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเลยก็ได้ หรือเลือกจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อนก็ได้ เมื่อเลือกแล้วก็หมายความว่า สมัยรับผลของการเลือกแล้วนั้น โดยปริยาย ซึ่งก็คือรับผลของการต้องยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลาอันสั้นนั้นด้วย

ส่วนประเด็นควรมีการกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ให้เป็นมาตรฐานเดียวกันหรือไม่ ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ความเห็นว่า ระยะเวลาดังกล่าวอยู่ในระบบอุทธรณ์บังคับ นอกจากเป็นระยะเวลาตัด

สิทธิอุทธรณ์แล้ว ยังเป็นระยะเวลาคัดสิทธิการฟ้องคดีด้วย มีความเห็นว่า หลักเกณฑ์เรื่องนี้คืออยู่แล้ว การกำหนดในกฎหมายเฉพาะก็มีความจำเป็น เพราะในบางเรื่องอาจมีความยุ่งยากซับซ้อนที่ต้องใช้ระยะเวลาอุทธรณ์มากกว่าหรือน้อยกว่า 15 วัน ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า กฎหมายเฉพาะไม่สามารถกำหนดให้อุทธรณ์ในระยะเวลาต่ำกว่า 15 วันได้

ส่วนประเด็นระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์นั้น ผู้ให้สัมภาษณ์ไม่อาจให้ความเห็นได้ว่า ควรจะมีระยะเวลาที่วัน แต่ขอให้เป็นระยะเวลาที่กำหนดแล้วมีมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งหากมีการแก้ไขกฎหมายแล้ว ปลดปล่อยให้เป็นหน้าที่ของผู้ตราจะพิจารณาถึงความเหมาะสมในระบอบเวลานั้น จึงไม่ควรกำหนดไว้ว่าจะมีกี่วัน แต่กระบวนการทบทวนตรวจสอบคำสั่งครั้งใหม่ไม่ว่าระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์หรือระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ ควรให้สั้นที่สุดภายในฝ่ายปกครอง

สำหรับปัญหาระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์นั้น ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ความเห็นว่า เท่าที่ปฏิบัติงานไม่เห็นความจำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่างกันและมีเหตุผลใดกันแน่ คงเป็นความต้องการของฝ่ายผู้มีอำนาจตามกฎหมายมากกว่า และไม่ได้หมายความว่า การกำหนดระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์อันสั้น จะทำให้คำสั่งทางปกครองยุติลงอันรวดเร็ว เพราะบางกรณีมีการโต้แย้งคัดค้านฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง กว่าคำสั่งทางปกครองจะยุติก็ใช้เวลาค่อนข้างนาน ซึ่งการกำหนดระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์สั้นหรือยาว ไม่มีผลต่อการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะเมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลตามกฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ทันที ซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่องานบริการสาธารณะ อันจะทำให้ขาดความต่อเนื่องอยู่แล้ว หากจะกำหนดระยะเวลาดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน จะต้องเพิ่มระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ให้นานขึ้น และให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งหมดทุกกรณีที่มีการกำหนดให้ยื่นอุทธรณ์ และควรกำหนดไม่น้อยกว่า 30 วัน เพื่อให้ผู้มีสิทธิยื่นอุทธรณ์มีโอกาสเตรียมตัว และตัดสินใจว่าจะยื่นอุทธรณ์หรือไม่เพื่อรักษาสิทธิของตน และเมื่อกฎหมายกำหนดระบบการยื่นอุทธรณ์แล้ว ก็สมควรเลือกใช้ระบบการเลือกที่จะตัดสินใจว่าจะอุทธรณ์หรือไม่ หรือหากผู้มีสิทธิอุทธรณ์ไม่เชื่อมั่นฝ่ายปกครองว่าจะพิจารณาอุทธรณ์ได้ดี หรือตรงต่อความต้องการก็สามารถเลือกฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง แต่จะทำให้ศาลปกครองพิพากษาคดีที่มีการฟ้องในเรื่องอื่น ๆ นานขึ้นไปอีก เพราะมีทางเลือกในการใช้สิทธิยื่นฟ้องได้โดยตรง โดยไม่ผ่านระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาก่อน หรืออีกทางเลือกหนึ่ง ก็ควรมีระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในฝ่าย

ปกครองแทนที่จะเลือกอุทธรณ์หรือแทนที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง อันเป็นการเพิ่มกลไกที่หลากหลายมากยิ่งขึ้น แต่ในการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย หรือทำข้อตกลง ควรมีข้อยกเว้นให้ทำได้เฉพาะเรื่อง เช่น เรื่องการบริหารงานภายในฝ่ายปกครองที่มีคำสั่งไปแล้วเกิดผลกระทบกับตัวเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชา ในการรักษาความสัมพันธ์อันดีในการปฏิบัติงานต่อไป และป้องกันการทุจริตคอร์รัปชันด้วย

สำหรับระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ในระบบบังคับนั้น ที่กำหนดไว้ 15 วัน ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือกฎหมายอื่นที่น้อยกว่า 15 วัน ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ความเห็นว่า ระยะเวลาดังกล่าวสั้นเกินไป ควรจะขยายออกไปเป็นระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์อย่างน้อย 30 วัน หรือกำหนดระยะเวลาให้มากกว่านั้น เพราะเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมากกว่า

จากที่ได้วิเคราะห์ดังกล่าวข้างต้น ระยะเวลาที่แตกต่างกันทั้งกฎหมายกลาง และกฎหมายเฉพาะ ย่อมขาดความสมดุลในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการใช้สิทธิอุทธรณ์ หากมีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยการเพิ่มระยะเวลาการอุทธรณ์ให้ยาวขึ้น ให้สอดคล้องกับระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ ก็ไม่ทำให้การใช้อำนาจตามเนื้อหาในคำสั่งต้องหยุดชะงัก หรือการใช้อำนาจเสื่อมประสิทธิภาพลง เพราะฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับให้มีผลตามคำสั่งได้ทันที โดยไม่ต้องมาพิจารณาว่า จะมีผู้ใดอุทธรณ์คำสั่งนั้นหรือไม่ ซึ่งควรจะมีข้อบัญญัติให้มีความสอดคล้องกัน เพราะเป็นระยะเวลาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะได้เสนอแนะต่อไปในบทที่ 5 ดังนั้น ระยะเวลาตัดสิทธิของบุคคลในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ยังไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ตามที่กล่าวข้างต้น

แต่เนื่องจากการมีระบบการอุทธรณ์แบบบังคับเพื่อต้องการมิให้คำสั่งทางปกครองถูกโต้แย้งโดยไม่มีที่สิ้นสุด ในอันจะรักษาความแน่นอนของคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ ตามหลักความมั่นคงของกฎหมายซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ระยะเวลาการอุทธรณ์คำสั่งจึงเป็นระยะเวลาที่มีผลบังคับทั้งต่อตัวคู่กรณีที่อยู่ภายใต้คำสั่งและตัวเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาในกระบวนการขึ้นอุทธรณ์ด้วย หากมีการยื่นอุทธรณ์เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์แล้ว คู่กรณีไม่อาจได้รับการพิจารณาอุทธรณ์ ขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่ก็ไม่มีอำนาจที่จะรับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณาวินิจฉัยด้วย เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมายเท่านั้น เช่น มีประพัตการณ์ใดพัตการณ์หนึ่งที่จำเป็นโดยมิใช่ความผิดของผู้อุทธรณ์ซึ่งให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจขยายระยะเวลาการอุทธรณ์ได้ แต่ต้องยื่นคำขอภายในสิบห้าวันนับแต่พัตการณ์ดังกล่าวสิ้นสุด ทั้งนี้ศาลปกครองวินิจฉัยให้รับคดีไว้พิจารณาโดยถือว่า ได้มีการอุทธรณ์แล้วอันเป็นการดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนแล้ว ตามมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งคำร้องที่ ร.322/2547) แม้จะได้ยื่น

เกินระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ เห็นว่า ศาลปกครองได้ใช้ดุลพินิจตีความในการรักษาและคุ้มครองสิทธิของผู้ฟ้องคดี ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายต่อไป ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปของศาลในการพิจารณาเงื่อนไขว่า มีการแก้ไขปัญหาคำขออุทธรณ์หรือความเสียหายตามขั้นตอนมาก่อนแล้วหรือไม่ เพราะไม่ได้วินิจฉัยกลับไปให้ ฝ่ายปกครองพิจารณาคำอุทธรณ์ที่ยื่นพ้นระยะเวลาแต่อย่างใด ซึ่งคดีนี้ตามข้อเท็จจริงมีการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับอุทธรณ์แล้วและผู้บังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครองก็มีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ เห็นว่า หากพิจารณาควบคู่กับมาตรา 66 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กฎหมายดังกล่าว มีความประสงค์ที่ไม่ต้องการให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์รับคำอุทธรณ์ไว้ในกรณียื่นเกินระยะเวลาที่กำหนด หากต้องการให้มีการรับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณาในกรณียื่นเกินระยะเวลาที่กำหนด คงไม่มีความจำเป็นบัญญัติการให้อำนาจขยายระยะเวลาไว้ประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง เนื่องจากระบบการบริหารราชการแผ่นดิน มีการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ได้รับผลกระทบกรณีทั่วไป ๆ จากคำสั่งทางปกครองในการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาไว้ด้วย แต่ปัญหาคือ การยื่นอุทธรณ์เกินเวลาที่กำหนด ถือเป็นคำร้องเรียนตามสายบังคับบัญชาหรือไม่ เรื่องนี้หากผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เป็นผู้บังคับบัญชาผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ก็คงไม่มีปัญหาใด ที่จะรับคำอุทธรณ์ที่ยื่นเกินระยะเวลาที่กำหนดไว้พิจารณาในฐานะคำร้องเรียน แต่หากผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่เป็นผู้บังคับบัญชาผู้ทำคำสั่งทางปกครอง หรือผู้ทำคำสั่งทางปกครองอยู่ในรูปคณะกรรมการ ก็คงมีหนทางเดียว คือ ไม่รับอุทธรณ์ในฐานะเป็นคำร้องเรียน แต่อาจจะส่งเรื่องให้ผู้บังคับบัญชาที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นพิจารณาต่อว่า จะรับเป็นคำร้องเรียนหรือไม่ต่อไป หรือจะแจ้งสิทธิการฟ้องคดีต่อศาล หรือมีคำแนะนำไปร้องเรียนใหม่โดยตรงกับหน่วยงานผู้บังคับบัญชาแล้วแต่กรณี ตามที่ได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 4.1.1

ดังได้กล่าวแล้วว่า จากการศึกษาระยะเวลาในการอุทธรณ์บังคับตามกฎหมายต่าง ๆ มีความแตกต่างกัน หากผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่ได้แจ้งสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้ง คู่กรณีไม่อาจทราบได้ว่า ตนมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ และจะใช้สิทธิการอุทธรณ์อย่างไร ซึ่งอาจเป็นเหตุให้เสียสิทธิอุทธรณ์ได้ เพราะกฎหมายให้มีการอุทธรณ์ได้ภายใน 1 ปี ซึ่งระยะเวลาอุทธรณ์ที่ยาวนานที่สุดในการลงโทษฝ่ายปกครอง กรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่ได้แจ้งสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้ง และการไม่ได้มีการอุทธรณ์เกิดขึ้น เพราะเหตุไม่มีการแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้ง เกิดจากความไม่รู้กฎหมาย หรือเหตุผลใด ย่อมเกิดปัญหาในสิทธิและความเสมอภาคขึ้นได้ หากคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีการอุทธรณ์ ผลทางกฎหมายคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมยุติลง และถือว่าไม่มีผลเป็นการยื่นอุทธรณ์ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นสุดลง โดยไม่สามารถอ้างสิทธิใด ๆ ตามกฎหมายได้อีก ซึ่งจะวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 4.2

สำหรับระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะ แม้ว่าจะบัญญัติเป็นข้อยกเว้น ไม่ให้นำระยะเวลาอุทธรณ์ทั่วไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาบังคับใช้ ในลักษณะให้คุณค่าของบทกฎหมายข้อยกเว้นอยู่สูงกว่าหลักกฎหมายทั่วไปอันห้ามตีความขยายความก็ตาม แต่การใช้หลักข้อยกเว้น จะต้องตีความให้ถูกต้องสอดคล้องกับเนื้อหาสาระและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีวัตถุประสงค์คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นหลัก การตีความจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายดังกล่าวด้วย แต่ในบางกรณีเมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีหลักเกณฑ์ในการประกันสิทธิและเสรีภาพต่ำกว่าที่ย่อมนำระยะเวลาอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะมาบังคับใช้ แต่กฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับมีมาตรฐานประกันสิทธิและเสรีภาพแตกต่างกัน และไม่ปรากฏว่าในการตรามีเหตุผลพิเศษไว้เป็นการเฉพาะ รวมถึงกฎหมายเฉพาะเหล่านั้น ได้บัญญัติขึ้นก่อนระยะเวลาในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ใช้บังคับตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น การใช้กฎหมายไม่อาจจะหยุดอยู่กับเหตุผลในขณะที่มีการตรากฎหมายนั้นมาใช้บังคับได้ตลอดไป แต่ควรพิจารณาว่าบทบาทของกฎหมายนั้นในสภาพสังคมปัจจุบันเป็นเช่นไร ประกอบด้วย ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับบริบท สังคม ที่มีผลกระทบต่อกฎหมาย

หากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติข้อยกเว้นไม่ให้นำระยะเวลาการอุทธรณ์ในกฎหมายเฉพาะมาบังคับใช้ ระยะเวลาการอุทธรณ์ในกฎหมายเฉพาะก็จะเป็นหลักไปหมด กฎหมายกลางก็เป็นข้อยกเว้นนำมาใช้กรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่มีบัญญัติระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ หากต่อไปจะแก้ไขระยะเวลาการอุทธรณ์ในกฎหมายเฉพาะให้มีมาตรฐานเดียวกันทุกฉบับ ก็ต้องไปแก้ไขกฎหมายเฉพาะหลายร้อย หลายพันฉบับนั้นซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ้งยากมากกว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพียงฉบับเดียว ดีกว่าทยอยแก้ไขแต่ละฉบับ เพราะเป็นการล่าช้า และต้องใช้เวลาในการปรับปรุงแก้ไขเป็นเวลานาน และไม่มีสิ่งใดบ่งบอกได้ว่า ระยะเวลาในกฎหมายเฉพาะมีลักษณะพิเศษจริง ๆ หรือไม่ ซึ่งเมื่อมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายกลางแล้วการบัญญัติกฎหมายเฉพาะใหม่ไม่ควรจะบัญญัติให้ระยะเวลาการอุทธรณ์มีลักษณะเฉพาะขึ้นอีก เพราะจะทำให้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สูญเสียความเป็นกฎหมายกลางไป

จากที่กล่าวข้างต้น เป็นการเปรียบเทียบระยะเวลาการอุทธรณ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายทั่วไปกับกฎหมายเฉพาะ แต่เมื่อเปรียบเทียบระยะเวลาที่ใช้บังคับในศาลปกครอง คือ ระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ที่สามารถคุ้มครองสิทธิของบุคคลให้กระทำได้ภายใน 90 วัน และเมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งแล้ว หากมีผู้ประสงค์จะอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาล

ปกครองชั้นต้น ก็ให้สิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ทบทวนคำพิพากษานั้นภายในระยะเวลา 30 วัน เห็นว่า ระยะเวลาบังคับดังกล่าวมีระยะเวลายาวกว่าระยะเวลาบังคับที่ใช้ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อันมีผลเป็นการจำกัดการใช้สิทธิตามปกติของคู่กรณี ในการฟ้องคดีให้ศาลปกครองตรวจสอบในชั้นตอนต่อไปด้วยซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักนิติธรรม ในการคัดสิทธิหรือปิดกระบวนการพิจารณาทบทวนตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลได้ดีกว่า เพราะเมื่อการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นการดำเนินการตามขั้นตอน หรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องนั้นก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ดังนั้นหากไม่มีการยื่นอุทธรณ์หรือมีการยื่นอุทธรณ์แล้วแต่ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยถูกต้องและครบถ้วน ศาลปกครองจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

จากการศึกษาระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1 - 3.1.3 ซึ่งบัญญัติระยะเวลาการใช้สิทธิอุทธรณ์หรือระยะเวลาคัดสิทธิของต่างประเทศ โดยพิจารณาจากระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเห็นว่า

ระบบการอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส การอุทธรณ์ที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนนำไปฟ้องคดีปกครองวินิจฉัยจะอยู่ในส่วนหนึ่งของระบบอุทธรณ์พิเศษ กล่าวคือ กฎหมายจะกำหนดรายละเอียดของวิธีการอุทธรณ์และระยะเวลาอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ ระยะเวลาการอุทธรณ์จะสั้นยาวเพียงใด จะกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับแตกต่างกันไป หรือจะกำหนดไว้ในสัญญาก็ได้ กรณีเป็นที่สงสัยว่าเป็นระบบอุทธรณ์บังคับหรือไม่ ให้ตีความว่าเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ สามารถนำไปฟ้องคดีปกครองวินิจฉัยได้เลย ซึ่งมีลักษณะเดียวกับการที่กฎหมายเฉพาะกำหนดวิธีการอุทธรณ์และระยะเวลาอุทธรณ์ไว้ในระบบกฎหมายไทย หากกฎหมายเฉพาะกำหนดวิธีการอุทธรณ์และระยะเวลาอุทธรณ์ไว้ก็ย่อมเป็นการอุทธรณ์บังคับก่อนนำคดีไปฟ้องศาล หากไม่ดำเนินการตามขั้นตอนบังคับนี้ ศาลจะไม่รับไว้พิจารณา เพียงแต่ในระบบกฎหมายไทยไม่มีการตีความในกรณีที่เป็นข้อสงสัย เพราะการตีความเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือศาลเองเป็นผู้ที่ตีความ โดยพิจารณาจากกฎหมายเฉพาะนั้น และหากตีความว่ากฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดการอุทธรณ์ไว้ จะตีความว่า เป็นการไม่บังคับให้มีการอุทธรณ์ และนำไปฟ้องศาลปกครองเลยตามระบบอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้ จะต้องอุทธรณ์ตามหลักระบบอุทธรณ์ทั่วไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในลำดับต่อไป อันแตกต่างกับระบบอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพราะระบบการอุทธรณ์ของไทยเป็นหลักการอุทธรณ์บังคับเป็นหลักทั่วไป แต่ระบบอุทธรณ์แบบบังคับของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเฉพาะที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ อันเป็นหลักยกเว้นเท่านั้น สำหรับระยะเวลาการอุทธรณ์ระบบบังคับพิเศษของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการกำหนดระยะเวลาการให้อุทธรณ์แตกต่างกันออกไป เช่น ให้มีการ

อุทธรณ์ภายใน 10 วันบ้าง 15 วันบ้าง 30 บ้าง 60 วันบ้าง ส่วนการฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้กระทำภายในกำหนดเวลา 2 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง

ส่วนระบบการอุทธรณ์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นระบบการบังคับให้อุทธรณ์เป็นหลักทั่วไป อยู่ในระบบเดียวกับประเทศไทย เพียงแต่บังคับให้มีการอุทธรณ์เฉพาะที่จะนำไปฟ้องในคดีให้เพิกถอนและให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น หากไม่ใช่การอุทธรณ์ประเภทดังกล่าวข้างต้น ก็ไม่อยู่ภายใต้การบังคับต้องอุทธรณ์ อันแตกต่างในรายละเอียดกับระบบการอุทธรณ์บังคับของประเทศไทย กรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดวิธีการ และระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ ก็ต้องมีการนำวิธีการและระยะเวลาการอุทธรณ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาบังคับตามที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีความเห็นว่า หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดวิธีการและระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ ย่อมหมายความว่า กฎหมายไม่ประสงค์ให้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ย่อมสามารถนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย เสมือนกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีการอุทธรณ์ แม้จะมีการฟ้องคดีให้เพิกถอนและให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครองในภายหลังก็ตาม การตีความดังกล่าว ย่อมทำให้ระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่อาจจะบังคับใช้ หรือมีที่ใช้แก่กรณีใด เพราะหากกฎหมายเฉพาะกำหนดวิธีการอุทธรณ์และกำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ ก็ต้องอุทธรณ์ตามกฎหมายนั้นก่อน หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดวิธีการอุทธรณ์และกำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ ก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง อันทำให้กฎหมายดังกล่าวไร้สภาพบังคับไปโดยปริยาย ซึ่งฝ่ายผู้ตรากฎหมายคงไม่ประสงค์ให้เกิดผลเช่นนั้น แต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประสงค์ให้ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนทุกกรณี เพียงแต่บัญญัติเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยองค์กรที่ไม่มีผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป ที่ยกเว้นไม่ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก่อน เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการต่าง ๆ หรือคำสั่งทางปกครองกฎหมายบัญญัติให้เป็นที่สุด เป็นต้น ส่วนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะซึ่งเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ก็ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนเช่นเดียวกัน ในส่วนระยะเวลาการบังคับให้ต้องอุทธรณ์ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะต้องกระทำภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง ซึ่งระยะเวลาการอุทธรณ์จะแตกต่างกันในรายละเอียดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการอุทธรณ์

แนวความคิดของการกำหนดวิธีการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของไทย เป็นการนำเอาหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ระหว่างการอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และการอุทธรณ์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาผสมผสานกัน

กล่าวคือ การที่มาตรา 44 วรรคสาม กำหนดให้อุทธรณ์ไม่เป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครอง เป็นแนวความคิดของการอุทธรณ์ในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ส่วนการกำหนดให้การอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง เป็นแนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งการผสมผสานแนวความคิดเช่นนี้ ทำให้เกิดปัญหาในระบบการอุทธรณ์ตามกฎหมายไทย กล่าวคือ การที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้การอุทธรณ์ไม่เงื่อนไขในการฟ้องคดี ในขณะที่เดียวกันการอุทธรณ์ก็ไม่เป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครอง จะเห็นได้ว่า เป็นวิธีการที่สอดคล้องกับในแนวความคิดทางกฎหมาย เนื่องจากในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ดังนั้น ก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดให้การอุทธรณ์เป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด ในขณะที่ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดให้การอุทธรณ์เป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองด้วย และการอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ซึ่งการกำหนดให้การอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีย่อมเป็นการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล ดังนั้น การที่กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดให้การอุทธรณ์เป็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครอง มีข้อดี คือ เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในระหว่างที่ยังอยู่ในขั้นตอนของการอุทธรณ์

ส่วนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของราชอาณาจักรสเปน มีความแตกต่างจากประเทศไทย การอุทธรณ์ตามลำดับชั้นของประเทศสเปน ให้ผู้อุทธรณ์สามารถอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ลำดับชั้นสูงกว่าได้ทันที โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งอีกครั้ง ทำให้ไม่เสียเวลาในการอุทธรณ์ และน่าจะเป็นประโยชน์ หากนำมาปรับใช้ในประเทศไทย เพราะในความเป็นจริงส่วนใหญ่แล้ว หน่วยงานที่ออกคำสั่งมักจะยืนยันในคำวินิจฉัยตน การกำหนดให้อุทธรณ์ตามลำดับชั้นโดยไม่ต้องผ่านหน่วยงานทางปกครองที่ออกคำสั่ง จะประหยัดเวลาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็นอย่างมาก นอกจากนั้น หลักการอุทธรณ์ขอให้พิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ เมื่อมีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้นของราชอาณาจักรสเปนมีอยู่ 4 กรณี อาจนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้เช่นเดียวกัน ส่วนการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างอุทธรณ์ได้จะเป็นการสร้างหลักกฎหมายมิให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างไม่มีขีดจำกัดและตามอำเภอใจ ส่วนข้อจำกัดที่ไม่ให้ฝ่ายปกครองมีคำวินิจฉัยที่สร้างภาระให้ผู้ร้องอุทธรณ์มากกว่าเดิมก็เป็นหลักประกันว่าการอุทธรณ์จะไม่เกิดผลร้ายต่อตนมากกว่าที่เป็นอยู่

ดังนั้น การกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายของประเทศไทย ยังไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างแท้จริง ซึ่งจะได้เสนอแนะต่อไปในบทที่ 5 เนื่องจากเมื่อกำหนดให้การฟ้องคดีปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ก่อน แต่การ

อุทธรณ์ก็ไม่เป็นการทุเลาการบังคับทางปกครอง ย่อมทำให้สิทธิของประชาชนในระหว่างการอุทธรณ์ไม่แน่นอน ซึ่งหากมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไปแล้วในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ หากต่อมาคำวินิจฉัยอุทธรณ์หรือคำพิพากษาของศาลปกครองเปลี่ยนแปลงตามคำสั่งทางปกครองเดิม ก็อาจเกิดกรณีที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ แต่อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นเป้าหมายของการปกครองประชารัฐ คือ รัฐเป็นของประชาชน เมื่อรัฐเป็นของประชาชน การปกครองก็ต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเพื่อประชาชนภายในรัฐ และเหตุผลเดียวในการกำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ คือ เพื่อต้องการมิให้มีการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปโดยที่ไม่มีที่สิ้นสุด อันจะทำให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุผลคนละกรณีกับการอุทธรณ์ที่กำหนดระยะเวลาอุทธรณ์สั้นหรือยาว

4.2 วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของกลุ่มในคำสั่งทางปกครอง

ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของกลุ่มในคำสั่งทางปกครอง เป็นปัญหาต่อเนื่องจากปัญหาระยะเวลาการตัดสินใจอุทธรณ์ของระบบการอุทธรณ์แบบบังคับตามที่ได้วิเคราะห์แล้วในข้อ 4.1.3 ซึ่งในกรณีที่ไม่มีกรอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด ย่อมสิ้นสิทธิในการร้องขอให้ฝ่ายปกครอง หรือศาลปกครองพิจารณาทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครองนั้นอีกต่อไป ปัญหาที่ตามมา คือ เมื่อเกิดหรือมีข้อเท็จจริงเป็นกรณีเดียวกัน กับข้อเท็จจริงของคำสั่งที่ไม่มีกรอุทธรณ์ แต่มีการวินิจฉัยให้ผลของคำสั่งทางปกครองแตกต่างกับผลของคำสั่งที่ไม่มีกรอุทธรณ์ จะเกิดความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และเป็นสิทธิของผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งต้องได้รับความเสมอภาคหรือไม่ และฝ่ายปกครองยังคงต้องผูกพันต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายอยู่หรือไม่ จำเป็นต้องวิเคราะห์เพื่อหาคำตอบต่อไปในหัวข้อนี้

ในสังคมที่ปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติธรรม องค์กรฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่รับผิดชอบไม่ให้เกิดการกระทำต่าง ๆ ทางปกครองเกิดปัญหาความชอบด้วยกฎหมายขึ้นได้ จากการศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.13.3 ความเสมอภาคในกฎหมายเป็นหลักในรัฐธรรมนูญทั่วไป เมื่อเป็นหลักในรัฐธรรมนูญทั่วไปองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องเคารพ แต่อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคในกฎหมาย แม้จะเป็นหลักทั่วไปหลักดังกล่าวก็ต้องมีข้อยกเว้น หากมีสถานการณ์หรือสภาพแวดล้อมที่ต่างกัน เพราะหากทุกอย่างเท่าเทียมกันหมดก็จะไปทำลายสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย ดังนั้น ความเสมอภาคในกฎหมายเพียงแต่มีความเสมอภาคในเรื่องที่ถูกต้องกฎหมายเท่านั้น ความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครอง เป็นการเรียกร้องในการคุ้มครองความเชื่อในผลของกฎหมาย อันเป็นหลักการเพื่อให้บุคคลมีความเชื่อมั่นในกฎหมายทำให้กฎหมายมีความแน่นอน ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม

โดยจะไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย ความเสมอภาคในผลของกฎหมายจะต้องเท่าเทียมกัน หากเป็นกรณีเดียวกัน การไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากความสมัครใจโดยแท้ เป็นการสละสิทธิทางกฎหมายของบุคคลอย่างหนึ่ง โดยในทางกฎหมายการสละสิทธิเช่นนี้หาใช่ว่าเป็นการสละประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าคนอื่น หากการสละสิทธินั้นทำให้ตนเสียประโยชน์มากกว่าคนอื่น ยิ่งเป็นการสละสิทธิในความเสมอกันในทางกฎหมาย ก็ย่อมเป็นภาระหน้าที่ของรัฐให้ความเป็นธรรมในการรักษาความเสมอภาคนั้นไว้ อันเป็นหลักประกันที่จำเป็นในสังคมที่ยึดหลักนิติธรรม

จากการศึกษาความเสมอภาค เป็นหลักหนึ่งอยู่ในหลักทั่วไปที่ใช้ในกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครองก็เป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน จึงนำหลักความเสมอภาคมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย แม้บางเรื่องจะไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่เป็นหลักทั่วไปที่ทุกคนต้องเคารพ โดยเฉพาะรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะความเสมอภาคเป็นสิ่งที่รัฐและทุกคนมีอาจปฏิเสธได้ ในการผูกพันต้องปฏิบัติตาม หลักความเสมอภาคไม่ใช่หมายความว่า จะต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์ของแต่ละเป็นความเสมอภาคในทางกฎหมาย

ความเสมอภาคในทางกฎหมายปกครอง เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อสิ่งเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากการให้บุคคลมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่นแล้ว ความเสมอภาคอาจเป็นความเสมอภาคในทางภาระก็ได้ และต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความได้สัดส่วนที่คำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความแตกต่างของบุคคล ดังนั้น การเลือกปฏิบัติที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคทางกฎหมายต้องมีเหตุผล มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่เป็นอยู่ หรือเพื่อส่วนรวมและสามารถอธิบายได้ ทั้งนี้ จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายด้วย

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นสิทธิของบุคคลตามกฎหมายอย่างหนึ่ง ที่เลือกจะใช้สิทธิอุทธรณ์หรือไม่ก็ได้ หากเมื่อบุคคลเลือกใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายควบคุมไปด้วย ส่วนกรณีที่ไม่มิผู้ใดใช้สิทธิอุทธรณ์อาจมองดูเหมือนว่าผลของคำสั่งทางปกครองนั้นต้องยุติลง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจเพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นได้อีก แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วเห็นว่า ยังบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเองก็ได้ โดยไม่คำนึงถึงว่ามีบุคคลใดร้องขอหรือไม่ และไม่ต้องคำนึงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ย่อมแสดงให้เห็นว่า กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้อย่างเด็ดขาดว่า เมื่อไม่มีผู้ใดอุทธรณ์เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปิดกระบวนการพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้นซ้ำอีก ซึ่งหมายความว่า กฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถหยิบยกคำสั่งทางปกครองนั้นทบทวนตรวจสอบเองได้เสมอ แม้ไม่มีบุคคลใดร้องขอให้ทบทวนก็ตาม เนื่องจากต้องการให้ฝ่ายปกครองรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หรือประโยชน์แก่ส่วนรวมไว้ หากใช้ว่าเมื่อไม่มีผู้ใดขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนคำสั่งนั้นแล้ว การทบทวนคำสั่งไม่อาจเกิดขึ้นได้ แม้คำสั่งทางปกครองนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

เมื่อการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หากไม่ใช้สิทธิหรือสละสิทธินั้นหรือแม้มีการใช้สิทธิอุทธรณ์ไปแล้ว แต่ต่อมาขอถอนอุทธรณ์ที่ได้ยื่นไปแล้วจะมีผลทำการพิจารณาอุทธรณ์ต้องระงับไป แม้เป็นสิทธิของผู้มีสิทธิอุทธรณ์นั้น โดยเฉพาะของเอกชน แต่การใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจทางมหาชน การสละสิทธิของบุคคลที่เป็นคู่กรณีเช่นนี้ ย่อมไม่พ้องหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่จะต้องผูกมัดหรือผูกพันตามหลักความเสมอภาค ในการตรวจสอบให้คำสั่งทางปกครองนั้นถูกต้องต่อไป จะนำหลักความเสมอภาคในกฎหมายเอกชนมาเทียบเคียงไม่ได้ เพราะสถานะของบุคคลตามหลักกฎหมายเอกชนมีความเสมอกัน

จากการศึกษา การไม่ใช้สิทธิหรือสละสิทธิในทางมหาชนในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.2 พบว่าในการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง หลักความเสมอภาคเป็นการควบคุมตรวจสอบเฉพาะเรื่อง โดยบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน การทำคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกันย่อมขัดต่อความเสมอภาคในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของการทำคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะชั้นการพิจารณาทางปกครอง ชั้นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ชั้นการบังคับทางปกครอง ต้องอยู่ในเงื่อนไขความเสมอภาคดังที่ได้อธิบายแล้วทั้งสิ้น เว้นแต่ข้อเท็จจริงจะมีสาระสำคัญที่แตกต่างกัน ซึ่งจำเป็นจะต้องปฏิบัติแตกต่างกันด้วย การที่คู่กรณีได้ยื่นอุทธรณ์ขึ้นแล้วย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิมากกว่าผู้ไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์ อย่างน้อยได้รับการพิจารณาทบทวนจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง หากคู่กรณีไม่พอใจในผลของการพิจารณาอุทธรณ์ ย่อมสามารถร้องขอต่อศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายได้ต่อไป แต่กรณีที่ไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเอง แต่ในทางปฏิบัติตามที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 4.1 ไม่มีเจ้าหน้าที่ผู้ใดจะหยิบยกคำสั่งทางปกครองนั้นมาทบทวนอีก อันเป็นการเพิ่มภาระงานให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็น ทำให้คำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นผลบังคับทางกฎหมายย่อมถึงที่สุด เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เกิดผลตามความมุ่งหมายของคำสั่งนั้นต่อไป โดยไม่ต้องให้องค์กรใดทบทวนอีก ซึ่งความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองในแต่ละกรณีอาจมีความแตกต่างกันได้ กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ ไม่ว่าจะการที่คู่กรณีไม่อุทธรณ์จะเกิดขึ้นเพราะเหตุใดย่อมทำให้ข้อเรียกร้องในคำสั่งนั้นยุติลงเท่านั้น

ความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมายในผลของคำสั่งทางปกครองกรณีดังกล่าว จึงไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นจริงตามหลักการหรือไม่ เพราะไม่มีองค์กรใดเข้ามาควบคุมตรวจสอบ ความเสมอภาคต่อผลทางกฎหมายที่จะได้รับการปฏิบัติโดยไม่เท่าเทียมกัน เมื่อเกิดข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกัน ดังนั้น เมื่อการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเกิดขึ้นไม่ได้เพราะไม่มีการอุทธรณ์คำสั่ง การตรวจสอบในระดับเหนือขึ้นไปที่อยู่ภายนอกฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครองก็ไม่สามารถทำได้เช่นกัน เพราะในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองจะเกิดขึ้นได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า จะต้องผ่านการอุทธรณ์เรื่องนั้นอันเป็นขั้นตอนภายในฝ่ายปกครองชั้นหนึ่งก่อน เมื่อไม่มีการอุทธรณ์เท่ากับว่าไม่มีมาตรการหรือกลไกใด ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองได้อีก

ผลจากการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องให้ความเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวไม่ได้เป็นเรื่องความเสมอภาค ในผลของคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการยื่นอุทธรณ์ ต้องยอมรับว่า ปัญหาในขณะนี้ เนื่องจาก ความรู้ ประสบการณ์ แนวทางการใช้ดุลพินิจ การมองปัญหาข้อเท็จจริงและการตีความกฎหมายของผู้บริหารที่ใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแต่ละคนมีความแตกต่างกัน จึงเกิดปัญหาผลของคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันได้ หากจะมีระบบการควบคุมตรวจสอบเรื่องนี้ ผู้ให้สัมภาษณ์เห็นด้วย เพียงแต่เมื่อตรวจสอบแล้ว และควรมีวิธีการทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายเดียวกัน อาจเกิดจากภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเองหรือจากองค์กรภายนอกก็ได้ หากไม่มีปัญหาและอุปสรรคหรือมีผลกระทบต่อการบริหารแผ่นดินมากนักจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับซึ่งได้ใช้มาตรการทางปกครองบังคับไปแล้ว อันเป็นการพัฒนาการตรวจสอบอย่างหนึ่ง ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย

สำหรับความเห็นในประเด็นปัญหาความเสมอภาคเกิดขึ้นระหว่างคำสั่งทางปกครองที่มีการอุทธรณ์ กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ ในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน บุคคลที่เกี่ยวข้องให้ความเห็นว่า ควรมีหน่วยงานตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เป็นไปในทิศทางเดียวกัน และเพื่อรักษาความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองไว้ ซึ่งหากมีการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ให้มีความยุติธรรมและเสมอภาค ย่อมทำให้ประชาชนเชื่อมั่นและไว้วางใจ ฝ่ายปกครองเรื่องอื่นต่อไป เพราะในการบริหารราชการแผ่นดินในปัจจุบัน ไม่อาจจะขาดความเชื่อมั่นหรือไว้วางใจจากประชาชนได้ เมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้วถ้าไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้ทำคำสั่งจะไม่มีกรหิยบายคำสั่งเรื่องนั้นมาพิจารณาทบทวนอีก อันเป็นการสร้างภาระกับผู้ทำคำสั่งโดยไม่จำเป็น แม้จะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นคำสั่งที่ยุติโดยสมบูรณ์แล้ว แม้แต่องค์กรศาลปกครองจะไม่มีอำนาจตรวจสอบคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นได้อีก เพราะหากไม่มีการอุทธรณ์มาก่อนฟ้องคดีศาลปกครองก็ไม่รับฟ้องคดีอยู่ดี

ส่วนกรณีที่เกิดคำสั่งทางปกครองกรณีอื่น ๆ ที่เป็นข้อเท็จจริงเดียวกันแต่ผลของคำสั่งมีความแตกต่างกัน ไม่ได้ทำให้เกิดความไม่เสมอภาค เพราะความไม่เสมอภาคจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อต้องเป็นกรณีที่กฎหมายรับรอง ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพไว้ในลักษณะเป็นการตัดสิทธิของบุคคลให้เกิดความแตกต่างกันมากกว่า คือ การปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน หรือเลือกปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน เพราะที่กำเนิด เชื่อชาติ ภาษา ศาสนา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง แต่การไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์ไม่ได้เกิดจากฝ่ายเจ้าหน้าที่และไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างข้างต้น แต่เป็นความสมัครใจรับผลตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งนั่นเอง แต่ไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์ จึงถือว่าไม่ใช่ความไม่เสมอภาค และในความเป็นจริง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้พิจารณาลึกลงไปถึงความไม่เสมอภาคของผลของคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น แม้จะทำคำสั่งหลาย ๆ คำสั่งต่างเวลากันก็ตาม เพราะผู้ออกคำสั่งมุ่งพิจารณาเพียงความชอบด้วยขั้นตอน วิธีการ และในเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครองนั้นว่า ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่เท่านั้น ส่วนในการพัฒนาคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้เกิดมาตรฐานของคำสั่งทางปกครองเดียวกัน ในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดียวกัน เป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในภาคปฏิบัติเห็นด้วย หากมีมาตรการการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ แต่ปัญหาจะให้องค์กรใดเป็นผู้ตรวจสอบ เห็นว่า การไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์ไม่ขัดต่อความเสมอภาคทางกฎหมายแต่เจ้าหน้าที่ควรดำเนินการให้ถูกต้อง ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการทำคำสั่งทางปกครองอยู่แล้วและสามารถตรวจสอบย้อนหลังได้

ส่วนประเด็นปัญหาการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์นั้นผู้ให้สัมภาษณ์เห็นว่า ไม่สามารถมีองค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ด้วยเหตุในตัวของคำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นการเฉพาะเจาะจง ดังนั้น ผู้รับคำสั่งทางปกครองจึงไม่มีโอกาสหรือไม่มีทางที่จะไปบอกให้ผู้ใดทราบ หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่สั่งในครั้งเดียวแต่มีผลกับผู้รับเสมอภาคกันโดยรวมแล้ว ก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปซึ่งก็ไม่ต้องอุทธรณ์ด้วยตัวของคำสั่งทางปกครองทั่วไปเอง ในขณะที่เดียวกันคำสั่งทางปกครองเฉพาะเจาะจงมีบทบัญญัติมาตรา 40 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้แล้วว่า เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งสิทธิการอุทธรณ์ให้ผู้รับคำสั่งทราบ ถ้าไม่แจ้งสิทธิอุทธรณ์ดังกล่าว มีผลเป็นการขยายระยะเวลาอุทธรณ์สูงสุดถึง 1 ปี ดังนั้น การที่บางกรณีมีผู้อุทธรณ์และไม่มีผู้อุทธรณ์อย่างเช่น คดีเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ก็เกิดจากการไม่ปกป้องสิทธิของตนเอง ทั้งที่ทราบในหนังสือแจ้งสิทธิอุทธรณ์อยู่แล้ว อุปมาได้ดั่งไม่สามารถสร้างกลไกหรือองค์กรใดมาปกป้องไม่ให้เกิดอาชญากรรมได้ ถ้าผู้ที่รู้อยู่แล้วยังคงแบ่งรับความเสี่ยง หรือไม่ใส่ใจต่ออาชญากรรมที่จะเกิดขึ้น

เพราะฉะนั้นประเด็นนี้ ไม่ต้องมีองค์กรใด ๆ ต้องควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ทั้งสิ้น เพราะเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล ถ้าไม่อุทธรณ์ก็ยอมรับผลร้ายของการไม่ได้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไป การไม่อุทธรณ์ก็สะท้อนหลักที่ว่า ไม่ประสงค์จะโต้แย้ง เพราะฉะนั้นต่อให้มือองค์กรใดขึ้นมา ศาลก็พิพากษาให้ไม่ได้อยู่ดี เพราะในชั้นเจ้าหน้าที่ไม่ได้มีการโต้แย้งอย่างเช่นกรณีเวเนซุเอลาดังกล่าวข้างต้น

ส่วนประเด็นที่ว่า ควรจะมีการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้อุทธรณ์นั้นภายในฝ่ายปกครองหรือไม่ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในผลของคำสั่งในข้อเท็จจริงที่เป็นอย่างเดียวกัน ดังเช่นในกรณีคดีอาญาหากพนักงานสอบสวนเปรียบเทียบปรับแล้วคดีอาญาลิกกัน แต่ต้องส่งสำนวนให้อัยการตรวจสอบการเปรียบเทียบว่าถูกต้องหรือไม่ด้วย ผู้ให้สัมภาษณ์บางรายเห็นว่า ไม่ควร เพราะเป็นการเพิ่มภาระให้กับหน่วยงานทางปกครอง หากต้องมีการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทุกคำสั่งที่ตนเองออกมา ฝ่ายปกครองมี “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” ซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ก็กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยชัดเจนอยู่แล้ว ทั้งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องดำเนินการอย่างเช่นในคดีอาญา

ประเด็นปัญหาความเสมอภาคของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ กับคำสั่งทางปกครองที่มีการอุทธรณ์หรือที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปจากเดิม ทำให้เกิดผลของคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกัน ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ความเห็นว่า ประเด็นการที่คู่กรณีเลือกจะไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่ได้ขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลในการใช้สิทธิตามกฎหมาย เพียงแต่เมื่อไม่มีการใช้สิทธิอุทธรณ์ ผลของคำสั่งทางปกครองอาจมีความแตกต่างกับคำสั่งทางปกครองที่ออกในภายหลังได้ แม้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน เพราะต้องยอมรับว่า การใช้ดุลพินิจตีความ หรือการตีความหรือปรับข้อเท็จจริง กับข้อกฎหมายของเจ้าหน้าที่อาจมีความแตกต่างกัน และทำให้ผลทางกฎหมายแตกต่างกันได้ ทางที่ดีที่สุดคือ มีการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวภายในฝ่ายปกครองเอง เพื่อให้ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งไม่ใช่เรื่องความเสมอภาคที่ศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบ ส่วนควรจะมีการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองให้เกิดความเสมอภาคกับคำสั่งทางปกครองที่มีการอุทธรณ์หรือที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปจากเดิม และแตกต่างกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ แม้จะมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน ถ้าจะใช้หลักการเดียวกันกับให้พนักงานอัยการตรวจสอบ

จำนวนเปรียบเทียบของพนักงานสอบสวนทำให้ผลของคดีเล็กน้อย ไม่อาจนำมาดำเนินคดีซ้ำได้อีก ไม่ว่าในชั้นเจ้าพนักงานหรือนำไปฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบถ่วงดุล และคานอำนาจต่างองค์กร หากจะนำมาใช้กรณีนี้ ย่อมไม่เกิดการถ่วงดุลและคานอำนาจกันตามที่กล่าวข้างต้น เพราะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองเดียวกัน ทางที่ดีควรมีการถ่วงดุล และคานอำนาจกันต่างองค์กร หรือควรเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและอิสระที่เพียงพอ

ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วยการมีมาตรการเพิ่มประสิทธิภาพ กรณีไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของคู่กรณี ย่อมเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้เกิดความเสมอภาคในผลของกฎหมาย และหากมีมาตรการควบคุมตรวจสอบภายในอื่นแม้จะไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งนั้นก็ตาม กรณีดังกล่าวแล้วเท่ากับว่า มีการดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนตามขั้นตอนแล้ว อันอาจอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลปกครองรับการตรวจสอบต่อไปก็ได้ โดยใช้วิธีการการควบคุมตรวจสอบสาระของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค ดังนี้

ขั้นตอนแรก ตรวจสอบว่า การกำหนดความมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ การกำหนดองค์ประกอบที่มีข้อเท็จจริงของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันในการเปรียบเทียบ จะต้องฟังข้อเท็จจริงที่สมบูรณ์และผ่านการประเมินที่ถูกต้องเป็นจริงหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง ความเหมือนหรือความต่างเรื่องใดที่นำไปสู่การเลือกปฏิบัติจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตหลักกฎหมายทั่วไป และสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้วซึ่งเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ รวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญหรือไม่

ขั้นตอนที่สาม นอกเหนือจากหลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว กฎเกณฑ์ของกฎหมาย

ในเรื่องนั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง อันเป็นความคิดพื้นฐาน และทำให้องค์ประกอบของกฎหมายมีผลในทางปฏิบัติหรือไม่

อย่างไรก็ตาม จากที่กล่าวข้างต้น เป็นเกณฑ์ของการตรวจสอบว่า การออกคำสั่งทางปกครองขัดต่อความเสมอภาคในเนื้อหาทางกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่อาจนำมาใช้ในการตรวจสอบความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองกรณีที่ไม่มีการอุทธรณ์ซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของคู่กรณีในคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ตามหลักความเสมอภาค

หลักแห่งความเสมอภาคตั้งอยู่บนพื้นฐานว่า ตามธรรมชาติมนุษย์ทุกคนเกิดมามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติ และทุกคนจะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน จาก

แนวคิดดังกล่าวเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพความเสมอภาคมีติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด และมีอยู่ก่อนที่ จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่การที่กฎหมายบัญญัติสิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพียงรับรอง ยืนยันถึงสิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาค ให้ปรากฏชัดเจนแก่คนทั่วไปและใช้บังคับได้ และเป็นสิ่งที่รัฐและทุกคน มีอาจปฏิเสธได้ซึ่งเท่ากับยอมรับ สิทธิตามธรรมชาติของแต่ละคน รัฐไม่เพียงแต่มีหน้าที่ รับรอง ค้ำครองเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่จัดให้ สิ่งที่รัฐรับรอง ค้ำครองมีผลเป็นรูปธรรมด้วย ดังเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้รัฐ มีหน้าที่ต่อประชาชนเช่นเดียวกับประชาชนมีหน้าที่ต่อรัฐ แสดงว่า ประชาชนมีหน้าที่ต่อรัฐอย่างไร รัฐก็มีหน้าที่ต่อประชาชนอย่างนั้นเช่นกัน ซึ่งเป็นความเสมอภาค อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รัฐจะต้องรับรอง ค้ำครอง การค้ำครองสิทธิของประชาชน ต่อการกระทำของฝ่ายปกครองก็จะต้องได้รับการรับรอง ค้ำครองตามรัฐธรรมนูญ และภายใต้หลัก นิติรัฐเช่นเดียวกัน คือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะการค้ำครองสิทธิ ของประชาชนในเชิงป้องกัน หรือการค้ำครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไข

การค้ำครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกันตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1 พบว่า การค้ำครองเชิงป้องกันเป็นการค้ำครองสิทธิของประชาชนภายในอำนาจบริหารใน ส่วนของฝ่ายปกครอง โดยให้ความคุ้มครองก่อนเจ้าหน้าที่จะทำคำสั่งทางปกครอง เริ่มตั้งแต่การรับเรื่อง สืบหาข้อเท็จจริง ปรับข้อเท็จจริงที่ยุติเข้ากับข้อกฎหมาย จนถึงขั้นตอนการวินิจฉัยและทำคำสั่งทาง ปกครอง เช่น อนุญาต อนุมัติ รับรองรับจดทะเบียน รวมถึงการปฏิเสธสิทธิดังกล่าวข้างต้นด้วย ซึ่ง เจ้าหน้าที่จะต้องกระทำโดยชอบตามขั้นตอนในกฎหมายวิธีสบัญญัติ และชอบด้วยเนื้อหา คือ กฎหมายสารบัญญัติ ส่วนการค้ำครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไขเป็นการค้ำครองสิทธิของ ประชาชน ภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ทำคำสั่งทางปกครองแล้วซึ่งได้แก่ การควบคุม ตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในของฝ่ายปกครอง คือ การอุทธรณ์ภายในฝ่าย ปกครอง และการร้องเรียนตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินทั่วไปประการหนึ่ง และการควบคุม ตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอีกประการหนึ่ง การควบคุมตรวจสอบ โดยองค์กรที่ใช้ อำนาจบริหารภายในของฝ่ายปกครองจะควบคุมตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและ ความชอบด้วยวัตถุประสงค์ คือเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของคำสั่งทางปกครอง ส่วนการควบคุม ตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการจะควบคุมตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะ กฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ

จากที่กล่าวข้างต้น เห็นว่า ในการค้ำครองสิทธิของประชาชนภายใต้กฎหมายปกครอง ตามระบบกฎหมายไทยแบ่งได้หลายระดับ ตั้งแต่การค้ำครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช 2560 หากบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ สามารถยกบทบัญญัติแห่ง

รัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล ซึ่งแสดงว่าพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองที่มีลักษณะตัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวจะขัดกับรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น เมื่อรัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิของประชาชนในภาพใหญ่แล้ว การคุ้มครองตามกฎหมายลำดับรองจะต้องมีตาม ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ 3 มีทั้งเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพทางปกครองทั่วไป และหลักประกันสิทธิเฉพาะของคำสั่งทางปกครองเช่น สิทธิจะได้รับการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือประชาชน สิทธิในการทราบข้อเท็จจริงและเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่ถูกต้อง สิทธิได้รับการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมาย รวมถึงสิทธิในการได้รับความเสมอภาคด้วย (รายละเอียดดูในภาคผนวก ข.)

ในการประกันความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครอง กฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติไว้ จึงต้องนำหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายของหลักความเสมอภาคทั่วไปมาพิจารณาว่า ผลของคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกันอันมาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ ดังนั้น เมื่อบุคคลมีความเสมอภาคกันทั่วไปตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ก็ต้องมีให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในระหว่างความแตกต่างของความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย โดยไม่นำถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง ในกฎหมายปกครองหลักความเสมอภาคบังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมถึงฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ และให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการกระทำที่ขัดต่อความเสมอภาคได้ โดยมุ่งที่จะลดความเหลื่อมล้ำของบุคคล

ดังได้กล่าวแล้วว่า ความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครอง กฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนโดยตรง เพียงแต่บัญญัติความเสมอภาคในเรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ความเสมอภาคในเรื่องการได้รับทราบข้อเท็จจริงและกระบวนการพิจารณาตามหลักนิติธรรมว่า บุคคลย่อมไม่สูญเสียสิทธิเพราะความไม่รู้ การไม่ได้รับความช่วยเหลือ หรือเพราะไม่มีประสบการณ์ ดังนั้น ปัญหากรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองแล้ว แต่คู่กรณีไม่ใช้สิทธิในการอุทธรณ์ หรือใช้สิทธิอุทธรณ์แต่ไม่ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ไม่ว่าจะพอใจในผลของคำสั่งทางปกครอง หรือผลการพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ คู่กรณีก็ต้องรับสภาพไปตามนั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อความเสมอภาคหรือไม่ เห็นว่า หลักความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครอง แม้จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย แต่เมื่อรัฐธรรมนูญได้รับรอง คุ้มครองไว้ ผู้ใช้อำนาจจะต้องปฏิบัติให้เกิดความเสมอภาคนั้นด้วยเสมอ

จากการศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.13 พบว่า ความเสมอภาคในทางกฎหมาย หมายถึง การมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับบุคคลอื่น และเมื่อรัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิ

ของประชาชน จึงเกิดหน้าที่ที่ต้องมีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน เหตุผลเดียวที่สามารถปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันได้ คือ การส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น และการคุ้มครอง เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ด้อยโอกาสที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้เท่านั้น ส่วนกรณีอื่น หากมีการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ย่อมเป็นการปฏิบัติขัดต่อหลักความเสมอภาค ดังนั้น ความไม่เสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ย่อมครอบคลุมถึงการกระทำในลักษณะการจำกัดสิทธิของบุคคล เพราะความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง แม้การเลือกปฏิบัติที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคทางกฎหมาย จะมีเหตุผลเพื่อส่วนรวมและสามารถอธิบายได้ หรือสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายก็ตาม ความเสมอภาคย่อมครอบคลุมการกระทำในทางปกครอง ที่มีปรัชญาที่มุ่งประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม องค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบมีหลักการพิจารณาว่า การกระทำนั้นขัดหลักความเสมอภาคหรือไม่ ต้องพิจารณาจากการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้น มีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และมีเงื่อนไขพิเศษเฉพาะเรื่องของการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้น และไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ เช่น ละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ หรือมีข้อยกเว้นอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้น มีความเหมาะสม และมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ เป็นต้น จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากผลของคำสั่งทางปกครองแตกต่างกัน เพราะไม่มีการใช้สิทธิอุทธรณ์ แม้วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์เพื่อต้องการให้มีการ เพิกถอน เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นตามที่ผู้อุทธรณ์ต้องการ ซึ่งมองจากสิทธิของผู้อุทธรณ์ แต่เมื่อไม่มีการใช้สิทธิอุทธรณ์และเกิดผลของกฎหมายมีความแตกต่างกัน แม้ไม่ขัดวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ก็ตาม แต่การใช้สิทธิหรือไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขพิเศษเฉพาะเรื่อง หากจะมีการปฏิบัติต่อผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกันจะต้องมีข้อยกเว้นเท่านั้น การไม่อุทธรณ์ไม่ใช่เป็นข้อยกเว้นของการไม่ปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค ในการเลือกปฏิบัติไม่เท่าเทียมกันได้เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติข้อยกเว้นไว้เฉพาะการขจัดอุปสรรคหรือการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลอื่น และการคุ้มครอง เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ด้อยโอกาสเท่านั้น เพราะหลักการตีความรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จะต้องตีความโดยเคร่งครัด ดังนั้น การมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เพราะคู่กรณีไม่อุทธรณ์ จึงขัดต่อความ เสมอภาคในผลของกฎหมาย

ข้างต้น เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ให้เกิดความเสมอภาคยิ่งหากผลของคำสั่งทางปกครองนั้น มีปัญหาของความชอบด้วยกฎหมาย ยิ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเพิกถอนคำสั่งนั้นเพื่อรักษาความชอบด้วยกฎหมาย แม้จะไม่มีผู้ใดอุทธรณ์ก็ตาม เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการรักษาหลักความเสมอภาคต่อภาระส่วนรวมด้วย

จากการศึกษา เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน การแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจจะแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะหลักในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องอยู่ในเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และในชั้นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ เรื่องความไม่เสมอภาคเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ศาลปกครองสร้างเป็นบรรทัดฐานในการพิพากษาหรือสั่งคดีในแต่ละกรณี และผลของคำสั่งทางปกครองจะมีความไม่เสมอภาคจริงหรือไม่ แต่หากฝ่ายปกครองมิได้ริเริ่มแก้ไขเอง ก็ไม่อาจขอให้ศาลปกครองวินิจฉัยได้ เพราะเมื่อไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนก็ไม่มีสิทธิขอให้ศาลปกครองวินิจฉัยด้วย เพราะประเทศไทยใช้ระบบการอุทธรณ์บังคับ ซึ่งได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 4.1.3 ผลก็คือเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมไม่อาจหยิบยกคำสั่งทางปกครองมาพิจารณาได้อีกตามที่ได้อธิบายในหัวข้อ 4.1.1 เนื่องจากผลของคำสั่งทางปกครองยุติไปแล้ว เมื่อสิ้นระยะเวลาอุทธรณ์มีเพียงหนทางเดียวที่จะให้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอน คำสั่งทางปกครองที่ไม่เสมอภาคนั้น คือ การให้ผู้บังคับบัญชา หรือผู้กำกับดูแลใช้อำนาจตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินทั่วไป เพราะผลของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น ยังไม่มีมาตรการ และกลไกทางกฎหมาย ที่คุ้มครองให้หลักประกันสิทธิความเสมอภาคของบุคคลไว้โดยเฉพาะภายในฝ่ายปกครอง ทำให้กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ยังไม่เป็นไปตามหลักปรัชญาของกฎหมายปกครองที่มุ่งประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เพียงพอ ซึ่งในหลักความเสมอภาค บังคับให้องค์กรต่างๆ ของรัฐ รวมถึงฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจกระทำการทางปกครอง โดยปฏิบัติต่อบุคคลให้ชอบด้วยกฎหมายด้วย ลำพังแต่เจ้าหน้าที่จะอ้างข้อเท็จจริงที่คู่กรณีไม่ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์ แล้วปล่อยให้ความไม่เสมอภาคทางกฎหมายเกิดขึ้น ซึ่งในนิติรัฐและนิติธรรมเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำได้ และเหตุผลหนึ่งในการไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น อาจเป็นเพราะความไม่รู้กฎหมายดีพอ หรือมีความยุ่งยาก หรือต้องดำเนินการหลายขั้นตอน หรือคู่กรณีอาจเป็นเพราะว่าการอุทธรณ์การฟ้องคดี ไม่มีประโยชน์ แม้จะมีการเยียวยาให้ในภายหลัง หรือผู้อุทธรณ์ไม่ประสงค์ที่จะเป็นความกับหน่วยงานของทางราชการ หรือแม้แต่การที่ไม่มีการใช้สิทธิอุทธรณ์เกิดขึ้นจากความพอใจ

ในผลของคำสั่งนั้นจริง ๆ แต่เจ้าหน้าที่จะต้องรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้ หากคำสั่งทางปกครองนั้นมีปัญหาความไม่เสมอภาค ไม่เช่นนั้นทำให้มองได้ว่าความยุติธรรมทางปกครองเกิดเฉพาะคนที่อุทธรณ์ และฟ้องคดีต่อศาลปกครองเท่านั้น ไม่มีหลักประกันสิทธิ ความเสมอภาคและความเท่าเทียมกัน แม้ว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จะเป็นสิทธิที่บุคคลจะใช้สิทธินั้นหรือไม่ก็ได้ก็ตาม กรณีจึงยังผลให้เกิดทั้งความลึกลับในการบังคับใช้คำสั่งทางปกครอง และความไม่เสมอภาคในนิติฐานะของราษฎรเป็นอย่างมาก อีกทั้ง ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่มั่นคงแน่นอน ประชาชนไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อตนอย่างไร หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกัน ย่อมเกิดมาตรฐานที่แตกต่างกัน การทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ขาดบรรทัดฐานและความมั่นคงแน่นอน ส่งผลต่อความศรัทธาและเชื่อมั่น ไว้วางใจของประชาชน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหลักประกันสิทธิและความเสมอภาคในทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 142 วรรคสี่ บัญญัติว่า ถ้าเป็นความผิดซึ่งพนักงานสอบสวนเปรียบเทียบได้ และผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามเปรียบเทียบนั้นแล้ว ให้บันทึกการเปรียบเทียบนั้นไว้แล้วส่งไปให้พนักงานอัยการพร้อมด้วยสำนวน เห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตราดังกล่าว เมื่อพนักงานสอบสวนคดีอาญาได้ทำการเปรียบเทียบอันทำให้สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องระงับไป ไม่อาจกลับมาฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ก็ตาม แต่ต้องส่งสำนวนเปรียบเทียบในห้วงการอัยการตรวจสอบความถูกต้องอีกครั้งหนึ่ง อย่างน้อยเป็นประกันคุ้มครองสิทธิและความเสมอภาคของประชาชนในทางอาญาได้ระดับหนึ่ง

จากการสัมภาษณ์บุคคลอยู่ในภาคปฏิบัติส่วนใหญ่เห็นว่า เมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ถ้าไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้ออกคำสั่งจะไม่มีกรหิยขกคำสั่งเรื่องนั้นมาพิจารณาทบทวนอีก อันเป็นการสร้างภาระกับผู้ออกคำสั่งโดยไม่จำเป็น แม้จะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นคำสั่งที่ยุติโดยสมบูรณ์แล้ว องค์กรศาลปกครองจะไม่มีอำนาจตรวจสอบคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นอีก เพราะหากไม่มีการอุทธรณ์มาก่อนฟ้องคดีศาลปกครองก็ไม่รับฟ้องคดีอยู่ดี ส่วนกรณีที่เกิดคำสั่งทางปกครองกรณีอื่น ๆ ที่เป็นข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่ผลของคำสั่งมีความแตกต่างกัน ไม่ได้ทำให้เกิดความไม่เสมอภาค เพราะความไม่เสมอภาค จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อต้องเป็นกรณีที่กฎหมายรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้ แต่มีการปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน หรือเลือกปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน เพราะที่กำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง แต่การไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์ ไม่ได้เกิดจากฝ่ายเจ้าหน้าที่ และไม่ได้เลือกปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างข้างต้น แต่เป็นความสมัครใจรับผลตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งนั่นเอง แต่ไม่

ใช้สิทธิอุทธรณ์จึงถือว่า ไม่ใช่ความไม่เสมอภาค และในความเป็นจริงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้พิจารณาถึงลงไป ถึงความไม่เสมอภาคของผลของคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น แม้จะทำคำสั่งหลาย ๆ คำสั่งต่างเวลากันก็ตาม เพราะผู้ออกคำสั่งมุ่งพิจารณาเพียงความชอบด้วยขั้นตอน วิธีการ และในเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครองนั้นว่า ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เท่านั้น ส่วนในการพัฒนาคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้เกิดมาตรฐานของคำสั่งทางปกครองเดียวกัน ในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดียวกัน เป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในภาคปฏิบัติเห็นด้วย หากมีมาตรการการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์

เห็นว่า ความเห็นของเจ้าหน้าที่ในภาคปฏิบัติจะคำนึงถึงความเสมอภาค ของคำสั่งทางปกครองเรื่องที่จะออกคำสั่งนั้นเท่านั้น ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือไม่ ไม่นำคำสั่งทางปกครองเรื่องอื่น หรือกรณีอื่นมาพิจารณาว่า เกิดความเสมอภาคในผลของทุก ๆ คำสั่งหรือไม่ แม้การออกคำสั่งทางปกครองจะอาศัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน หากคำสั่งทางปกครองใดไม่อยู่ภายใต้ความเสมอภาคในเรื่องนั้น ก็ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบเหนือขึ้นไปต่างหาก

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาในบทที่ 3.1 พบว่า ประเทศอังกฤษมีการทบทวนตรวจสอบ การกระทำทางปกครองต่าง ๆ กรณีที่คู่ความไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ตามกฎหมาย โดยศาลยุติธรรมมีอำนาจทบทวนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือไต่สวนต่าง ๆ ถือเป็น การทบทวน โดยทั่วไป จากจารีตประเพณีแบบคอมมอนลอว์ แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรสเปน และประเทศไทย ไม่มีระบบการทบทวนตรวจสอบ การกระทำต่าง ๆ กรณีที่คู่ความไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ตามกฎหมายอย่างประเทศอังกฤษ เพียงแต่ทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์เฉพาะที่กฎหมายบังคับไม่ต้องมีการอุทธรณ์เท่านั้น เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่สูงสุดในฝ่ายปกครอง เพราะเจ้าหน้าที่นั้นไม่มีผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่า และเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกในรูปของคณะกรรมการต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการที่กฎหมายระบุว่า ให้เป็นที่สุด เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด และความเห็นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภาคปฏิบัติเห็นว่า หากมีมาตรการ กลไกในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการอุทธรณ์ที่เหมาะสม เนื่องจากความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองกฎหมายเฉพาะ ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจน ซึ่งเรื่องใดที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ฝ่ายผู้ตรากฎหมายประสงค์ให้มีการพัฒนากฎหมายในเรื่องนั้นตรงกับความเป็นจริงในอนาคต และจะได้เสนอแนะต่อไปในบทที่ 5 อย่างน้อยย่อมมีข้อดีหลายประการ กล่าวคือ ประการแรก เป็นการประกันสิทธิและประกันความเสมอภาคให้กับประชาชนผู้ได้รับผลของคำสั่งทางปกครองจากข้อเท็จจริงเดียวกัน อันสอดคล้องกับความเสมอภาค

ตามเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่สอง ผลของคำสั่งทางปกครองมีมาตรฐานเดียวกัน ย่อมเป็นการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมายอันช่วยลดปริมาณการยื่นอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองในเรื่องอื่นต่อไป ประการที่สาม ประชาชนเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองเพราะหากมีการควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่อุทธรณ์ อันเป็นการยืนยันความถูกต้อง ความชอบด้วยกฎหมายโดยกระบวนการฝ่ายปกครองเอง และหากมีมาตรการ กลไกในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการอุทธรณ์ที่เหมาะสม ย่อมสอดคล้องกับความเสมอภาคและหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายด้วย เพราะความเสมอภาคและหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย กำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลาย ที่ถูกนำไปใช้กับผู้อยู่ในบังคับตามกฎหมายเป็นเอกภาพ คือ เท่าเทียมกันภายใต้กฎเกณฑ์อย่างเดียวกัน เพราะฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ จะไม่เอารัดเอาเปรียบประชาชน และฝ่ายปกครองย่อมจะไม่ประสงค์จะกระทำเช่นนั้นด้วย

ความไม่เสมอภาคจะเกิดขึ้นไม่ได้ เพราะความไม่รู้ ไม่ได้ได้รับความช่วยเหลือ หรือขาดประสบการณ์ หากคู่กรณีไม่มีการอุทธรณ์การพิจารณาต่อไปก็ย่อมอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการพิจารณาคำสั่งทางปกครองนั้นให้บุคคลได้รับผลในทางกฎหมายเหมือนกัน จากการศึกษาดังที่กล่าวข้างต้น เมื่อไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่มีการทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้นอีก อาจเป็นความเข้าใจของฝ่ายปกครองว่า คู่กรณีพอใจในผลของคำสั่งนั้นแล้ว ซึ่งการจะอุทธรณ์หรือไม่เป็นเรื่องของคู่กรณีฝ่ายเดียวไม่เกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครอง เพียงแต่เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองขึ้นแล้วเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาคำอุทธรณ์นั้นให้ถูกต้องไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อมาตรฐานการประกันความเสมอภาคของคู่กรณีในคำสั่งทางปกครองที่ไม่อุทธรณ์ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ในนิติรัฐและนิติธรรมตามหัวข้อ 4.2.2 ดังนั้นการที่คู่กรณีสละสิทธิ์การอุทธรณ์หรือไม่มีการยื่นอุทธรณ์ภายในเวลาที่กำหนด แม้จะไม่ขัดต่อความเสมอภาคตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป แต่ในหลักกฎหมายปกครองย่อมทำให้มาตรฐานของคำสั่งทางปกครองเกิดความไม่เสมอภาคในผลทางกฎหมายตามที่ได้อธิบายข้างต้นแล้ว ซึ่งจะได้เสนอแนะต่อไปในบทที่ 5

4.2.2 วิเคราะห์ปัญหามาตรฐานการประกันความเสมอภาคของคู่กรณีในคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐและนิติธรรม

ความเสมอภาคของบุคคลถือเป็นคุณค่าสำคัญของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลต่อระบบกฎหมายภายในทั้งหมด โดยผูกพันทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการจะต้องเคารพ ความเสมอภาคอยู่ในหลักความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาหรือทางสารบัญญัติอย่างหนึ่ง หากคำสั่งทาง

ปกครองใดไม่อยู่ภายใต้ความเสมอภาคก็ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองนี้ ก็เพื่อให้มีการใช้อำนาจยึดหลัก ความชอบด้วยกฎหมายเกิดมาตรฐานเหมือนกัน

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า จากการศึกษาระบบการทบทวนคำสั่งทางปกครอง ประเทศ อังกฤษ มีการทบทวนตรวจสอบการกระทำต่าง ๆ กรณีที่คู่ความไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์ตามกฎหมาย โดยศาลยุติธรรมมีอำนาจทบทวนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือไทรบูนัลต่าง ๆ ถือเป็น การทบทวน โดยทั่วไปจากจารีตประเพณีแบบคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นการทบทวนการ กระทำโดยไม่มีอำนาจของเจ้าหน้าที่ ทบทวนการกระทำโดยไม่มีกฎหมายสนับสนุนโดยเห็นได้ชัด และก้าวเข้าไปตรวจสอบข้อเท็จจริงในกรณีข้อเท็จจริงนั้น กระทั่งถึงความสมบูรณ์ของนิติกรรม อันเป็นองค์ประกอบของข้อกฎหมายอย่างหนึ่ง รวมถึงการทบทวนกระบวนการออกนิติกรรม โดยเฉพาะหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ คือ การรับฟังคู่กรณี และไม่มีส่วนได้เสียของผู้มีอำนาจ ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น และการควบคุมมิให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจแทนด้วย อันเป็นการฝ่าฝืน วัตถุประสงค์ในการได้รับมอบในการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งช่วยบรรเทาความเสียหายของผู้ไม่มี สิทธิอุทธรณ์

ในการควบคุมความเสมอภาคให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่ไม่มีการอุทธรณ์ องค์การผู้ควบคุมตรวจสอบจะควบคุมตรวจสอบหรือไม่ และจะควบคุมตรวจสอบได้แค่ไหน เพียงใด หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐและนิติธรรมของการทำคำสั่ง ทางปกครอง มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐ โดยมีฐานมาจากกฎหมายประการหนึ่ง และเมื่อเป็นการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองโดยมีที่มาจากกฎหมายแล้ว การใช้อำนาจทำคำสั่ง ทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายด้วย แต่โดยที่ฝ่ายปกครองมีการใช้อำนาจออกคำสั่ง ทางปกครอง ประกอบด้วยองค์การที่มีการจัดโครงสร้างตามรูปแบบของกฎหมายในแต่ละประเภท จากการศึกษา รูปแบบการควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.5.3 พบว่า มีการควบคุมตรวจสอบตามลักษณะการใช้อำนาจอยู่ในสองรูปแบบ คือ การ ควบคุมอาศัยอำนาจบังคับบัญชา และการควบคุมตรวจสอบ โดยอาศัยการกำกับดูแล ซึ่งในการ ควบคุมตรวจสอบที่ใช้อำนาจบังคับบัญชามีขอบเขตการควบคุมกว้างกว่า เพราะนอกจากควบคุม ความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังสามารถควบคุม พฤติกรรมในตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นได้ด้วย แต่การควบคุมตรวจสอบโดยอาศัยการกำกับดูแล เป็นเพียงควบคุมตรวจสอบในขอบเขตตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็น การควบคุมตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของตัวคำสั่งทางปกครอง ไม่อาจก้าวล่วงไป ควบคุมตรวจสอบตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจในการออกคำสั่งได้

จากการศึกษาในหัวข้อ 2.3.3 และหัวข้อ 2.3.7 พบว่า ในนิติรัฐได้มอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองดำเนินกิจการต่าง ๆ ด้วยการทำความสั่งทางปกครอง ในลักษณะการใช้อำนาจมหาชนฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าไปกระทบต่อปัจเจกบุคคลได้ แต่ต้องตกอยู่ในเงื่อนไขภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ แต่หลักความชอบด้วยกฎหมายอาจผ่อนคลายเป็นความศักดิ์สิทธิ์ลง หากเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น เร่งด่วน ฉุกเฉิน หรือเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม หรือเฉพาะการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แม้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ก็ได้ ในทางกลับกันแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ฝ่ายปกครองก็ยังสามารถใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้เช่นเดียวกัน อันเป็นการลดความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าวลง ดังนั้น ผลผูกพันในหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ย่อมมีความเข้มข้นแตกต่างกันออกไป เนื่องจากต้องการให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างยืดหยุ่น ปรับเปลี่ยนไปตามความหลากหลายของสถานการณ์ และกิจกรรมเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ฝ่ายปกครองตั้งไว้

จากการศึกษาในหัวข้อ 2.3.3 และหัวข้อ 2.3.4 พบว่า หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีความแตกต่างในตัวเองอย่างมีนัยสำคัญ แม้จะมีที่มาที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ หลักนิติรัฐนั้นจะเป็นแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายของรัฐในภาคพื้นทวีป (Continental) ในสายโรมานอ-เจอร์เมนิค (Romano - Germanic) ที่หมายถึง การที่รัฐซึ่งเคยทรงไว้ซึ่งอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดนั้น ยอมลดตัวลงมาอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ตลอดจนวางแนวทางที่มาของอำนาจการใช้อำนาจผ่านช่องทางของกฎหมายทั้งสิ้น โดยเริ่มตั้งต้นจากระดับ โครงสร้างรัฐ (Methodological Collectivism) ที่อธิบายความสูงสุดของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ ภายใต้การวางลำดับชั้นของกฎหมาย การวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการตรวจสอบถ่วงดุลไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ก็เพื่อธำรงไว้ซึ่งความสูงสุดของกฎหมายในการจำกัดอำนาจรัฐ ส่วนหลักนิติธรรมเป็นหลักที่เชื่อมโยงกับพัฒนาการของระบบกฎหมายในประเทศอังกฤษ ที่ต้องการลดอำนาจของพระมหากษัตริย์ ลงจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจและอยู่เหนือกฎหมายบ้านเมือง หลักนิติธรรมเพียงเรียกร้องให้ทุกคนล้วนมีสิทธิและเสรีภาพความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน ไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งสถานะใด ๆ ก็ตาม

ส่วนในทางเนื้อหาหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ใจความสำคัญของหลักนิติรัฐอยู่ที่ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ และเมื่อมีอำนาจ อำนาจนั้นต้องไม่ขัดต่อหลักกฎหมาย หมายความว่า การใช้อำนาจต้องมีที่มาจากกฎหมาย เมื่อมีการใช้อำนาจแล้วจะเกินขอบเขตของกฎหมายไม่ได้ ส่วนขอบเขตเนื้อหาของกฎหมายเป็นเช่นไร อยู่ในหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะกล่าวต่อไปในภายหลัง สำหรับหลักนิติธรรม เป้าหมายของเนื้อหา คือ ยึดกฎหมายโดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพ

อย่างเสมอภาค หมายความว่า ในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่จะต้องยึดถือกฎหมายสูงสุด และมีความเป็นธรรมในการปกครองกล่าวคือ การยึดถือกฎหมายสูงสุดต้องมีลักษณะทั่วไป (Generality) มีการประกาศใช้ให้ทุกคนได้ทราบ (Promulgation) ต้องห้ามใช้บังคับย้อนหลัง (Retroactive Laws) ต้องมีความชัดเจน (The Clarity of Laws) ต้องไม่ขัดแย้งกันเอง (Contradiction in the Laws) ห้ามเรียกร้องในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ (Laws Requiring the Impossible) มีความคงอยู่อย่างสม่ำเสมอ (Constancy of the Law through Time) และการกระทำของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายต้องมีความมั่นคงแน่นอนกับบทกฎหมายที่ประกาศแล้ว ส่วนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างเสมอภาค หมายถึงบุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ปกติธรรมดาของแผ่นดินอย่างเท่าเทียมกัน โดยปฏิเสธในเรื่องของอภิสิทธิ์ชน (Privileges)

จากการศึกษาหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในหัวข้อ 2.3.7 พบว่า เป็นหลักจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองให้ต้องผูกพันและอยู่ใต้บังคับต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรผู้มีอำนาจได้ตราขึ้น คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงตกอยู่ภายใต้หลักนี้ที่องค์กรควบคุมตรวจสอบจะนำไปใช้ในการทบทวนพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเสมอ และความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง หมายถึง กฎหมายในทางปกครอง ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือรักษาความสงบเรียบร้อย ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ สถานภาพของบุคคลเป็นการเฉพาะราย จะได้แก่ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด กฎต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ยังมีรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับโดยสากล ซึ่งศาลปกครองนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีอีกด้วย

เมื่อฝ่ายปกครองใช้อำนาจของกฎหมายในทางปกครอง เป็นฐานก่อให้เกิดคำสั่งทางปกครองขึ้น เนื้อความของกฎหมายในทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับตัวคำสั่งทางปกครอง หรือในทางกลับกันเนื้อความของคำสั่งทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานก่อให้เกิดคำสั่งทางปกครองขึ้นนั่นเอง ซึ่งขอบเขตของกฎหมายเริ่มตั้งแต่ ขั้นตอน วิธีการ และระยะเวลาที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย เรียกว่า วิธีสบัญญัติทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้น และจะสิ้นสุดลงเมื่อฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองโดยใช้กฎหมายทางสารบัญญัติในเรื่องนั้นแล้ว ส่วนวิธีสบัญญัติหรือสารบัญญัติจะสอดคล้องกับกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานก่อให้เกิดคำสั่งทางปกครองกฎหมายหรือไม่ ย่อมเป็นปัญหาในชั้นการทบทวนตรวจสอบของผู้มีอำนาจต่อไป และจะสามารถทบทวนตรวจสอบได้แค่ไหนเพียงใด ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่กำหนดอำนาจไว้อย่างไร

จากที่กล่าวข้างต้น ทั้งผู้ทำคำสั่งทางปกครองและองค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบ ต่างก็ผูกพันและอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในนิติรัฐและนิติธรรม ไม่อาจยินยอมให้มีการฝ่าฝืนหลักความชอบด้วยกฎหมายขึ้นได้ เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ผูกพันหรืออยู่ภายใต้กฎหมายไม่ว่าจะเกิดจากความจงใจหรือไม่ก็ตาม บุคคลที่ได้รับผลกระทบก็สามารถขอให้ผู้มีอำนาจเพิกถอน ยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้เรียกว่าเป็นการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามที่ตนต้องผูกพันอยู่ด้วย ซึ่งในกระบวนการยกเลิก เพิกถอน ต่างฝ่ายก็สิทธิเสนอหลักฐานโต้แย้งได้อย่างเต็มที่ เพื่อให้หลักนิติรัฐและนิติธรรมดังกล่าวข้างต้นเป็นจริงขึ้นได้

มาตรฐานการประกันความเสมอภาคของคู่กรณีในคำสั่งทางปกครองที่ไม่อุทธรณ์ ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐและนิติธรรม เมื่อฝ่ายปกครองปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อเลือกผลทางกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดแล้ว จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันในแต่ละกรณี หากเรื่องใดปรากฏข้อเท็จจริงเดียวกัน หรือมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เป็นบรรทัดฐานอยู่แล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างเดียวกัน เพื่อให้ผลของคำสั่งทางปกครองทุกคำสั่งเกิดความเสมอภาค กรณีที่ข้อเท็จจริงใดทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจจะวินิจฉัยให้เกิดความเสมอภาคจะต้องมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลง จนไม่อาจจะวินิจฉัยให้เกิดผลทางกฎหมายตามเหตุผลเดิมได้อีกต่อไป ผลทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดความเสมอภาคนี้ จะต้องเป็นผลที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หากผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองต้องผูกพัน และผลผูกพันต่อความเสมอภาคนี้ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันจนถึงเมื่อใด หากปล่อยให้ความผูกพันเป็นระยะเวลาที่ไม่สิ้นสุดย่อมเป็นปัญหาต่อประสิทธิภาพฝ่ายปกครอง และความแน่นอนของคำสั่งทางปกครองด้วย เห็นว่า การพิจารณาข่มขืนอยู่กับเงื่อนไขว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ก่อให้เกิดความเสมอภาคเกิดจากผลร้ายแรงในการใช้อำนาจมากน้อยเพียงใด หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้คำสั่งทางปกครองถึงขนาดเป็นโมฆะ ผลของคำสั่งทางปกครองนี้ย่อมเป็นโมฆะอยู่ตลอดไป เช่นเดียวกับความเป็นโมฆะของนิติกรรมในทางแพ่ง เพราะเป็นคำสั่งทางปกครองบกพร่องหรือผิดพลาดและขัดกับกฎหมายอย่างชัดเจนอย่างร้ายแรง อันทำให้เกิดความเสียหายที่ไม่เคยเกิดผลในทางกฎหมายขึ้นเลย เพราะไม่อยู่ในเงื่อนไขการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นด้วย ซึ่งจะขอให้ศาลปกครองประกาศความเสียหายเปล่าของคำสั่งนั้นเมื่อใดก็ได้ อันรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้ แต่หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้คำสั่งทางปกครองเพียงมีความไม่สมบูรณ์ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ การทำให้เกิดความเสมอภาคของคำสั่งทางปกครองกรณีนี้ คงมี

ผลอยู่จนกว่าสิ้นสุดระยะเวลาเพิกถอนภายในฝ่ายปกครองก็คือระยะเวลาการอุทธรณ์นั่นเอง เพื่อให้สอดคล้องกับระยะเวลาสิ้นสุดการอุทธรณ์ที่สามารถขอให้เพิกถอนภายในฝ่ายปกครองได้

ประการสำคัญ คำสั่งทางปกครองใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากใช้ว่ากฎหมายจะบังคับให้สิทธิเฉพาะบุคคลเท่านั้นที่จะขอให้ฝ่ายปกครองทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดไป เพราะหากบุคคลไม่ใช่สิทธิร้องขอให้เพิกถอนความไม่ชอบของคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีอยู่ตลอดไป และความไม่ชอบนี้เกิดคำสั่งทางปกครองเพียงคำสั่งเดียวก็ไม่มีปัญหาหรือมีการเปรียบเทียบความเสมอภาคเท่าใดนัก แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองอันเกิดจากมูลข้อเท็จจริงเดียวกันและข้อกฎหมายเดียวกันหลาย ๆ คำสั่ง ไม่ว่าจะข้อเท็จจริงเดียวกันนั้นจะเกิดเวลาเดียวกันหรือต่างช่วงเวลา ถ้าข้อกฎหมายไม่มีการเปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายจะต้องเหมือนกัน แต่หากผลของคำสั่งที่แตกต่างกันความเป็นธรรมตามหลักนิติรัฐและนิติธรรมย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ และเป็นปัญหาเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายปกครองเองในการสร้างมาตรฐานการบังคับใช้กฎหมาย ที่ก่อให้เกิดความลักลั่นของคำสั่งทางปกครองขึ้น เนื่องการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในปัจจุบัน ส่วนหนึ่งอยู่ที่ความเชื่อถือไว้วางใจจากประชาชนด้วย ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นฝ่ายปกครองเองซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ในความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ ก็ย่อมเป็นฝ่ายทำให้คำสั่งทางปกครองมีความเสมอภาค เมื่อไม่มีบุคคลใดใช้สิทธิอุทธรณ์ ดังที่วิเคราะห์ในหัวข้อ 4.2.1 แล้วว่า การไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์อาจเกิดขึ้น เพราะความไม่สมัครใจก็ได้ หรือแม้การสละสิทธิอุทธรณ์เกิดขึ้นเพราะความสมัครใจ ก็ทำให้ว่าคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นจะชอบด้วยกฎหมายเสมอไป

จากการสัมภาษณ์ผู้ที่ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติ เห็นว่า หากมีการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองใดขึ้นแล้ว เมื่อไม่มีผู้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นตามกฎหมาย ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นจะไม่มีมีการพิจารณาแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นอีก เนื่องจากผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครองคงเห็นแล้วว่า ถูกต้องตามกฎหมายและให้มีผลยุติเช่นนั้น ถ้าหากเห็นว่าไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คู่กรณีมีสิทธิยื่นอุทธรณ์คัดค้านในภายหลัง เนื่องจากเป็นสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองโดยยื่นอุทธรณ์ให้ทบทวน แก้ไขได้อยู่แล้ว ผลของคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้น จึงยุติลงไปพร้อมกับการสิ้นสุดระยะเวลาอุทธรณ์ ซึ่งเป็นความต้องการและจุดประสงค์ของผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น ให้เสร็จสิ้นด้วยเวลาอันรวดเร็ว ประกอบกับหากนำคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นมาทบทวนตรวจสอบอีก เป็นการเพิ่มภาระงานโดยไม่จำเป็น เพราะฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากอยู่แล้ว

จากที่วิเคราะห์มาทั้งหมด การที่คู่กรณีในคำสั่งทางปกครองไม่มีการยื่นอุทธรณ์จะไม่ขัดแย้งกับความเสมอภาคอันเป็นความเสมอภาคตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป ในการได้รับสิทธิการยื่นอุทธรณ์ที่ทุกคนมีเท่าเทียมกัน แต่การไม่ยื่นอุทธรณ์ดังกล่าว ยังไม่สามารถทำให้ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเกิดความเสมอภาคได้ และการไม่ยื่นอุทธรณ์ทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุด

ในผลลงเนื่องจากเป็นที่สุด แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากผลดังกล่าวย่อมไม่สอดคล้องตามหลักการควบคุมตรวจสอบกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐและนิติธรรมได้ แม้กฎหมายจะไม่ได้ให้เป็นหน้าที่ของผู้ใดในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ แต่การมีองค์ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองให้เกิดความเสมอภาคและชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เป็นสิ่งจำเป็นและได้รับการพัฒนาในกฎหมายปกครอง เพราะความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครอง ไม่เพียงแต่สร้างหลักประกันความเป็นธรรมให้กับประชาชนเท่านั้น แต่ยังเป็นการรักษาหลักนิติรัฐและนิติธรรมให้เกิดขึ้นตามความเป็นจริงอีกด้วย ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องรักษาความชอบด้วยกฎหมายควบคู่กับการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอยู่แล้ว ซึ่งจะได้เสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป

4.3 วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ

เมื่อฝ่ายปกครองต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายและต้องกระทำการต่าง ๆ ให้ถูกต้องตามกฎหมายตามที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อ 4.2 ในรัฐที่ปกครองด้วยนิติรัฐ สิ่งจำเป็นจะต้องเกิดผลตามมา คือ ต้องมีการควบคุมตรวจสอบว่า ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจทำตามกฎหมายหรือไม่ เพื่อให้นิติรัฐเกิดขึ้นตามความจริง ศาลปกครองเป็นสถาบันจัดตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองประชาชนองค์กรสุดท้ายในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยตรง ซึ่งในระบบภายในของศาลปกครองไม่มีการนำระบบการบังคับบัญชามาใช้กับตุลาการ อย่างองค์กรภายในฝ่ายปกครองที่มีลักษณะการบังคับบัญชาอย่างเคร่งครัดในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลปกครองจึงมีความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาสั่งการรูปใด ๆ ของผู้ใด

จากการศึกษาหลักการบริหารราชการแผ่นดินในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.5 และการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2 พบว่า การสั่งการโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองมีหลายประเภท เช่น หนังสือกำหนดขั้นตอนในการทำงาน หนังสือตีความหรืออธิบายข้อความในกฎหมาย หนังสือแนะนำการปฏิบัติงาน หนังสือกำหนดแนวทางในการสืบสวน สอบสวน รวบรวมพยานหลักฐานในการให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริง หนังสือกำหนดแนวทางการใช้มาตรฐาน หรือหนังสือการชักจูงความเข้าใจต่าง ๆ เป็นต้น จากตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น คือ การออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองนั่นเอง แต่วิธีการดังกล่าวใช้อำนาจในขอบเขตที่กว้างตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินในฐานะผู้บังคับบัญชาและผู้กำกับดูแล แม้หลายกรณีจะไม่ได้มีผลบังคับโดยตรงหรือมีผลต่อประชาชนเป็นการทั่วไป แต่การออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ เป็นมาตรการ

บังคับทางอ้อมเป็นการควบคุมขั้นตอนการทำงาน ใช้บังคับหรือผูกมัดกับการกระทำและตัวเจ้าหน้าที่โดยตรง และส่งผลต่อความสำเร็จของการทำงานเพื่อให้เป้าหมายที่กำหนดไว้บรรลุผลหรือรักษามาตรฐานของงานไว้ หากฝ่าฝืน หลีกเลียงหนังสือเวียนและแนวทางที่กำหนดไว้ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจต้องถูกใช้มาตรการอื่นบังคับ เช่น วินัย อาญา โยกย้าย งดเลื่อนตำแหน่ง ถูกดำเนินเรื่องมาตักเตือนแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนนั้น หรือในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ออกในฐานะการกำกับดูแล ผู้นั้นอาจถูกงด ลดลดหนุหนทางด้านงบประมาณ หรือถูกถอดถอนหรือสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

โดยทั่วไปหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าวข้างต้น ถ้าไม่มีผลโดยตรงทางกฎหมายในทันทีเป็นการเฉพาะรายก็ไม่มีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครอง และถ้าไม่เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กับข้อเท็จจริงในอนาคต ไม่มีผลต่อเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเป็นการทั่วไป และไม่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดเป็นการเฉพาะ ก็ไม่มีสภาพเป็นกฎในทางปกครอง แต่ในสภาพความจริง เนื่องจากในปัจจุบันมีการบัญญัติกฎหมายใหม่เพิ่มขึ้นจำนวนมากเพื่อให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจ และเทคโนโลยี รัฐจึงมีหน้าที่เพิ่มขึ้นตามความต้องการของประชาชนเหล่านั้น ส่งผลต่อภารกิจของฝ่ายปกครองที่เพิ่มขึ้นมากตามไปด้วย ทำให้ ฝ่ายปกครองต้องออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเพื่อให้เกิดการปฏิบัติให้เป็นมาตรฐานเดียวกันในหน่วยงานต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก และยิ่งนานวันเข้าก็ยิ่งเพิ่มขึ้นมากไปอีก ทำให้ผู้บังคับบัญชาและผู้กำกับดูแลเกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งแท้จริงแล้วเป็นอำนาจเฉพาะตัวของผู้ที่บังคับบัญชาหรือผู้อยู่ในกำกับดูแล จึงมีการวางแนวทางปฏิบัติ กำหนดเป็นหนังสือเวียนเป็นมาตรฐานเพื่อใช้ในการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ได้บังคับบัญชาหรือผู้อยู่ได้ การกำกับดูแล ในฐานะที่ตนมีอำนาจในลำดับชั้นของการบริหารราชการแผ่นดินที่สูงกว่า และเมื่อสั่งการใดแล้วเจ้าหน้าที่จะต้องนำหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติมาปฏิบัติโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และนำไปสู่ผลกระทบต่อบุคคลภายนอกในที่สุด อันเป็นอุปสรรคของกลไกสมมติทางกฎหมาย และเป็นความบกพร่องของกฎหมายอย่างหนึ่งที่ไม่สามารถฟ้องร้องได้โดยตรง จึงจำเป็นต้องมีวิเคราะห์แนวทางการควบคุมตรวจสอบให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และได้เสนอแนะต่อไปในบทที่ 5 เพราะในปัจจุบัน หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ยังไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง หากจะมีก็เพียงการตรวจสอบผ่านการเสนอเรื่องลงนามในหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติให้มีผลบังคับใช้ตามสายงานการปฏิบัติตามอำนาจบังคับบัญชาและการกำกับดูแลแต่ละลำดับชั้นเท่านั้น ไม่ได้อยู่ในความหมายการควบคุมตรวจสอบตามที่ศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1 แต่อย่างใด ส่วนในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

ภายในฝ่ายปกครอง ถ้าหากจะมีเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพต่อไปในอนาคต องค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบ จะต้องพิจารณาว่า ตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง มีลักษณะ เป็นกฎในทางปกครอง หรือเป็นคำสั่งอื่นใด หรือการกระทำอื่นหรือไม่ อันตรงกับเงื่อนไขในการ ตรวจสอบของศาลปกครอง หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมีผลกระทบต่อบุคคล หรือ กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ได้บังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาว่า หนังสือเวียนและ แนวทางปฏิบัติที่ออกหรือกำหนดนั้นอยู่ในกรอบของกฎหมายที่ถูกต้องหรือไม่ ถ้าอยู่ในกรอบของ กฎหมายต้องมาพิจารณาว่า เรื่องนั้นอยู่ในอำนาจและดุลพินิจของเจ้าหน้าที่อื่นที่ไม่ใช่อำนาจของผู้ที่ ออกหนังสือเวียน และกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือไม่ หรือมีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจ อย่างใดอย่างหนึ่งในการทำคำสั่งทางปกครองโดยมีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติซึ่ง อยู่ในขอบเขตที่ถูกต้องตามกฎหมายและเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีการใช้ดุลพินิจทำคำสั่งทางปกครอง เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาตามหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ แท้จริง ถ้าเป็นการตัดดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ไปทั้งหมด หรือบางส่วนนอกจากคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน แม้การ ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองจะเป็นคนละขั้นตอนในการควบคุมตรวจสอบความชอบของ หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ แต่ทั้งคำสั่งทางปกครองและหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติส่งผลถึง กันและกัน หมายความว่า หากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติออกสอดคล้องตรงตามเจตนารมณ์ ของกฎหมาย ก็ทำให้คำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายไปด้วย เนื่องจากเมื่อผู้บังคับบัญชาออก หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาที่มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครอง จะต้องนำหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติมาใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองโดยไม่อาจ หลีกเลี่ยงหรือขัดแย้งได้ เพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ได้บังคับบัญชาเป็น ความสัมพันธ์ตามสายการบังคับบัญชาตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งมีวินัยกำกับอยู่ ดังนั้น ในการวิเคราะห์เรื่องดังกล่าวจะต้องวิเคราะห์ทั้งเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจาก หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ และเนื้อหาของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติควบคู่ไปด้วยว่า เป็นการตัดดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการทำคำสั่งทางปกครองหรือไม่

ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ ดังกล่าวข้างต้น ขององค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบ จึงมีหลักอยู่ว่า เรื่องนั้นอยู่ในอำนาจและดุลพินิจ ของเจ้าหน้าที่คนใด หากดุลพินิจอยู่ในอำนาจของผู้ที่ออกหนังสือเวียน หรืออยู่ในอำนาจของผู้ กำหนดแนวทางปฏิบัติ เพียงแต่มอบหมายเจ้าหน้าที่อื่นพิจารณาแทน ในการควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติก็คงไม่มีปัญหามากนัก แต่ในกรณีที่ อำนาจการใช้ดุลพินิจอยู่ที่เจ้าหน้าที่อื่น ซึ่งไม่ใช่ผู้ที่ออกหนังสือเวียน และกำหนดแนวทางปฏิบัติ

นั้น แต่อย่างไรก็ตามหาใช่ว่า หนังสือเวียน และกำหนดแนวทางปฏิบัติจะไม่ชอบด้วยกฎหมายไปเสียทั้งหมด แต่ต้องพิจารณาว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามนั้น อยู่ขอบเขตที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งกรณีนี้ต้องพิจารณาตามหลักความชอบด้วยกฎหมายภายหลังเกิดคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ซึ่งถ้าหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัตินั้นเป็นกฎ เป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งอื่นใดหรือการกระทำอื่นใด ก็มีมาตรการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองอยู่แล้วซึ่งไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด แต่ถ้าหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่เป็นกฎ ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นใด หรือการกระทำอื่นใด และออกโดยอาศัยการบริหารราชการภายในของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อบุคคลหรือตัวเจ้าหน้าที่ที่จะต้องนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไปปฏิบัติ ปัญหาคือในปัจจุบันไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบ และเป็นปัญหาภายในขององค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาในการใช้เป็นแนวทางการทำคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อประชาชน ซึ่งจะได้วิเคราะห์สองประการ ทั้งการวิเคราะห์ตามหลักนิติวิธีในการตีความกฎหมายมหาชน และตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อจะเสนอแนะต่อไปในบทที่ 5 ดังนี้

4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติตามหลักนิติวิธีในการตีความกฎหมายมหาชน

การวิเคราะห์ในหัวนี้เพื่อค้นหาคำตอบว่า ควรมีนิติวิธีในการตีความหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองอย่างไร และศาลปกครองควรใช้นิติวิธีดังกล่าว ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ และตรวจสอบเนื้อหาของหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติหรือไม่ เพียงใด

จากการศึกษาหลักนิติวิธีในการตีความกฎหมายมหาชนในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.1 พบว่า นิติวิธีเป็นเครื่องมือในการค้นหาคำตอบเพื่อหยั่งทราบว่า ถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีความหมายว่าอย่างไร โดยใช้กระบวนการในการคิด วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายอย่างเป็นระบบ เพื่อชี้แนะนักผลลัพธ์ โดยเฉพาะถ้อยคำของตัวบทกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงทำให้เข้าใจตัวบทกฎหมายได้อย่างมีเหตุผล แม้ไม่อาจทำให้ได้ ผลลัพธ์ที่ดีที่สุด แต่สามารถพิจารณาได้ว่านิติวิธีมีความสมเหตุสมผลมากกว่ากัน โดยยึดโยงกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์และระบบกฎหมายด้วย ในการค้นหาวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็มีนิติวิธีที่ผู้ใช้กฎหมายต้องใช้นิติวิธีพิจารณาจากเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมายเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายซึ่งเป็นเป้าหมายสุดท้าย ดังนั้น นิติวิธีกับตัวบทกฎหมายจึงไม่อาจแยกออกจากกันได้ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นเพียงตัวอักษรที่แสดงออกซึ่งความคิด อันเป็นเครื่องมือในการชี้ขาดหาความ

แน่นอนในการวินิจฉัยปัญหา ตัวหนังสือจึงไม่ใช่กฎหมายที่แท้จริงแต่ตัวความคิดที่เป็นนิติวิธีที่แสดงออกผ่านตัวหนังสือต่างหาก คือ กฎหมายที่แท้จริง และถ้อยคำตามตัวบทกฎหมายก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยลำพัง หากขาดซึ่งนิติวิธีในการใช้ นิติวิธีจึงมีความสำคัญยิ่งต่อผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งจะเป็นการป้องกันมิให้ผู้ใช้กฎหมายวินิจฉัยปัญหาโดยอำเภอใจเพื่อให้ได้คำตอบตามที่ตนต้องการ

จากการศึกษาตามหัวข้อดังกล่าวข้างต้น กฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน ในการใช้และตีความกฎหมายปกครองจึงนำนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน ทั้งวิธีการคิดวิเคราะห์ วิธีนำเสนอความคิด และการพิจารณาปัญหาอย่างเป็นระบบในกฎหมายมหาชนมาใช้ร่วมด้วย ผู้ใช้หรือผู้ตีความกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในฐานะ ผู้บัญญัติกฎหมาย ต้องมีหน้าที่คิด วิเคราะห์ และนำเสนอความคิดเป็นบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลปกครองมีหน้าที่คิด วิเคราะห์ และนำเสนอความคิดเป็นคำพิพากษา นักกฎหมายมหาชนทั่วไป มีหน้าที่คิดและวิเคราะห์แล้ว อาจนำเสนอความคิดในรูปงานเขียนต่าง ๆ ที่สำคัญฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายลำดับแรก ต้องมีหน้าที่นำวิธีการคิดตามนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน ไม่อาจนำกฎหมายเอกชนมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมายมหาชน เช่น จะนำหลักความเสมอภาคตามกฎหมายเอกชน มาใช้กับรัฐ หรือฝ่ายปกครองทุกกรณี ไม่ได้ เพราะกฎหมายมหาชนมีนิติวิธีเฉพาะในหลักการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับเสรีภาพส่วนบุคคลไว้แล้ว โดยถือว่าประโยชน์ส่วนรวมย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของเอกชนเสมอ ส่วนฝ่ายปกครองเองแม้จะมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมและมีเอกสิทธิ์ก็ตาม แต่ก็ต้องระลึกอยู่เสมอว่า การนำนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนโดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และใช้เอกสิทธิ์ทางปกครองเพิ่มขึ้นมากเท่าใด สภาพของนิติรัฐจะลดลงตามลำดับ ท้ายที่สุดสิทธิและเสรีภาพตามปรัชญาทางกฎหมายมหาชน ที่มุ่งรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับเสรีภาพส่วนบุคคลก็เป็นเพียงอุดมคติเกิดขึ้นไม่ได้ในความเป็นจริง ดังนั้นในการรักษาสมดุลทั้งสองฝ่ายจึงอยู่ที่ความพอเหมาะพอประมาณ ให้เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน อาจกล่าวได้ว่า ผู้ใช้กฎหมายมหาชนทุกฐานะ ไม่ว่าจะ ผู้บัญญัติกฎหมาย ผู้ตัดสินคดี หรือผู้ใช้กฎหมายในฐานะฝ่ายปกครอง ต้องรู้วิธีการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล

ดังนั้น การนำนิติวิธีการใช้การตีความก็เพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริง อันสามารถนำไปใช้ให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี ซึ่งเป็นประโยชน์ในการปฏิบัติและบังคับใช้กฎหมายให้ถูกต้อง ในท้ายที่สุดย่อมส่งผลต่อการควบคุมตรวจสอบความชอบของคำสั่งทางปกครองด้วยเช่นกัน ในเบื้องต้นจึงเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่จะต้องตีความว่า สิ่งที่ตนดำเนินการหรือจะดำเนินการเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่อยู่ในความหมายในบทนิยามของกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองด้วยอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเอง หาก

ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเพราะขาดองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่ง เจ้าหน้าที่ก็ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะขั้นตอนหรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง หากมีการโต้แย้งการตีความของเจ้าหน้าที่ องค์การผู้ควบคุมตรวจสอบ เช่น ศาลปกครองก็ต้องตีความโดยการนำนิติวิธีและความหมายของบทนิยามที่บัญญัติไว้ตามที่กล่าวข้างต้น มาวินิจฉัยว่าครบองค์ประกอบเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ อันมีลักษณะเป็นจุดเริ่มต้นในการตรวจสอบความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองต่อไป

ในปัจจุบันสิ่งที่อยู่เบื้องหลังของคำสั่งทางปกครองที่แท้จริง คือ หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ซึ่งหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติใดที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือมีลักษณะเป็นกฎที่เห็นได้ชัด ย่อมไม่มีปัญหาเรื่องการควบคุมตรวจสอบเพราะเป็นอำนาจศาลปกครองอยู่แล้ว เพียงแต่ต้องมีการนำมาฟ้องคดีและอาศัยการตีความโดยใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมาวินิจฉัย ส่วนหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติใด ที่มีรูปแบบอื่นที่ไม่เห็นโดยสภาพว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรือเป็นแต่เพียงฐานสนับสนุนในการเกิดคำสั่งทางปกครองก็ไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบ เพราะไม่ได้นำมาฟ้องคดีจะฟ้องคดีเฉพาะตัวคำสั่งทางปกครอง ที่ใช้หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเป็นฐานในการทำคำสั่งเท่านั้น หรือหากมีการฟ้องหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติศาลปกครองเองก็วินิจฉัยว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ไม่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล อย่างไรก็ตาม เป็นที่ทราบในฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้นแล้วว่า หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติชอบด้วยกฎหมาย ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่เป็นปัญหาในการควบคุมตรวจสอบเท่าใดนัก แต่กรณีหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ที่เป็นฐานทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นฐานทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ดังนั้น นอกจากการควบคุมคำสั่งทางปกครองแล้วหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติอยู่ในการควบคุมตรวจสอบหรือไม่ ขึ้นอยู่กับนิติวิธีในการตีความเป็นสิ่งสำคัญ

จากการศึกษาขอบเขตและความหมายของคำสั่งทางปกครองในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1 พบว่า คำสั่งทางปกครองเป็นถ้อยคำทางเทคนิคที่สร้างขึ้นในทางกฎหมาย (Technical Term) เพราะเมื่อบุคคลทั่วไปหรือวิญญูชนทั่วไปอ่านถ้อยคำดังกล่าวแล้วไม่อาจเข้าใจความหมายได้โดยทันที แต่ต้องมีการตีความว่า หมายถึงสิ่งใดกันแน่และมีขอบเขตความหมายของถ้อยคำเพียงใด ดังนั้น ในการตีความถ้อยคำทางเทคนิคจะต้องใช้วิธีการตีความทางกฎหมาย ดังนั้น การตีความถ้อยคำนี้เพียงเพื่อเหตุผลเดียว คือ เป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอันทำให้การออกคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพ เพราะเมื่อการออกคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพ ส่งผลต่อการตรวจสอบของศาลปกครองที่มีประสิทธิภาพควบคู่

ไปด้วย ทั้งทำให้จุดมุ่งหมายของกฎหมายเป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีผลต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองให้บรรลุตามเป้าหมาย

คำสั่งทางปกครอง เป็นถ้อยคำทางเทคนิคตามที่กล่าวข้างต้น มีลักษณะเฉพาะไม่สามารถระบุได้เฉพาะเจาะจง อันปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จำเป็นจะต้องมีการตีความ และในการตีความก็ต้องนำนิติวิธีการใช้และตีความในทางกฎหมายปกครองมาใช้เท่านั้น เมื่อพิจารณาจากบทนิยามที่บัญญัติไว้ คำสั่งทางปกครองหมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ และมีผลต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอันเป็นการสร้างความสัมพันธ์ตามกฎหมาย และกฎหมายในที่นี้ย่อมหมายถึง กฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองนั่นเองตามที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อ 4.2.2 กฎหมายตามหลักนิติรัฐและนิติธรรมในทางปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง หมายถึง กฎหมายในระดับใดจะรวมถึงหลักเกณฑ์ข้อบังคับ แนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองวางไว้ล่วงหน้าด้วยหรือไม่ เห็นว่า กฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองย่อมหมายถึง กฎหมายในระดับสูงสุด คือ รัฐธรรมนูญ และกฎหมายลำดับรองลงมา คือ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา ระเบียบ ข้อบังคับที่มีผลเป็นการทั่วไปที่ได้ออกโดยอาศัยกฎหมายในระดับที่สูงกว่า และกระทำถูกต้องตามขั้นตอนในกระบวนการตรากฎหมายแต่ละระดับ และมีเนื้อหาที่ไม่ขัดแย้งกับกฎหมายในระดับที่สูงกว่า

ส่วนหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองวางไว้ล่วงหน้า และที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองถือเป็นกฎหมายหรือไม่ ในมุมมองของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้ให้ความสำคัญของคำเรียกชื่อว่าเป็นกฎหมายหรือไม่ เพียงพิจารณาจากเนื้อหาว่า มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือไม่ ดังนั้น หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ แม้ไม่ได้มีชื่อเรียกเป็นกฎหมาย ต้องพิจารณาว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าว มีเนื้อหาเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือไม่ หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ต้องพิจารณาต่อไปว่า ฝ่ายปกครองได้ออกโดยถูกต้องโดยอาศัยกฎหมายในระดับที่สูงกว่าฉบับใด และมีกระบวนการตราตามขั้นตอนการตรากฎหมายหรือไม่ และในกรณีที่หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ได้ออกโดยถูกต้องโดยอาศัยกฎหมายในระดับที่สูงกว่า แต่มีกระบวนการตราตามขั้นตอนการตรากฎหมายโดยไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะผิดขั้นตอน หรือกระทำโดยผู้ไม่มีอำนาจ ก็ถือว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัตินั้น ไม่ใช่กฎหมาย หรือแม้หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติได้ออกโดยถูกต้อง โดยอาศัยกฎหมายในระดับที่สูงกว่า และมีกระบวนการตราตามขั้นตอนการตรากฎหมายโดยถูกต้อง แต่หนังสือเวียน และแนวทาง

ปฏิบัติมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับที่สูงกว่า จะถือว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ มีสถานะเป็นกฎหมายไม่ได้เช่นกัน

เมื่อวินิจฉัยแล้วเห็นว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมีสถานะเป็นกฎหมายตาม หลักเกณฑ์ที่กล่าวข้างต้น ประการต่อมา กฎหมายมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ ของบุคคลหรือไม่ จากการศึกษาในหัวข้อตามที่กล่าวแล้วข้างต้น ผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ และหน้าที่ของบุคคลในทางปกครอง ตรงกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางแพ่ง คือ มีการก่อ โอน เปลี่ยนแปลง สงวน ระวังสิทธิและหน้าที่ ซึ่งโดยในเนื้อหาของบทนิยาม ได้ยกตัวอย่าง ลักษณะคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายด้วย คือ มีลักษณะเป็นการอนุญาต การอนุมัติ การรับรอง การรับจดทะเบียน การวินิจฉัยอุทธรณ์ สิ่งใดที่เจ้าหน้าที่มีการใช้อำนาจตามกฎหมาย จะมี ผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางปกครองหรือไม่ อยู่ที่นิติวิธีในการ ตีความเพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริง ที่ปรากฏอยู่เบื้องหลังของกฎหมาย ประกอบเข้ากับ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี ซึ่งจะประกอบเป็นประโยชน์ในการปฏิบัติและบังคับใช้กฎหมายให้ ถูกต้อง ในท้ายที่สุดย่อมส่งผลต่อการควบคุมตรวจสอบความชอบของคำสั่งทางปกครองด้วย เช่นกัน

ดังนั้น เบื้องต้นในการควบคุมตรวจสอบจึงเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่จะต้องตีความว่า สิ่งที่ตน ดำเนินการหรือจะดำเนินการเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่อยู่ในความหมายในบทนิยามของกฎหมาย ดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองด้วยอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองเอง หากไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเพราะขาดองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่ง เจ้าหน้าที่ก็ไม่ จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะ ขั้นตอน หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง หากมีการโต้แย้งการตีความของเจ้าหน้าที่ องค์กรผู้ ควบคุมตรวจสอบ เช่น องค์กรผู้บังคับบัญชา องค์กรผู้กำกับดูแล หรือศาลปกครองก็ต้องตีความว่า เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่เช่นเดียวกัน โดยการนำนิติวิธีและความหมายของบทนิยามที่บัญญัติ ไว้ตามที่กล่าวข้างต้นมาวินิจฉัยว่า ครอบงำองค์ประกอบเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่เจ้าหน้าที่จะต้อง ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ อันมี ลักษณะเป็นจุดเริ่มต้น ในการตรวจสอบความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองต่อไป

ในการตรวจสอบขององค์กรต่าง ๆ ไม่ว่าจะ องค์กรผู้บังคับบัญชา องค์กรผู้กำกับดูแล หรือองค์กร ศาลปกครอง ย่อมผูกพันอยู่กับอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ด้วย โดยเฉพาะอำนาจศาล ปกครอง เนื่องจากในการตรวจสอบฝ่ายปกครองของศาลปกครอง เกิดขึ้นได้หลายกรณี คือ ตรวจสอบความชอบของคำสั่งทางปกครอง กฎ หรือการกระทำอื่นใด ส่วนผลที่เกิดจากคำสั่งทาง ปกครอง กฎ หรือการกระทำอื่นใด หมายถึงปฏิบัติการทางปกครองในลักษณะทางกายภาพ

ก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเกิดความเสียหายในลักษณะละเมิด หรือเกิดความล่าช้า ละเอียดไม่ปฏิบัติก็เป็นเรื่องการตรวจสอบแยกย่อยลงไป ในเนื้อหาที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองทั้งสิ้น สภาพความจริงกล่าวได้ว่า ในระบบการบริหารราชการแผ่นดินไทยในปัจจุบัน สิ่งที่อยู่เบื้องหลังอันทำให้เกิดคำสั่งทางปกครองที่แท้จริง คือ หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ที่ผู้บังคับบัญชา หรือผู้กำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้า หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติใด ที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือมีลักษณะเป็นกฎโดยชัดแจ้งก็ไม่เป็นปัญหาในการควบคุมตรวจสอบ เพราะเป็นอำนาจศาลปกครองอยู่แล้วดังกล่าวข้างต้น เพียงแต่ต้องอาศัยการวินิจฉัยว่า มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือมีลักษณะเป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาหรือไม่ แม้ว่าจะไม่ระบุเฉพาะเจาะจงว่า เป็นคำสั่ง หรือกฎก็ตาม แต่กรณีที่ไม่อาจระบุได้โดยชัดแจ้ง ปัญหาอยู่ที่การใช้นิติวิธีทางกฎหมายปกครองมาวินิจฉัยเพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบต่อไป

ดังนั้น หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติใดอยู่ในการควบคุมตรวจสอบหรือไม่ ความสำคัญอยู่ที่นิติวิธีในการตีความ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์หาแนวทางในการนำนิติวิธีในการตีความหมายของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติว่า เป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นกฎในทางปกครอง หรือคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด ที่อยู่ในเงื่อนไขของการควบคุมตรวจสอบหรือไม่ ดังนี้

ประการแรก ถ้อยคำของคำว่า คำสั่งทางปกครอง เป็นเครื่องมือประเภทหนึ่งของการใช้อำนาจภายในฝ่ายปกครอง สำหรับการปฏิบัติงานตามภาระหน้าที่ที่มีความสำคัญ เพราะเป็นถ้อยคำที่สื่อถึงการใช้อำนาจว่า เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และจะเป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบในลำดับต่อมา หากการกระทำใดของฝ่ายปกครองที่อยู่ในขอบเขตถ้อยคำความหมายของคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ในการใช้อำนาจกระทำการดังกล่าว ก็ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนวิธีการของการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถือว่าการควบคุมตรวจสอบความชอบให้ เป็นไปตามกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้ว หากการกระทำใดไม่เข้าข่ายอยู่ในองค์ประกอบและคำจำกัดความว่า เป็นคำสั่งทางปกครอง ก็ย่อมไม่อยู่ในเงื่อนไขของหลักการควบคุมตรวจสอบและไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอน วิธีการของการออกคำสั่งทางปกครองไปด้วยเช่นเดียวกัน ส่วนจะเป็นเงื่อนไขในการควบคุมตรวจสอบการกระทำในลักษณะอื่นหรือไม่ เป็นปัญหาอีกเรื่องหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีการกระทำของฝ่ายปกครองบางกรณี แม้จะไม่อยู่ครบองค์ประกอบเป็นคำสั่งทางปกครองโดยสภาพของความหมายดังกล่าวข้างต้น แต่กฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะให้ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง การกระทำนั้นก็อยู่ในเงื่อนไขของการควบคุมตรวจสอบเช่นเดียวกัน ซึ่งได้ระบุไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ที่ออกตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีดังกล่าวเกิดจากฝ่ายผู้มีอำนาจตรากฎหมาย ต้องการจะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

เพิ่มขึ้น และต้องการให้เกิดการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ดังนั้น การให้ความหมายของถ้อยคำคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” สมควรมีขอบเขตแค่นี้หรือไม่ เป็นสิ่งสำคัญยิ่ง เพราะขอบเขตของถ้อยคำดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นในการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติว่าถือเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ รวมถึงคำสั่ง หรือการกระทำอื่นที่มีขอบเขตและความหมายใกล้เคียงกัน หรือไปในทำนองเดียวกันในการใช้นิติวิธีตีความ

จากการศึกษาความหมายของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” คำสั่งทางปกครอง เป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในความหมายของนักวิชาการอยู่ในความหมายเดียวกับถ้อยคำคำว่า นิติกรรมทางปกครอง เพียงแต่แยกว่าหากเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เรียกว่า กฎในทางปกครอง ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย ย่อมหมายถึงคำสั่งทางปกครอง แต่สิ่งที่เหมือนกันของกฎในทางปกครอง และคำสั่งทางปกครอง คือ การก่อให้เกิดสิทธิ การเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ของปัจเจกชน ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาให้มีผลทางกฎหมาย ที่เป็นการเฉพาะรายหรือที่มีผลทั่วไป

จากที่กล่าวข้างต้นนิติวิธีในการพิจารณาว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาจากการกระทำ กล่าวคือ ต้องเป็นการเจตนาก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ประการหนึ่ง ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ประการหนึ่ง ก่อให้เกิดการโอนสิทธิและหน้าที่ประการหนึ่ง และการทำให้ระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่อีกประการหนึ่ง ซึ่งลักษณะของการกระทำเหมือนกับนิติกรรมในทางแพ่ง คือ การก่อให้เกิดสถานภาพตามกฎหมายขึ้นใหม่ แต่สิ่งที่แตกต่าง คือ วิธีการแสดงเจตนา และตัวผู้แสดงเจตนา วิธีการแสดงเจตนาของนิติกรรมทางแพ่งเป็นความสมัครใจสองฝ่าย วิธีการแสดงเจตนาของนิติกรรมทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่าย สำหรับตัวผู้แสดงเจตนาในนิติกรรมทางแพ่ง คือ เอกชนผู้ใดก็ได้ที่ไม่มีความบกพร่องด้านความสามารถในทางกฎหมาย ส่วนตัวผู้แสดงเจตนาในนิติกรรมทางปกครองคือตัวเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเท่านั้น จึงสามารถนำลักษณะร่วมของนิติกรรมทางแพ่งมาใช้พิจารณาลักษณะการกระทำนิติกรรมทางปกครองได้ เมื่อเห็นว่า ลักษณะการกระทำเป็นนิติกรรมทางปกครอง ต้องมาพิจารณาต่อไปว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นเจตนาให้มีผลเป็นการทั่วไปหรือให้มีผลเป็นการเฉพาะราย ในการแยกเจตนาการมีผลเป็นการทั่วไปกับการมีผลเพียงเฉพาะราย ย่อมมีประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบ ในกรณีที่มีผลเป็นการทั่วไปเข้าข่ายเป็นกฎในทางปกครอง ก็นำหลักเกณฑ์ควบคุมตรวจสอบกฎหมายวินิจัย ซึ่งมีขั้นตอนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำกฎ การประกาศใช้ และการบังคับตามกฎหมายนั้น ในกรณีที่มีเจตนา ก่อให้เกิดผลเป็นเฉพาะรายครบองค์ประกอบเป็นคำสั่งทางปกครองก็ต้องนำหลักเกณฑ์ของคำสั่งทางปกครองมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบ เริ่มตั้งแต่การตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนจนถึง

การตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งนั้น ส่วนจะควบคุมตรวจสอบได้แค่ไหน เพียงใด อยู่ที่กฎหมายที่ให้อำนาจนั้น จะเป็นกฎหมายเฉพาะ หรือพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วแต่กรณีตามที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2

แต่อย่างไรก็ตาม สิ่งที่เกี่ยวข้องกันของคำสั่งทางปกครองกับกฎ คือ เจตนา เจตนาในการออกกฎมีลักษณะแสดงเจตนาใช้ในทุก ๆ กรณีเป็นการทั่วไป แต่เจตนาในการทำคำสั่งทางปกครองมีลักษณะแสดงเจตนาใช้เฉพาะกรณี แม้ในบางครั้งไม่อาจจะระบุตัวบุคคลเฉพาะรายได้ ไม่ว่าจะเพราะทราบตัวบุคคล แต่มีสถานการณ์ไม่อาจจะระบุตัวบุคคลได้ หรือข้อเท็จจริงไม่อาจทราบตัวบุคคลในขณะนั้น แต่มีเจตนาต้องการให้มีผลกรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้นก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปดังที่อธิบายแล้วในบทที่สอง ย่อมนำหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองมาใช้เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย

ประการที่สอง ไม่อาจนำหลักเกณฑ์โดยพิจารณาจากเจตนาว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ได้เพียงประการเดียวต้องอาศัยลักษณะนิติกรรมร่วมด้วย กล่าวคือ การสั่งการใดที่มีผลเป็นการเคลื่อนไหวสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลขึ้นใหม่จากที่เคยมีอยู่เดิมในลักษณะการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง โอน และระงับสิทธิและหน้าที่ของผู้ใด ซึ่งคำว่า การเคลื่อนไหวสถานภาพทางกฎหมายของบุคคล ต้องเป็นบุคคลภายนอกไม่ใช่ตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และต้องเป็นการเคลื่อนไหวสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่ให้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ปัญหาคือ จะถือว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติอยู่ขอบเขตใดระหว่างคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นกฎหรือไม่อยู่ในเงื่อนไขของขอบเขตทั้งสองกรณีดังกล่าว และหลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากการแสดงเจตนาในการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ เป็นเรื่องที่ยังคับบัญชาใช้อำนาจตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน อันเป็นอำนาจทั่วไปสั่งให้ผู้ที่บังคับบัญชาที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ตามที่กฎหมายระบุไว้เฉพาะเรื่องปฏิบัติ แม้ไม่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิต่อผู้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของคำสั่งทางปกครองโดยตรงแต่เป็นผลทางอ้อมให้ผู้บังคับบัญชาต้องทำคำสั่งทางปกครองตามแนวทางที่กำหนดไว้ในหนังสือเวียน ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ให้ผู้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม อันเป็นความสัมพันธ์ในการสั่งการของผู้มีอำนาจเหนือกว่า เป็นเพียงเกิดหน้าที่ของความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้บังคับบัญชาตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ดังที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 จึงไม่อาจทำให้หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อผู้บังคับบัญชาเป็นการเฉพาะรายได้ ส่วนจะถือว่าหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปนั้นหรือไม่ จะต้องดูที่เจตนาเป็นสำคัญ แม้โดยส่วนใหญ่ผู้บังคับบัญชา มีเจตนาให้หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติมีผลกับผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในกรณีเฉพาะเรื่องนั้นทุกคนทุกตำแหน่ง

อันมีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่ได้เจาะจงผู้ได้บังคับบัญชาเป็นรายบุคคล แต่หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ไม่ได้ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสถานภาพใดทางกฎหมายของตัวผู้ได้บังคับบัญชา สิทธิและหน้าที่หรืออำนาจในตำแหน่งนั้นของผู้ได้บังคับบัญชามีอยู่เช่นเดิมมิได้เปลี่ยนแปลง จึงไม่ทำให้หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปแต่อย่างใดอีกเช่นกัน

จากที่ได้ศึกษาองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง ตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะมีองค์ประกอบสำคัญอยู่สองส่วน คือ ในส่วนที่เป็นกายภาพของตัวผู้มีอำนาจ กับส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาในการใช้อำนาจโดยทางกายภาพของตัวผู้มีอำนาจ ต้องได้รับการแต่งตั้งและมอบหมายให้มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งจะเรียกว่าข้าราชการ พนักงานของรัฐ หรือแม้แต่เอกชนธรรมดาแต่ได้รับมอบหมายก็ได้ ย่อมหมายถึงเป็นผู้มีอำนาจทั้งสิ้น ลักษณะทางกายภาพอีกอย่างหนึ่งของตัวผู้มีอำนาจ คือ สิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคลนั้นเองด้วย เช่น จะต้องไม่วิปริต รู้สึกผิดชอบชั่วดีในลักษณะเดียวกับทางแพ่งหรือทางอาญา สำหรับเหตุอื่นที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคลนั้น เช่น การทุจริต รับสินบนถูกหลอกลวง ถูกข่มขู่ ถูกบังคับ ถือว่าอยู่ในส่วนของเนื้อหาการใช้อำนาจแล้ว เพราะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้น โดยการกระทำของบุคคลอื่น ไม่ได้เกิดจากสภาพจิตใจของบุคคลนั้นเอง

องค์ประกอบส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาในการใช้อำนาจ ลำดับแรก คือ เจตนาในการใช้อำนาจของตัวผู้มีอำนาจซึ่งอยู่ภายในจิตใจของตัวผู้มีอำนาจมีลักษณะใกล้เคียงกับสภาพจิตใจ เช่น ความวิปริต ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีในลักษณะเป็นจิตรู้สึกสำนึก แต่สิ่งที่แตกต่างกัน โดยตัวผู้มีอำนาจรู้สึกการกระทำทุกประการในการเจตนาต้องการที่จะใช้อำนาจตามที่มีอยู่ในกฎหมาย และเจตนาที่ต้องพิจารณาควบคู่กับเจตนาที่ต้องการให้มีผลกับสิทธิและหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย ผลต่อสิทธิและหน้าที่นี้ ไม่จำเป็นว่าจะต้องเกิดผลขึ้นจริงเป็นรูปธรรมแล้ว ซึ่งสิทธิและหน้าที่นี้เป็นสิทธิและหน้าที่ที่ใกล้เคียงกับเจตนาในทางนิติกรรมของกฎหมายแพ่ง แต่สิทธิและหน้าที่นี้เป็นสิทธิและหน้าที่ในทางปกครอง การมีอยู่ของสิทธิและหน้าที่ต้องพิจารณาจากกฎหมายปกครอง แต่ละฉบับ อันมีลักษณะในทางก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับสิทธิและหน้าที่ในเรื่องนั้น ๆ ทางใดทางหนึ่งหรือหลายทางก็ได้

ส่วนเจตนาเกิดขึ้นด้วยมีเหตุจูงใจที่ส่งผลต่อการออกคำสั่งนั้น เช่น การทุจริต รับสินบน การเห็นแต่ประโยชน์ใด ๆ เห็นแต่ความสนิท ญาติพี่น้องเป็นเพียงเหตุความบกพร่องที่อาจส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น ซึ่งเป็นเรื่องการยกเลิก เพิกถอน คำสั่งอันเป็นกระบวนการควบคุมตรวจสอบในภายหลังต่างหาก ไม่มีผลต่อการวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ส่วนผลเกิดตามความมุ่งหมาย หรือตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่เป็นเรื่องของการควบคุม

ตรวจสอบ ในลักษณะเดียวกันกับการควบคุมตรวจสอบเหตุจูงใจที่ก่อให้เกิดคำสั่งเช่นเดียวกัน
ดังนั้น ในส่วนด้านเนื้อหาเป็นเรื่องเจตนากับผลประกอบกัน

โดยปกติเครื่องมือที่หมายถึงคำสั่งทางปกครอง อาจมีมากกว่าที่ตัวอย่างไว้ในบทนิยาม
หรือบัญญัติไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ
ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองอาจมีการเรียกชื่อได้
หลายอย่าง เช่น คำวินิจฉัย รับแจ้ง ประกาศ มาตรการ แนวทางปฏิบัติ อนุมัติ รับรอง ชื่อเรียกเหล่านี้
จะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ อยู่ที่เนื้อหาเป็นสำคัญตามที่กล่าวแล้วข้างต้น และหากโดยเนื้อหา
แล้วไม่เป็นคำสั่งทางปกครองก็จะมีผลตามมาหลายประการ กล่าวคือ ไม่อยู่ในบังคับของ
กระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น ไม่ต้องระบุเหตุผล ไม่ต้องมีการแจ้งสิทธิให้คู่กรณีทราบ
ไม่ต้องมีการเปิดโอกาสให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงได้แย้ง ไม่จำเป็นต้องแจ้งสิทธิให้มีการอุทธรณ์
และคู่กรณีไม่มีหน้าที่ต้องอุทธรณ์ก่อนนำไปฟ้องศาลปกครอง เป็นต้น ดังนั้น นอกจากพิจารณาจาก
เนื้อหาที่กล่าวแล้ว สิ่งที่ประชาชนทราบได้ว่าการกระทำใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ พิจารณา
จากการที่ฝ่ายปกครองมีการปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายในการทำคำสั่งทางปกครองหรือไม่
รวมถึงการแจ้งสิทธิให้มีการอุทธรณ์หรือไม่แจ้งสิทธิการอุทธรณ์แต่แจ้งสิทธิการโต้แย้งคดีต่อศาล
ส่วนในชั้นสุดท้าย ศาลปกครองจะวินิจฉัยแตกต่างจากฝ่ายปกครองว่า เป็นคำสั่งทางปกครอง
หรือไม่ ก็เป็นอีกกรณีหนึ่ง

ในการวินิจฉัยของศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบ ถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง
ของลักษณะคำสั่งทางปกครองได้อย่างเต็มที่ เพื่อกำหนดขอบเขตถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงให้มี
ความชัดเจน และหากองค์กรศาลปกครองวินิจฉัยว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ไม่เป็นคำสั่ง
ทางปกครอง ก็ต้องพิจารณาประการต่อมาว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติจะจัดอยู่ในขอบเขต
ความหมายของกฎในทางปกครอง ที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบหรือไม่ กฎมีลักษณะเป็นการ
วางหลักทั่วไปใช้กับเหตุการณ์ในอนาคต ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงอย่างใด
อย่างหนึ่งเกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่วางไว้ล่วงหน้านั้น ย่อมก่อให้เกิดผลตามกฎเกณฑ์นั้น
หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติก็เป็นการวางหลักทั่วไปไว้ล่วงหน้า ซึ่งมีผลใช้บังคับแก่ทุกกรณี
และกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทุกคนทุกตำแหน่ง ก่อให้เกิดหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม
ยิ่งหากเป็นหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ในลักษณะเป็นการสั่งการให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตาม
กฎหมาย ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามมากยิ่งขึ้น

ดังนั้น การตีความหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติเพื่อใช้อำนาจเข้าควบคุมตรวจสอบ
ต้องตีความว่า หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติมีสถานะทางกฎหมายนั่นเอง ปัญหาคือจะใช้เกณฑ์
ใดวินิจฉัยสถานะทางกฎหมาย จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สถานะทาง

กฎหมาย หมายถึง สถานะเฉพาะกับสิ่งที่มีกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนในฐานะเอกชนเท่านั้น จึงเป็นการตีความจำกัดขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบเพราะหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ ย่อมกระทบและก่อให้เกิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ที่จะต้องปฏิบัติตามอันมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกัน เพียงเป็นสถานะทางกฎหมายตามระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินตามสายการบังคับบัญชาซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 4.3.2 ประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง แม้การสั่งการโดยกำหนดหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติจะอยู่ในองคาพยพของฝ่ายปกครองด้วยกัน แต่หน้าที่ของเจ้าหน้าที่แต่ละระดับจะมีกฎหมายเฉพาะบังคับอยู่แตกต่างกันไปในแต่ละตำแหน่งซึ่งเกิดสถานะทางกฎหมายเช่นกัน และแม้หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ จะไม่ใช่กฎหมายปกครองโดยสภาพ ตามที่ปรากฏในบทนิยามของกฎหมาย ซึ่งมีรูปแบบการบังคับใช้ตามกฎหมายไว้โดยเฉพาะ ไม่ว่าจะขั้นตอนการตรา การประกาศใช้ แต่เป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองสมมติขึ้นอันทำให้เกิดผลที่แน่นอนกับตัวเจ้าหน้าที่ สิ่งที่สมมติไม่ได้ก่อให้เกิดผลในอนาคตเท่านั้นแต่ยังย้อนหลังไปถึงอดีตด้วย ตามแต่ผู้บังคับบัญชาต้องการจะแก้ไข อาจนำมาใช้โดยมีผลโดยตรง โดยให้ออกคำสั่งตามหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัตินั้น หรือสั่งให้เจ้าหน้าที่นำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาเป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองโดยอ้อม แต่อย่างไรก็ตาม จากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง แม้หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ เป็นสิ่งที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลแล้ว หากไม่ใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย และไม่มีการขอให้มีการเยียวยาความเดือดร้อนนั้นมาก่อน เช่น ไม่มีการขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนมาก่อน ศาลปกครองก็ไม่ใช่ดุลพินิจในการตรวจสอบ หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าว

เมื่อศาลปกครองใช้นิติวิธีตีความแล้วว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่เป็นคำสั่งทางปกครองตามบทนิยามในมาตรา 5 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ลำดับถัดมาต้องตีความว่าเป็นคำสั่งอื่น หรือคำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือไม่ เนื่องจากไม่มีการบัญญัติคำว่าคำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือคำสั่งอื่นไว้ชัดเจน สำหรับคำสั่งทางปกครองทั่วไปนั้น มีการนำมาใช้ในวงวิชาการ และมีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมาย หากตีความเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือคำสั่งอื่น หรือตีความเป็นกฎหมายในทางปกครอง ย่อมมีผลต่อการควบคุมตรวจสอบเป็นอย่างมาก ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ก็ต้องมีการควบคุมตรวจสอบในฐานะเดียวกับการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามบทนิยามในกฎหมาย ทั้งควบคุมตรวจสอบก่อนการออกคำสั่งในกระบวนการพิจารณา และตรวจสอบหลังจากมีการออกคำสั่งนั้นแล้ว โดยการอุทธรณ์ ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบภายในองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเอง กรณีเมื่อตีความแล้วหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติเป็นกฎหมายในทางปกครอง หรือเป็นคำสั่งอื่น เหล่านี้ก็จะไม่มีการควบคุมตรวจสอบกฎหมายในฝ่ายปกครอง ย่อมต้องนำเสนอต่อองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองที่ศาลปกครองตรวจสอบได้ทันที อย่างไรก็ตาม

หากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ถ้าไม่ใช่เป็นกฎ และคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย ก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ที่จะต้องควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นนิติวิธีตีความหมายที่ถูกต้องตรงกับความเป็นจริงมากขึ้น ที่ศาลปกครองสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองได้ทุกประเภท

นอกจากหนังสือเวียนอาจจะมีสถานะเป็นกฎอย่างที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น หนังสือเวียนอาจจะมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปก็ได้ ซึ่งผู้ที่ได้รับผลกระทบจากหนังสือเวียนดังกล่าวสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนหนังสือเวียนได้ ตัวอย่างเช่นวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งเวียนให้คณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดทุกจังหวัด ถือปฏิบัติตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่กำหนดมาตรการแก้ไขปัญหาการคัดเลือกข้าราชการ เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยให้ผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าที่ได้รับคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยไม่ได้ใช้วิธีสอบคัดเลือกกลับคืนสู่สถานภาพในตำแหน่งและระดับเดิม หากตำแหน่งเดิมไม่ว่างหรือผู้นั้นได้ออมาจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดอื่น ให้พิจารณากำหนดตำแหน่งรองรับเป็นการเฉพาะราย หนังสือเวียนฉบับดังกล่าว จึงมีผลกระทบเฉพาะกลุ่มข้าราชการที่ดำรงตำแหน่งรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัด ที่มาจากการคัดเลือกโดยวิธีดังกล่าวเท่านั้น หนังสือเวียนฉบับดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป (คำสั่งปกครองสูงสุดที่ 512/2551)

เห็นว่า เจื่อนไข่นี้มาจากหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่า นอกจากนิติกรรมทางปกครองจะต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีแล้ว นิติกรรมทางปกครองนั้นต้องก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ฟ้องคดีด้วย ศาลจึงจะรับคำฟ้องไว้พิจารณา หากนิติกรรมทางปกครองนั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดความขัดข้องเล็กน้อย ซึ่งเกิดขึ้นเป็นปกติจากการดำเนินการในหน่วยงานนั้น ศาลปกครองก็ไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ เช่น การกระทำที่อยู่ในขั้นเตรียมการ เพื่อที่จะออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งยืนยันที่มีวัตถุประสงค์และเนื้อหา (ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย) ไม่ต่างไปจากคำสั่งเดิม หรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ที่มีขึ้นเพื่อจัดระบบการทำงานภายในฝ่ายปกครอง และมีผลใช้บังคับเฉพาะกับฝ่ายปกครองเท่านั้น หรือคำสั่งจัดระบบงานภายในกองหรือสำนัก หรือคำสั่งย้ายข้าราชการภายในกองโดยไม่กระทบต่อสิทธิประโยชน์ หรือก่อให้เกิดภาระทางการเงินเพิ่มเติม

อนึ่ง จากแนวคำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองพยายามรักษาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วย

กฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับการไม่ล่วงล้ำเข้าไปในแดนอำนาจของฝ่ายปกครองมากเกินไป กล่าวคือ แม้ว่าจะมีการออกนิติกรรมทางปกครองก็ตาม แต่ก็มีนิติกรรมทางปกครองบางประเภทที่ศาลปกครองไม่รับไว้พิจารณา เพราะเป็นเรื่องภายในโดยแท้ของฝ่ายปกครอง หรืออาจจะเป็นเรื่องที่ปลีกย่อยจนเกินไป หรือเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการในการออกนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น ซึ่งยังไม่สมควรให้มีการนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพราะอาจจะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการต่อไป ตามกระบวนการในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ได้แก่ หนังสือเวียนที่ดีความกฎหมายและแนวทางปฏิบัติ ซึ่งเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการกำหนดแนวทางให้กับผู้ที่อยู่ในหน่วยงานปฏิบัติตาม โดยใช้อำนาจทั่วไปซึ่งก็คือ อำนาจบังคับบัญชาเพื่ออธิบายให้ผู้ได้บังคับบัญชาเข้าใจถึงกฎหมาย หรือการตีความกฎหมายหรือนโยบายของหน่วยงาน ซึ่งไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่แก่บุคคลภายนอกโดยตรงแต่ประการใด

แม้การตีความหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติของศาลปกครองไทย และศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะถือว่าหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง และเป็นหลักทั่วไป และถือหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติบางประเภทไม่มีสถานะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง อันเป็นข้อยกเว้นก็ตาม แต่ในการใช้ดุลพินิจตีความดังกล่าว ศาลปกครองถือหลักเพียงว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมีการก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิไปสู่ภายนอกหรือไม่ หากไม่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิไปสู่ภายนอก หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าวก็ไม่มีสถานะทางกฎหมาย เป็นแต่เพียงมาตรการภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณามาตรการภายในของฝ่ายปกครองตามความเป็นจริงนั้น การออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติย่อมเป็นความสัมพันธ์ภายในองค์กรของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามลำดับชั้นของอำนาจบังคับบัญชาในรูปของปิรามิด เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งสูงกว่ามีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ ที่อยู่ตำแหน่งต่ำกว่า และรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่า ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของตน เนื่องจากผู้บังคับบัญชาแต่ละลำดับต้องรับผิดชอบ ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ได้บังคับบัญชาของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหัวหน้าหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด จะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่สังกัดหน่วยงานนั้นทุกคน ผู้บังคับบัญชา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ จึงย่อมมีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้เสมอ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชา ให้กระทำ ละเว้นกระทำการใดในการปฏิบัติหน้าที่ อาจเป็นนิติกรรมทางปกครอง หรือเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองก็ได้ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งเจ้าหน้าที่ ที่อยู่ในบังคับ

บัญชาให้ละเว้นกระทำ หรืออนุญาตให้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ที่ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ จึงมิใช่นิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แม้กระทั่งแนวปฏิบัติ (Directive) หรือแนวนโยบาย (Rule of Policy) ที่ผู้บังคับบัญชา โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐมนตรีกำหนดให้เจ้าหน้าที่ได้บังคับบัญชา ถือปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่นั้น มิใช่นิติกรรมทางปกครอง ประเภทเรียกว่า กฎ การกำหนดแนวปฏิบัติ (Directive) หรือ แนวนโยบาย (Rule of Policy) เพื่อความสะดวกแก่การควบคุมและตรวจสอบเท่านั้น รวมทั้งการเตรียมการใด ๆ เพื่อออกนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครอง และการตอบข้อหารือต่าง ๆ โดยมีได้มีการกระทบสิทธิของบุคคลภายนอกก็มิใช่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น จึงกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาภายในองค์กรฝ่ายปกครอง มิเป็นการก่อให้เกิดผลตามกฎหมายในทางที่สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลแต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าว ก็มีลักษณะคล้ายนิติกรรมทางปกครอง 2 ประการ คือ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่และเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลแต่ขาดคุณลักษณะนิติกรรมทางปกครอง คือ ไม่เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง คือ ไม่เป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เห็นว่า แม้มาตรการภายในฝ่ายปกครอง ไม่เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลโดยตรง แต่มาตรการภายในดังกล่าว เป็นฐานที่มาของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองทั้งหลาย เพราะในการบริหารราชการแผ่นดินถือหลักว่า การกระทำของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้นิติรัฐ กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองได้นั้นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และการกระทำต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีอำนาจ ซึ่งศาลปกครองย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้เสมอ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หากฝ่ายปกครองกระทำไปย่อมจะต้องมีอำนาจ เช่นการออกหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาสั่งผู้ใต้บังคับบัญชา จะต้องมีการกฎหมายให้อำนาจไว้หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเหล่านั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมจะนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเหล่านั้นมาใช้ไม่ได้ เพราะขัดกับหลักนิติรัฐหากมองอีกด้านหนึ่ง คือ ตัวเจ้าหน้าที่ในฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาปฏิบัติ โดยการทำตามคำสั่งทางปกครองตามการสั่งการของผู้บังคับบัญชา หากไม่ปฏิบัติตามอาจต้องถูกลงโทษตามกฎหมายเรื่องวินัยของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ ดูเสมือนยอมรับไปในตัวว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเหล่านั้นเป็นกฎหมาย เพราะมีผลต่อตัวผู้ใต้บังคับบัญชาที่อาจถูกลงโทษหากมีการฝ่าฝืน

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลในประเทศอังกฤษและสาธารณรัฐฝรั่งเศส หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้น จะต้องมีความไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายใด ๆ ขณะเดียวกันก็ไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อใดก็ตามที่มีแนวปฏิบัติที่มีความขัดหรือแย้งกับกฎหมายย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลปกครองไทย ก็จะพบได้ว่า มีแนวทางที่คล้ายกัน โดยศาลจะถือว่า หากคำสั่งทางปกครองหรือกฎนั้น ไม่ได้ก่อผลกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ผู้ฟ้องคดีจึงยังไม่ใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสองของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยในอดีต ศาลจะพิเคราะห์ว่า แนวทางปฏิบัติที่กำหนดขึ้นนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าแนวปฏิบัตินั้นชอบด้วยกฎหมายการกระทำของฝ่ายปกครองก็มีผลใช้ยันประชาชนได้ และศาลยังเข้าไปพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีว่า สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติหรือไม่ด้วย หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติใดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงเป็นคนละกรณีกับการตีความหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติว่าเป็นกฎ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิไปสู่ภายนอก และเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล โดยตรงหรือไม่ การตีความว่าการกระทำใดเป็นกฎ เป็นคำสั่งทางปกครอง เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยเหตุแห่งการรับฟ้องคดีของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) - (4) เท่านั้นแต่ในการรับฟ้องคดีของศาลปกครองยังมีเงื่อนไขอื่นอีก หรือหากศาลปกครองจะตีความหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติว่าเป็นกฎ เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาจากเนื้อหาของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัตินั้น ไม่ใช่พิจารณาจากรูปแบบ หรือชื่อเรียก หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับความเห็น การแสดงความคาดหวังหรือความปรารถนา การให้ข้อมูล คำแนะนำ ข้อเสนอแนะ การประกาศให้ทราบเรื่อง การแจ้งข่าวสาร การขอความร่วมมือ เหล่านี้เห็นได้ชัดว่า ไม่ได้ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวหรือผูกพันให้ผู้ใดปฏิบัติตามเลย แม้เป็นเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาก็ตาม แต่หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการอธิบาย การตีความ การบังคับใช้กฎหมาย การตอบข้อหารือที่ต้องนำมาปฏิบัติตามกฎหมาย แม้เป็นเพียงการเตรียมการเพื่อกระทำการทางปกครองในชั้นปลาย แต่มาตรการดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อบุคคล เพราะเจ้าหน้าที่ต้องนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับ แนวทางการใช้ดุลพินิจ การอธิบาย การตีความ หรือตีความเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายนำไปใช้ก่อให้เกิดเคลื่อนไหวสิทธิ และมีผลออกไปสู่ภายนอกทั้งสิ้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งนั้นเป็นสำคัญ ไม่เฉพาะกับการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจเป็นกรณีที่ต้องยกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชา ได้กระทำกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาด้วย

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไทยยังจำกัดขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าว อยู่ มีเหตุผลอย่างน้อยสองประการ เนื่องจากเห็นว่า จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่าย ปกครองมากเกินไป อันเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง เพราะศาลปกครองพยายามตีความหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติว่า เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ หรือ ไม่ อันเป็นเหตุในการรับฟ้องคดีของศาล แม้ศาลปกครองยอมรับว่า ผู้บังคับบัญชาของ เจ้าหน้าที่ที่มีความชอบธรรมที่จะกำหนดแนวนโยบาย หรือแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชา และให้ผู้ที่ได้บังคับบัญชา สามารถอ้างอิงแนวนโยบาย หรือแนวทาง ปฏิบัติที่กำหนดไว้ล่วงหน้าได้ แต่ศาลสามารถตรวจสอบได้ว่า แนวนโยบายหรือแนวทางปฏิบัติในการ ใช้ดุลพินิจ ต้องไม่มีความประสงค์ให้ใช้อย่างสภาพเป็นกฎ หรือถือแนวนโยบายหรือแนวทาง ปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจอย่างเคร่งครัดอย่างเดียวกับกฎ ตลอดจนไม่ชักนำให้เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทาง ปกครองโดยมิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายและมีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของ กฎหมายใด ๆ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 638-639/2558) เห็นว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำ การทางปกครองใดต้องผูกมัดตนเองกับกฎหมาย ศาลปกครองเองก็มีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้อง ของการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองว่าเคารพหลักกฎหมายหรือไม่ หลักการแบ่งแยกอำนาจมีขึ้น เพื่อป้องกันมิให้สถาบันตุลาการเข้าแทรกแซงตรวจสอบการกระทำทางปกครองในทุกขั้นตอนของ สายงานการบังคับบัญชา จนก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจบริหารแทนจนกลายเป็นอุปสรรคในการ บริหารมีผลต่อประสิทธิภาพในการให้บริการสาธารณะ อันอาจทำให้หลักการเคารพฝ่ายบริหาร และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครองมีผลเพียงในทางทฤษฎีเท่านั้น แม้การพิจารณาคดี ปกครองของผู้พิพากษาจะต้องรู้จักและเข้าใจวิธีการทำงานและปัญหาของฝ่ายปกครอง ระเบียบ แบบแผน วิธีปฏิบัติ เนื่องจากจะต้องชั่งน้ำหนักให้พอเหมาะพอควร ระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ สาธารณะส่วนตัวของเอกชนรายที่เป็นคู่ความกับการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ในฐานะที่เป็น ผู้ดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของสาธารณะซึ่งมิได้เข้ามาเป็นคู่ความด้วย โดยไม่เป็นการ ขัดขวางการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองและให้เป็นที่เคารพนับถือของฝ่ายปกครอง ถ้าหากคุ้มครอง ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนมากเกินไปหรือเคร่งครัดในหลักกฎหมายมากเกินไป จนไม่ คำนึงถึงผลกระทบในทางปฏิบัติที่จะตามมา ก็อาจจะเป็นผลเสียต่อประโยชน์ส่วนรวมของ สาธารณะได้ จนฝ่ายปกครองมีความรู้สึก ว่า กฎหมายเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานและพัฒนา สังคมให้เป็นที่ไป โดยราบรื่นก็ตาม แต่นอกจากศาลปกครองต้องเคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังกล่าวแล้ว แต่ศาลปกครองยังจะต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐในการตรวจสอบความถูกต้องของการ กระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองว่า เคารพหลักกฎหมายหรือไม่ ที่เรียกว่า เป็นการควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไป รวมทั้ง คำนึงถึงหน้าที่สำคัญคือ รักษาสมดุล

ระหว่างการให้หลักประกัน หรือคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กับรักษาประโยชน์สาธารณะตามแนวคิดและหลักปรัชญาของกฎหมายปกครองอีกด้วย ดังนั้น การตีความกฎหมายย่อมต้องยืดหยุ่นเพื่อให้เหมาะสมกับสภาวการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดเวลาให้เข้ากับบริบทในสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัย การใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับความเป็นจริงที่ต้องประยุกต์ใช้ให้เข้าตามบริบทของสังคม และการบริหารราชการแผ่นดินก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน

จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติเห็นว่า การตรวจสอบของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าว หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือกฎโดยสภาพ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติตัดอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ควรถือว่าเป็นการกระทำอื่นใดหากมีผลกระทบต่อบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองนั้น และเป็นการคุ้มครองตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมิให้ต้องรับโทษทางวินัยในการฝ่าฝืนหนังสือนั้น และเป็นแนวทางปฏิบัติราชการให้ผู้บังคับบัญชาในการออกหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติในครั้งต่อไปด้วย

ดังนั้น การที่ศาลควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ จึงไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการดังกล่าวข้างต้น แต่สอดคล้องหลักนิติรัฐและแนวคิดและหลักปรัชญาของกฎหมายปกครอง อีกทั้ง ยังเกิดผลดีให้ฝ่ายปกครองทบทวนการกระทำทางปกครองด้วยความรอบคอบยิ่งขึ้น อีกประการหนึ่ง การที่ศาลปกครองใช้นิติวิธีตีความหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติว่า เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือกฎ หรือไม่ อันเป็นเหตุในการรับฟ้องคดีของศาล แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 บัญญัติลักษณะการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการออกกฎ และคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังบัญญัติการกระทำอื่นใดไว้ด้วย ซึ่งคำว่า การกระทำอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การกระทำนอกเหนือจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง ดังที่ศาลปกครองสูงสุดตามที่กล่าวแล้วในคดีที่ 104/2545 โดยเห็นว่า การกระทำอื่นใดตามมาตรา 9 รวมความถึง การกระทำหรือปฏิบัติการใด ๆ ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น แม้ศาลปกครองจะใช้ดุลพินิจตีความหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ไม่ใช่กฎ และคำสั่งทางปกครองเป็นเหตุผลในการไม่รับฟ้องคดี แต่ยังมีเหตุการณ์กระทำอื่นใดที่อยู่ในเงื่อนไขการรับฟ้องคดีเช่นเดียวกัน หากศาลขยายขอบเขตตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ย่อมมีข้อดี คือ เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองตามสภาพความเป็นจริงทำให้การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ในการทำคำสั่งทางปกครองมีความรอบคอบยิ่งขึ้น และคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ดียิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ถึงแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองวินิจฉัยถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงได้เด็ดขาดด้วยตนเอง ทำให้ศาลปกครองไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ก็ตาม เช่น การคาดคะเน หรือการประเมินเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง เช่น ผลทางวิทยาศาสตร์ คุณค่าของสิ่งต่าง ๆ แต่หาใช่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาวินิจฉัยถ้อยคำเหล่านี้ได้ตามอำเภอใจ แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักการอื่น ๆ ด้วย ซึ่งศาลปกครองก็ควรใช้อำนาจตรวจสอบการพิจารณาหลักการอื่น ๆ นั้นได้ด้วย เพื่อป้องกันฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ เช่น การพิจารณาวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้อาศัยข้อเท็จจริงถูกต้องหรือไม่ การพิจารณาของฝ่ายปกครองเป็นไปตามหลักการวินิจฉัยที่ได้รับการยอมรับกันได้โดยทั่วไปหรือไม่ การพิจารณาวินิจฉัยของฝ่ายปกครองขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ การพิจารณาวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้รับอิทธิพลหรือปัจจัยภายนอก หรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือประเด็นพิจารณาหรือไม่ หมายความว่า การพิจารณาวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง ต้องตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วน การวินิจฉัยต้องได้รับการยอมรับตามหลักที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไป ต้องตั้งอยู่ภายใต้ความเสมอภาคหรือเท่าเทียมกัน จะต้องไม่นำปัจจัยภายนอกที่ไม่เกี่ยวกับเนื้อหาเรื่องนั้นมาวินิจฉัยดังที่ฝ่ายปกครองนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองตามที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ช่องทางหนึ่งนอกจากศาลปกครองควรขยายขอบเขตการตรวจสอบ หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองแล้ว การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองจะต้องมีด้วย เพราะหากไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองในเรื่องดังกล่าวแล้ว การเข้าถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เพียงระดับหนึ่ง เพราะศาลปกครองสามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเฉพาะที่มีการฟ้องคดีเท่านั้น ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะมีหรือไม่ ดังจะได้วิเคราะห์การควบคุมตรวจสอบตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินในหัวข้อต่อไป

ดังนั้น การตีความเพื่อควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ และการตรวจสอบเนื้อหาของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ยังไม่สอดคล้องกับนิติวิธีการตีความกฎหมายมหาชน ตามที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ให้ตรงกับสภาพความเป็นตามหลักการควบคุมตรวจสอบซึ่งจะได้เสนอแนะต่อไปในบทที่ 5

4.3.2 วิเคราะห์การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน

จุดมุ่งหมายในการวิเคราะห์หัวข้อนี้เพื่อค้นหาคำตอบว่า ควรจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองหรือไม่ ซึ่งก่อนจะวิเคราะห์จะต้องทราบว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมีลักษณะอย่างไร มีสถานะทางกฎหมาย

หรือไม่ หรือเป็นเพียงนโยบายในการกำหนดเป้าหมายทั่วไป หรือข้อสั่งการอันเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครองในการสั่งตามอำนาจบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแล

จากการศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.5 หลักการบริหารราชการแผ่นดิน และบทที่ 3 หัวข้อ 3.2 พบว่า กฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรอง คือ กฎกระทรวงเพื่อกำหนดว่า การกระทำใดบ้างเป็นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะฝ่ายผู้ตรากฎหมายต้องการที่จะให้ฝ่ายบริหาร พัฒนา และกำหนดรายละเอียดให้มีความชัดเจนขึ้นว่า สิ่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองเพิ่มเติม นอกเหนือจากบทนิยามให้ตัวอย่างไว้ อันเป็นการลดปัญหาในการตีความ และเมื่อฝ่ายบริหารได้กำหนดว่า สิ่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎกระทรวงแล้ว ย่อมมีความหมายอยู่ในตัวว่า ฝ่ายบริหารพร้อมที่จะถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเรื่องนั้นที่ตนกำหนดไว้เช่นเดียวกัน และจากที่ได้กล่าวข้างต้นและวิเคราะห์ในหัวข้อ 4.3.1 แล้วว่า สิ่งที่ทำให้เกิดคำสั่งทางปกครองที่แท้จริง คือ หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ เพราะในการบริหารราชการแผ่นดินผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาด้วยเสมอ จึงเป็นความจำเป็นต้องมีการควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ระดับใต้บังคับบัญชา เนื่องจากเป็นหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาโดยตรงตามลักษณะการควบคุมในรูปปิรามิด ตั้งแต่ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจสูงสุด คือ นายกรัฐมนตรี จนถึงเจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาต่ำที่สุด กฎหมายจึงมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชามีอำนาจและหน้าที่ในหลายลักษณะ เช่น การสอดส่อง ดูแล แนะนำ ควบคุม การปฏิบัติงานต่าง ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา โดยใช้วิธีการ สั่งการ ติดตาม และรายงานผลการกระทำ หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติย่อมเป็นเครื่องมือที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจดังกล่าวข้างต้นของผู้บังคับบัญชา หากสิ่งที่กำหนดไว้ในหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ไม่ได้รับการปฏิบัติตามย่อมก่อให้เกิดการควบคุมพฤติกรรมและมีผลต่อตัวเจ้าหน้าที่ในลำดับต่อมาทันที โดยใช้วิธีการในหลายประการ เช่น การสืบสวนสอบสวน ตรวจสอบ เพื่อนำไปสู่กระบวนการเอาผิดทางวินัย ตั้งแต่กำหนดภาคทัณฑ์ โยกย้ายตำแหน่งชั่วคราวหรือถาวร ลดขั้นเงินเดือน ตัดขั้นเงินเดือน พักงาน ปลดออก ไล่ออก หากการฝ่าฝืนนั้นเข้าลักษณะเป็นความผิดอย่างอื่นอยู่ด้วย ไม่ว่าจะความผิดทางอาญาละเมิด ก็ต้องดำเนินการตามแนวทางนั้น ๆ และโดยที่การจัดระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินภายในฝ่ายบริหารเอง มีการแยกการใช้อำนาจออกไปตามพื้นที่ต่าง ๆ โดยใช้กลไกการสั่งการจากส่วนกลางที่มีกระทรวง และกรม ไปสู่ส่วนภูมิภาค คือจังหวัด อำเภอ และไปสู่องค์กรกระจายอำนาจ คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ดังนั้น เครื่องมือที่ทำให้หน่วยงานอันเป็นองค์กรสาขาในราชการแผ่นดิน ต้องปฏิบัติตามให้เกิดมาตรฐานเดียวกัน เป็นตัวผลักดันเป้าหมายให้สำเร็จตามที่กำหนดไว้ และเกิดความสะดวกในการปกครองบังคับบัญชา คือ การใช้หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเป็นเครื่องมือในการสั่งการ

แต่เนื่องจากการบริหารราชการแผ่นดินปัจจุบัน ฝ่ายปกครองมีการกระทำทางปกครอง โดยอาศัยหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาเป็นจำนวนมากและแทบจะทุกเรื่อง เพราะรัฐมีภารกิจที่ยุ่ยากซับซ้อน เนื่องจากความเจริญและเติบโตทางเศรษฐกิจและสังคมตามที่กล่าวแล้ว ซึ่งนอกจากศาลปกครองจะมีคณะวินิจฉัยและจำกัดขอบเขตตรวจสอบตามที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อ 4.3.1 แล้ว จากการศึกษาในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2 พบว่า การออกหนังสือเวียน หรือกำหนดแนวทางปฏิบัติของผู้บังคับบัญชา เป็นขั้นตอนหนึ่งที่เป็นเงื่อนไขสำคัญของคำสั่งทางปกครองของผู้บังคับบัญชา และการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองในเรื่องดังกล่าวก็ไม่มีด้วย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย ปัญหาผลผูกพัน ปัญหาการฟ้องคดี ตลอดจนปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ และคำสั่งทางปกครองที่ออกมาสืบเนื่องจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าว หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมีหลายประเภท เป็นต้นว่า คำสั่งเกี่ยวกับคำอธิบาย ตีความ หรือบังคับใช้กฎหมาย คำสั่งที่กำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจ คำสั่งเกี่ยวกับการจัดระเบียบภายในขององค์กร ฝ่ายปกครอง ซึ่งคำสั่งและแนวทางปฏิบัติเหล่านี้มีสถานะแตกต่างกันออกไป สำหรับข้อความคิดว่า ด้วยกฎหมายนั้น ในนิติรัฐยึดถือกันอยู่ว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่ตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจให้บัญญัติกฎหมาย โดยอาศัยอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการของฝ่ายปกครองที่ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐ ฝ่ายปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน และมีผลก่อให้เกิดการเคลื่อนไหว เปลี่ยนแปลงสิทธิไปสู่ภายนอก หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติบางอย่างไม่มีสถานะทางกฎหมาย เพราะไม่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิไปสู่ภายนอก แต่เป็นเพียงระเบียบภายใน ซึ่งเป็นการแนะนำแนวทางปฏิบัติภายในหน่วยงานเท่านั้น แต่หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติบางประเภท มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์บังคับเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้น ก็อาจรับผิดทางวินัยหรือรับผิดอย่างอื่นได้

ตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินของไทย ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการภายในฝ่ายปกครองหลายลักษณะ ตามที่ได้อธิบายแล้วในบทที่ 3 เช่น มีลักษณะบังคับ มีลักษณะอธิบาย มีลักษณะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจเพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน มีลักษณะนโยบาย มีลักษณะการบริหารงานภายในองค์กร มีลักษณะแนะนำ มีลักษณะการเสนอเรื่องในส่วนราชการด้วยกัน มีลักษณะการขอความร่วมมือ เห็นว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าวนี้ไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรหากจะมีก็แต่เฉพาะการตรวจสอบของศาลปกครอง ซึ่งมีขอบเขตจำกัดโดยถือหลักว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แม้เป็นเพียงมาตรการภายในของทางราชการ ที่เวียนให้ส่วนราชการต่าง ๆ ทราบ ที่

มีลักษณะการสั่งการภายในของฝ่ายบริหารเองก็ตาม จะต้องมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมาย คือ กระบวนการในนิติฐานะของบุคคล และการตรวจสอบอยู่ในขอบเขตว่าข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของการสั่งการนั้นมีความผิดพลาดหรือไม่ หรือมีการสั่งการ โดยกลั่นแกล้งหรือไม่ กรณีหนังสือเวียนมีการอ้างอิงกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง กรณีนี้คงไม่มีปัญหาในการตรวจสอบของศาลปกครองมากนัก เนื่องจากศาลปกครองเพียงตรวจสอบว่า หนังสือเวียนปรากฏข้อเท็จจริงสอดคล้องกับกฎหมายแม่บทหรือไม่ ในกรณีหนังสือเวียนไม่ได้ออกโดยการอ้างอิงกฎหมายฉบับใด ในการตรวจสอบศาลปกครองจะพิจารณาว่า หนังสือเวียนมีลักษณะตามความหมาย ในคำนิยามว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพื่อประโยชน์ในการรับคดีไว้วินิจฉัยต่อไป

สำหรับหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นมาตรการภายใน มีสองลักษณะ คือ หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ กับแนวทางปฏิบัติ มาตรการอื่น ๆ ที่ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่ง หรือคำวินิจฉัย เช่น ความเห็น ข้อเสนอ คำเตือน และแบบตัวอย่าง ส่วนอีกลักษณะหนึ่ง คือ มาตรการในรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานภายในของหน่วยงาน ทั้งมาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แบ่งเป็นหนังสือเวียนและมาตรการวางกฎระเบียบภายในของหน่วยงาน เช่น คำสั่งจัดเวรยามการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการตำรวจ คำสั่งกำหนดการแต่งกายของนักเรียน และมาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายหรือเฉพาะกรณี เช่น คำสั่งที่มุ่งใช้บังคับกับผู้ใช้บริการ คำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาคนใดคนหนึ่ง

จากที่กล่าวข้างต้นทำให้หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกิดผล คือ ประการแรก ไม่อาจถูกนำไปฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนได้ ประการที่สอง ไม่อาจเป็นที่มาหรือบ่อเกิดของความชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สาม คำสั่งหรือคำวินิจฉัยขัดแย้งกับมาตรการภายในก็ไม่อาจนำไปฟ้องได้อีกเช่นกัน สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แยกกรณีหนังสือเวียน คำสั่งของหน่วยงาน แนวทางปฏิบัติ และมาตรการภายในอื่น ทฤษฎีกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ละเอียดที่จะพิจารณากระบวนการวินิจฉัยสั่งการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไป แต่จะเน้นพิจารณาเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่เกิดมีผลในทางกฎหมายแล้วเท่านั้น มาตรการขั้นตอนในการเตรียมการวินิจฉัยสั่งการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มักจะได้รับการพิจารณาว่า เป็นเรื่องเทคนิคของฝ่ายปกครอง แม้ว่าขั้นตอนนี้มีเอกชนเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ในลักษณะบังคับหรือสมัครใจก็ตาม เพราะส่วนใหญ่เป็นเพียงระเบียบในการปฏิบัติงาน หรือแนวทางปฏิบัติภายในขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเท่านั้น เทคนิคในการดำเนินงานนี้อาจมีความสำคัญสำหรับงานภายในฝ่ายปกครอง แต่สำหรับบุคคลภายนอกแล้วไม่มีผลในทางกฎหมาย

เพราะเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ระเบียบภายในยังมีความแตกต่างกันอย่างหลากหลาย ความผิดพลาดของการกระทำทางปกครองส่วนใหญ่เกิดขึ้นในขั้นตอนแรก คือ ขั้นตอนเตรียมการทำนิติกรรมทางปกครอง หรือขั้นตอนก่อนที่จะออกคำสั่งในเรื่องต่าง ๆ ในขณะที่ศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส ถือหลักว่าหากเรื่องที่ฟ้องเรื่องที่เป็นเพียงความเห็นที่ดี (Les Avis) การตอบข้อหารือที่ดี การแสดงความคาดหวังหรือความปรารถนาที่ดี (Les Voeux) การให้ข้อมูลที่ดี (Les Renseignements) คำแนะนำที่ดี (Les Recommandations) ข้อเสนอแนะที่ดี (Les Propositions) การประกาศให้ทราบเรื่องที่ดี (Les Actes Déclaratifs) ที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ส่วนประเทศอังกฤษมีการออกหนังสือเวียน และกำหนดแนวปฏิบัติ ทั้งการบังคับใช้กฎหมาย หรือเรื่องอื่น ๆ ตลอดจนมีมาตรการของฝ่ายบริหารก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง เช่นเดียวกัน ในรูปของคำสั่ง กฎข้อบังคับที่สร้างขึ้นโดยรัฐมนตรีจำนวนมาก เพราะกฎเกณฑ์เหล่านี้สร้างขึ้น เพื่อจัดระเบียบภายในองค์กรของหน่วยราชการ ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของฝ่ายนิติบัญญัติ บางครั้งกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารไม่ได้ออกโดยอาศัยกฎหมายใด เป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารสร้างขึ้นเองและพัฒนาจากแนวปฏิบัติจากแนวนโยบาย จนไม่มีการควบคุมตรวจสอบ จนมีผู้กล่าวว่า ยากที่จะแบ่งหรือจำแนกประเภทกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารของประเทศอังกฤษ บางครั้งรัฐมนตรีออกกฎเกณฑ์ให้เชื่อมโยงกับนโยบายเป็นแนวทางให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติ อาจจำแนกกฎเกณฑ์หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติได้ถึง 8 ลักษณะ คือ กฎเกณฑ์ที่กำหนดกระบวนการ หนังสือเวียนที่เป็นการตีความ คำชี้แจงแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ หนังสือเวียนที่เป็นการอธิบายสรุป กฎเกณฑ์ที่เป็นการรับรอง ประมวลแนวทางปฏิบัติในเรื่องธุรกิจ กฎว่าด้วยวิธีปฏิบัติ การจัดการหรือการปฏิบัติ การคำปรึกษาหารือและคำแถลงการณ์ของฝ่ายปกครอง เห็นว่าในประเทศอังกฤษ หนังสือเวียน เป็นแบบเอกสารทั่วไปของฝ่ายปกครอง ในการให้คำแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ในต่างจังหวัด หรือองค์กรท้องถิ่นเพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ หนังสือเวียนบางฉบับเป็นเรื่องการกำหนดนโยบาย บางเรื่องเป็นแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ แต่หนังสือเวียนไม่มีสถานะทางกฎหมาย ไม่มีอำนาจบังคับใด ๆ เพราะเป็นเพียงการแจ้งเรื่องราวหรืออธิบายวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นกฎเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองไม่ได้พิจารณาที่รูปแบบ แต่พิจารณาจากภาระหน้าที่ที่สำคัญ

สำหรับระบบกฎหมายไทยการกำหนดแนวทาง หนังสือเวียนต่าง ๆ ถือว่า เป็นอำนาจโดยทั่วไปของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้หน่วยงานระดับรองไปปฏิบัติ แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ชัดแจ้งก็ตาม ซึ่งมีจำนวนมาก ทั้งระเบียบ คำสั่ง ข้อบังคับ คำชี้แจง ทั้งมาจากอำนาจตามกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรี อำนาจการบังคับบัญชา อำนาจกำกับดูแล หรือความสัมพันธ์พิเศษของ

บุคคลในองค์กร เช่น ข้าราชการ นายจ้าง โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและสถานภาพของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คำสั่ง แนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ กำหนดนโยบาย แจ้งข่าวสาร ขอความร่วมมือ ให้คำแนะนำหรือคำชี้แจง ซึ่งมีลักษณะผูกมัดการทำงานของเจ้าหน้าที่ที่ผู้บังคับบัญชาในกระบวนการพิจารณาข้อเท็จจริง กระบวนพิจารณาข้อกฎหมาย และการพิจารณาหาข้อยุติเช่น จะต้องตีความกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร บางครั้งยอมเป็นปัญหาในการตัดสินใจในการใช้ดุลพินิจของเจ้าของอำนาจ ในกรณีหนังสือกำหนดวิธีการทำงานสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องกระทำ และสภาพของหนังสือกำหนดวิธีทำงานไม่ได้จำกัดรูปแบบหรือจะเรียกอย่างไรก็ตาม แต่มีผลเป็นอย่างเดียวกัน คือผู้ใต้บังคับบัญชาต้องนำไปปฏิบัติ ซึ่งบางครั้งเป็นกฎในทางปกครองโดยตรง แต่บางครั้งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลทางอ้อมมีสภาพ โน้มน้าวให้มีการใช้ดุลพินิจที่มีผลในการสั่งการไม่มากนักน้อย ซึ่งควรค่าแก่การควบคุมตรวจสอบด้วย

หากปล่อยให้มีการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติโดยไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบ ย่อมทำให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจและดุลพินิจเอง ทั้งที่กฎหมายไม่ได้มอบอำนาจไว้เช่นนั้น ถือว่าผู้บังคับบัญชาได้ใช้เจ้าหน้าที่เป็นเครื่องมือในการทำคำสั่งทางปกครองโดยอ้อม ทำให้มีการใช้อำนาจไปตกแก่ผู้ที่กฎหมายไม่ได้ไว้วางใจอันผิดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ย่อมเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นความบกพร่องในด้านความสามารถซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครอง

จากการศึกษาหลักการบริหารราชการแผ่นดินในบทที่ 2 เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองเห็นว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น ผิดอำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองไม่อาจใช้สิทธิอุทธรณ์ หรือโต้แย้งตามกฎหมายได้โดยตรง เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใต้บังคับบัญชากับผู้บังคับบัญชา ถือเป็นภาพรวมว่าเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเดียวกัน แต่ต่างมีหน้าที่ปกครองบังคับบัญชาและรับผิดชอบซึ่งกันและกัน ในผลของการปฏิบัติงานตามสายการบังคับบัญชาอยู่แล้ว แต่เนื่องจากการบังคับบัญชาตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินของเจ้าหน้าที่มีกฎหมายควบคุมดูแลโดยเฉพาะ เมื่อมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองจะต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาทราบในเหตุความไม่ชอบนั้น เพื่อให้ผู้ใช้อำนาจออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ จะพิจารณาทบทวน แก้ไข และเมื่อผู้บังคับบัญชามีความเห็นเป็นเช่นใด เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตามนั้น การเรียกร้องกรณีนี้หาใช่ว่า เป็นการเรียกร้องใช้สิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งตามกฎหมายแต่อย่างใด

สภาพความเป็นจริงจากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ในภาคปฏิบัติ เมื่อผู้บังคับบัญชาวางแนวทางในการปฏิบัติงานในเรื่องใดไว้ เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่มีทางที่จะหลีกเลี่ยง หรือฝ่า

ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้ได้ เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชามีวินัยที่ควบคุมความสัมพันธ์กับผู้บังคับบัญชาอยู่ หากฝ่าฝืนคำสั่งที่ออกตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ย่อมจะถูกผู้บังคับบัญชาดำเนินเอาผิดทางวินัยทันที และเมื่อหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ นั้น ไม่ถูกต้อง เมื่อทำคำสั่งทางปกครองใดตามแนวทางปฏิบัติไป ก็จะมีการนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้องคดี แต่ผู้ออกหนังสือเวียน หรือผู้กำหนดแนวทางปฏิบัติ ไม่ได้ถูกฟ้องด้วย เช่น คำสั่งให้เบิกจ่ายเงินต่าง ๆ และยิ่งกว่านั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองเห็นว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง นั้นฝ่าฝืนอำนาจตามกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ยอมปฏิบัติหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้ นั้น โดยทำคำสั่งทางปกครองตามเหตุผลและความเห็นของตนไป หากต่อมา มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น ผู้พิจารณาอุทธรณ์ส่วนใหญ่ คือ ผู้กำหนดหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ย่อมจะต้องไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่นำหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ มาเป็นฐานทำคำสั่งทางปกครอง หรือหากคำสั่งเรื่องนั้นมีการนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และหากศาลปกครองวินิจฉัยแตกต่างกับความเห็นของเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชา ยิ่งจะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องถูกลงโทษทางวินัย และหากเกิดความเสียหายอยู่ด้วยก็ต้องรับผิดชอบละเมิด โดยมีอาจหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งความเห็นของเจ้าหน้าที่ในภาคปฏิบัติ ไม่ได้เรียกร้องไม่ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแล ทำหน้าที่บังคับบัญชาหรือกำกับดูแล แต่เรียกร้องในการให้มีการตรวจสอบ โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ต่างองค์กรที่มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลมากกว่า

ประการสุดท้ายในการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจนี้หมายถึง การใช้ดุลพินิจว่าเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองโดยปฏิบัติตามหนังสือเวียน หรือแนวทางปฏิบัติหรือไม่ และหมายถึงการใช้ดุลพินิจตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติของศาลปกครอง ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 ในหัวข้อ 2.3.9 ว่า ในการใช้ดุลพินิจของบุคคลตามกฎหมายปกครองจะต้องไม่ฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือไม่ยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง หากยึดติดแต่แนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเพียงอย่างเดียว โดยไม่พิจารณาข้อเท็จจริงให้รอบด้านเท่ากับเป็นการละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้ดุลพินิจ ถ้าหากกฎหมายบัญญัติให้ต้องใช้ดุลพินิจด้วยแล้ว ผลคือคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กรณีหนังสือเวียนห้ามนายทะเบียนอาวุธปืนท้องที่ห้ามอนุญาตให้บุคคลมีและใช้อาวุธปืนเกินคนละสองกระบอก หรือหนังสือเวียนห้ามมิให้อนุญาตให้มีการเล่นการพนันในงานรื่นเริงต่าง ๆ เป็นต้น

จากการศึกษาในบทที่ 3 หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง มีเพียงแต่แนวทางการตรวจสอบของศาลปกครอง แต่การตรวจสอบอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเท่านั้น ตามที่ได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 4.3.1 ดังนั้น ในการควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าวสามารถควบคุมตรวจสอบหลักการใช้ดุลพินิจได้สองกรณี ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองโดยอ้างหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

แม้ศาลปกครองถือหลักไม่ก้าวล่วงไปทบทวนตรวจสอบเรื่องนโยบายและดุลพินิจเฉพาะในความรับผิดชอบขององค์กรอื่น หรือกล่าวได้ว่า ศาลปกครองจะพิจารณาในแง่ของกฎหมายโดยไม่ไปตีตรอนความชำนาญเฉพาะด้านในงานของฝ่ายปกครอง ในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจให้เกิดความเหมาะสมในแต่ละกรณี แต่เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจนั้น เช่น พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 15/6 บัญญัติว่า การพิจารณาประเด็นทางเทคนิคเป็นอำนาจดุลพินิจของผู้อำนวยการ และให้เป็นที่สุด ฝ่ายปกครองจะถือว่าตนต้องผูกพันอยู่กับหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ โดยไม่พิเคราะห์ข้อกฎหมายไม่ได้ ส่วนประชาชนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยให้แตกต่างไปจากแนวทางปฏิบัติที่วางข้อกำหนดให้ส่วนราชการต่าง ๆ ต้องปฏิบัติตามในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการในแต่ละองค์กร ระเบียบที่กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจ ตลอดจนระเบียบเกี่ยวกับสิทธิและสถานภาพของข้าราชการในองค์กรนั้น ๆ ด้วยมีวัตถุประสงค์ให้การปฏิบัติราชการเป็นไปด้วยความเรียบร้อยมีประสิทธิภาพ และเป็นไปในแนวทางเดียวกัน อีกประการหนึ่ง ก็เพื่อกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจ หรือตีความ หรืออธิบายกฎหมายให้เจ้าหน้าที่ได้ทราบ เพื่อความถูกต้องจากความซับซ้อนของกฎหมายที่ใช้ในการปฏิบัติงาน คำสั่ง ระเบียบภายในจึงเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่และประชาชน ในด้านเจ้าหน้าที่ก่อให้เกิดความสะดวกในการปฏิบัติงาน ในด้านประชาชนเกิดหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ แต่ในอีกด้านหนึ่งระเบียบคำสั่งก่อให้เกิดปัญหามากมายเช่นเดียวกัน แนวทางปฏิบัติภายในไม่ได้เป็นกฎหมายที่แท้ เพราะไม่มีฐานการรองรับจากพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่แตกต่างและคนละประเภทกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

ดังนั้น ในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติฝ่ายปกครองต้องพิจารณาว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติออกโดยอาศัยอำนาจตาม

กฎหมายในเรื่องนั้นหรือไม่ หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่มีฐานทางกฎหมายในการให้อำนาจ และทำให้คำสั่งทางปกครองออกแตกต่างจากเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วยแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องละความตั้งใจในการนำหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติมาใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองทันที เพื่อธำรงไว้ในการรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ ส่วนการฝ่าฝืนการปฏิบัติตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องใช้แนวทางการบริหารราชการแผ่นดินคือโต้แย้งคัดค้านให้ทบทวนหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ นั้น คือ ไม่ยินยอมจะต้องปฏิบัติตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบนั้น ตามที่ได้วิเคราะห์แล้วในข้อ 4.3.2 แต่อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายปกครองสามารถใช้แนวทางการโต้แย้ง คัดค้านให้ทบทวนหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ นั้น คือ ไม่ยินยอมจะต้องปฏิบัติตาม จากการสัมภาษณ์ผู้ที่ปฏิบัติ ไม่มีผู้ใดฝ่าฝืนเช่นนั้นเพราะเกรงว่า หากฝ่าฝืนจะมีผลต่อวินัย การโยกย้าย บำเหน็จความชอบ ซึ่งแนวทางแก้ไขดังกล่าวมีหนทางเดียว คือ ให้องค์กรภายนอกเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบ ซึ่งจะได้อธิบายในบทที่ 5

ประการที่สอง การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

โดยปกติฝ่ายปกครองมีพื้นฐานจากแนวความคิดพื้นฐานที่ว่า การดำเนินการของฝ่ายปกครองทุกประเภทจะต้องตั้งอยู่บนความยืดหยุ่น และความมีประสิทธิภาพ ในการดำเนินการให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน เพื่อง่ายต่อการสั่งการและการปกครองบังคับบัญชา จากเหตุผลดังกล่าวผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจสั่งการแฝงไว้ในรูปแบบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเป็นจำนวนมาก และขาดการควบคุมตรวจสอบตามที่กล่าวแล้วข้างต้น อีกทั้ง เมื่อมีการฟ้องตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ศาลปกครองไม่รับไว้พิจารณา เพราะถือว่าเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ แม้เป็นเพียงการเตรียมการเพื่อกระทำการทางปกครองในชั้นปลาย แต่มาตรการดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อบุคคลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การมีผลออกไปสู่ภายนอกไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาด้วยกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งนั้นเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาในสถานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กร เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง เช่น คำสั่งให้ปฏิเสธ หรือคำสั่งให้พิจารณาอนุญาตตามคำขอ คำสั่งให้ทำความเห็นทางกฎหมายเสนอ คำสั่งให้ข้าราชการช่วยราชการ คำสั่งย้ายสับเปลี่ยนในหน่วยงานเดียวกัน แต่ถ้าเป็น

กรณีที่มีผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาในฐานะส่วนตัว ที่ไม่ใช่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ย่อมไม่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แต่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย ไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือน คำสั่งย้ายที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะงาน หรือเปลี่ยนสถานที่ทำงานที่กระทบโดยชัดเจน ดังนั้น วิธีการในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ เป็นการตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตหรือไม่ เป็นการใช้อำนาจที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลหรือไม่ เป็นการไม่ใช้ดุลพินิจหรือไม่ เป็นการใช้อำนาจที่ผิดพลาดหรือไม่

ส่วนในการตรวจสอบฝ่ายปกครองที่ใช้หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จะมีกระบวนการเพื่อป้องกัน เพิกถอน หรือแก้ไขให้ถูกต้อง ซึ่งจะมีรูปแบบและเนื้อหาที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในทางประวัติศาสตร์ และแนวความคิดของระบบกฎหมายแต่ละประเทศเป็นสำคัญตามที่วิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 4.3.1 สำหรับประเทศไทย การออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองยังไม่มีการควบคุมตรวจสอบ จึงยังไม่สอดคล้องกับตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน เพราะการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินที่ดี จะต้องมียุทธศาสตร์การควบคุมตรวจสอบจากองค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน ตามเหตุผลที่กล่าวข้างต้นด้วย

จากการวิเคราะห์ทั้งหมดข้างต้น เห็นว่า ฝ่ายปกครองและศาลปกครอง ไม่อาจแก้ไขปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ครอบคลุมทุกกรณี หรือแม้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องเพิกถอนเสมอไป เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองใช้ระบบการเยียวยา หากกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนมิให้ศาลปกครองมีอำนาจรับไว้พิจารณา ศาลปกครองก็ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบความไม่ชอบด้วยของกฎหมายนั้น เพื่อให้เกิดความยุติธรรมตามสภาพความเป็นจริง การที่ศาลปกครองจะตรวจสอบหรือไม่ อยู่ที่การใช้อำนาจดุลพินิจตีความหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ โดยการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติใดเป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นกฎ หรือการกระทำอื่นใด ซึ่งศาลปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการใช้หลักเหตุผล อันเป็นเทคนิคและความชำนาญของศาลปกครองเอง โดยใช้ศาสตร์แห่งการตีความเข้ามาเกี่ยวข้อง และจะยึดติดแต่กฎหมาย ย่อมไม่สามารถให้ความเป็นธรรมในแต่ละกรณีได้ เพราะกฎหมายแต่ละฉบับไม่ได้มีความสมบูรณ์ไปทั้งหมด วิธีการตรวจสอบข้อผิดพลาดที่ง่ายที่สุดคือเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายอื่นในเรื่องนั้น หากหลักใดเหมาะสมกว่าแต่ไม่นำมาใช้ ย่อมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ขาดความเป็นธรรม ซึ่งในการใช้อำนาจดุลพินิจจะมีหลักกฎหมายปกครองทั่วไปกำกับไว้

เสมอ ไม่ว่าหลักความเสมอภาค หลักความสมควรแก่เหตุหรือหลักความเหมาะสม หลักความมั่นคง
แน่นอนของกฎหมาย หลักสุจริต และหากมีการใช้ดุลพินิจที่ขาดความเป็นธรรมแล้ว ก็ไม่ควรให้การ
การกระทำนั้นผูกพันผู้ใด ไม่ว่ารัฐ หรือประชาชน

4.4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบ สอดส่อง ดูแล ให้คำแนะนำในการบังคับใช้กฎหมาย ปกครองและการทำคำสั่งทางปกครองให้แก่ฝ่ายปกครอง

หัวข้อนี้จะวิเคราะห์ องค์ประกอบ โครงสร้างองค์กร อำนาจและวิธีการควบคุม
ตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง โดยจะนำหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ในการใช้อำนาจบังคับ
บัญชา และการกำกับดูแล หลักการแบ่งแยกอำนาจบริหารกับตุลาการ หลักการแบ่งแยกอำนาจใน
ฝ่ายบริหาร หลักความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายปกครอง ที่ได้จากการศึกษาในบทที่ 2
และบทที่ 3 มาวิเคราะห์ หลังจากนั้นจะวิเคราะห์องค์กรควบคุมตรวจสอบที่มีอยู่ในประเทศไทย
คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยเปรียบเทียบกับองค์กร
ควบคุมตรวจสอบของต่างประเทศ โดยแยกการวิเคราะห์สองกรณี คือ วิเคราะห์โครงสร้างองค์กร
ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน และวิเคราะห์
อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามหลักความควบคุมตรวจสอบ

แม้ประเทศไทยจะมีศาลปกครองในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทาง
ปกครองที่เป็นกลางและอิสระ แต่เนื่องจากศาลปกครองมีอำนาจเฉพาะการตรวจสอบความชอบ
ด้วยกฎหมายเท่านั้น ส่วนความเหมาะสมย่อมอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรภายในฝ่ายปกครอง
ตรวจสอบด้วยตนเอง หรือแม้แต่ความชอบด้วยกฎหมายศาลปกครองก็ไม่อาจตรวจสอบครอบคลุม
ได้ทุกกรณี เพราะศาลปกครองไม่อาจหยิบยกเรื่องใด ๆ ขึ้นพิจารณาได้เองต้องมีการฟ้องเป็นคดี
ขึ้นมาเท่านั้น และในการฟ้องคดีหากปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเป็นเรื่องของคำสั่งทางปกครอง
ก็จะต้องมีการดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนจากคำสั่งทางปกครองนั้นก่อนกล่าวคือ ต้องมีการ
อุทธรณ์ให้เจ้าหน้าที่และผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ ทบทวน แก้ไขคำสั่งทางปกครองก่อนจะถึง
การตรวจสอบในชั้นศาลปกครองเสมอ และในการควบคุมตรวจสอบจากองค์กรภายใน
ฝ่ายปกครองกันเองจะมีการจัดรูปแบบลดหลั่นกันไปตามโครงสร้างในการบริหารราชการแผ่นดิน
ที่หน่วยงานระดับสูงมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบหน่วยงานระดับต่ำกว่าซึ่งเป็นสายงานบังคับบัญชา
เดียวกัน แต่ในการประกันสิทธิและเสรีภาพที่ดีของประชาชนในทางปกครองที่เป็นกลาง และอิสระ
ไม่อาจให้การควบคุมตรวจสอบอยู่ในสายบังคับบัญชาเดียวกันได้ เพราะการควบคุมตรวจสอบใน
สายบังคับบัญชาเดียวกัน หวังผลในการประกันสิทธิและเสรีภาพได้น้อย เพราะผู้บังคับบัญชาแต่ละ

ระดับมีส่วนได้เสียและมีหน้าที่รับผิดชอบควบคู่กันอยู่ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลปกครองมีอำนาจในขอบเขตจำกัดตามที่กล่าวข้างต้น ก็มีความจำเป็นอยู่เองที่ต้องเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองให้ดีและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ในการเพิ่มประสิทธิภาพของการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองที่ดี จะต้องเริ่มต้นจากการจัดรูปแบบองค์กรที่ดี ที่อิสระ เป็นกลาง มีวิธีพิจารณาที่ง่ายสามารถทำได้โดยสะดวกและรวดเร็ว และเจ้าหน้าที่จะต้องมีความชำนาญเฉพาะเรื่อง ดังนั้น แม้คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง จะเป็นองค์กรที่เป็นกลาง และมีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องตามหลักการดังกล่าว แต่มีความบกพร่องหลายประการ ทั้งปัญหาทางด้านการจัดโครงสร้างองค์กร และปัญหาขาดประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ การมีคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นกระบวนการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง ก่อนมีการทำคำสั่งทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ จึงเป็นก้าวหนึ่งที่จะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายปกครองในอนาคต ซึ่งยังมีอีกหลายส่วนจะต้องเพิ่มเติม ปรับปรุง แก้ไข ดังจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไปนี้

4.4.1 วิเคราะห์ปัญหาโครงสร้างของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน

การวิเคราะห์หัวข้อนี้เพื่อตอบคำถามว่า โครงสร้างกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองสอดคล้องและสนองต่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง ตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินของไทยหรือไม่

เนื่องจากการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครอง โดยอาศัยหลักการทางทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลัง คือ ประโยชน์ส่วนรวมผ่านกิจกรรมการบริการสาธารณะ และการจัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นพลวัตร ที่ต้องปรับปรุง เปลี่ยนแปลงให้เข้ากับเหตุผลตามความเป็นจริงของสังคมขณะหนึ่ง และไม่มีบทกฎหมายใดตราขึ้นที่ใช้อย่างคงที่ โดยสมบูรณ์ให้เหมาะสมตลอดกาลในสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงเสมอ ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการปรับปรุง แก้ไข หลักการทางปกครองในการใช้อำนาจเพื่อจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองดังกล่าวให้เป็นไปอย่างต่อเนื่องตามสภาพของความเป็นจริงเช่นกัน เพราะหลักกฎหมายปกครองเป็นแบบแผนในการบริหารราชการแผ่นดิน และความสำเร็จในการบริหารราชการแผ่นดินไม่ได้ขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายปกครองเพียงอย่างเดียว ย่อมขึ้นอยู่กับการจัดรูปแบบองค์กรในสถาบันของฝ่ายปกครองด้านต่าง ๆ ให้สอดคล้องกันกับระบบกฎหมายด้วย การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันไปตามสภาพ เงื่อนไข แนวความคิด ประสพการณ์ทางประวัติศาสตร์ ระบบกฎหมาย การพัฒนาของสังคม และการบริหารงานภายในของแต่ละประเทศ การควบคุมอาจมีหลายวิธี และร่วมกันหลายองค์กร เพราะการควบคุมโดยยึดติด

เพียงแต่วิธีหรือองค์กรเดียว ไม่อาจตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด เพราะแต่ละวิธีในแต่ละองค์กรต่างก็มีข้อจำกัดในตัวเอง ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ได้มากที่สุด ก็ต้องมีวิธีการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่หลากหลายอันเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจได้อีกทางหนึ่ง แต่ด้วยภารกิจของฝ่ายปกครองที่มุ่งหมายเพื่อบำบัดทุกข์บำรุงสุข รักษาความสงบเรียบร้อยความปลอดภัยแก่ราษฎร ย่อมได้รับการคาดหวังจากราษฎรว่า เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐจะทำหน้าที่ได้เป็นอย่างดี ด้วยความสม่ำเสมอแก่ทุกคนในทุกกรณี ที่เรียกว่า มาตรฐานการปฏิบัติราชการที่ดี ราษฎรย่อมมั่นใจว่าเจ้าหน้าที่จะไม่ให้คำแนะนำที่ผิดพลาด ไม่ทำให้ราษฎรรอนานเกินความจำเป็น ไม่กระทำการโดยไม่สุจริต หรือบกพร่องในเรื่องอื่น ๆ เช่น เลินเล่อ เพิ่มภาระโดยไม่จำเป็น หยาบคาย เกียจคร้าน ไร้มนุษยธรรม สามารถหยิบยื่นสิ่งต่าง ๆ ให้แก่ราษฎรตรงกับความต้องการ แต่ด้วยภารกิจของฝ่ายปกครองมีมากมายหลายด้านและหลายเรื่องมีความซับซ้อน จึงเป็นการยากที่จะให้ภารกิจทั้งหลายของฝ่ายปกครองเป็นไปตามความคาดหวังของราษฎร โดยไม่มีข้อผิดพลาดหรือบกพร่องเลย

จากการศึกษาในบทที่ 2 พบว่า การจัดให้มีการปฏิบัติราชการที่ดีเริ่มตั้งแต่การป้องกัน คือ การเตรียมการก่อนที่การกระทำหรือคำสั่งทางปกครองจะมีผลต่อราษฎร ซึ่งการเตรียมการนั้นอาจจะกระทำโดยการปรึกษาหารือ การขอความเห็นชอบ การขออนุมัติ การได้สวนสาธารณะ และการรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นรูปแบบการควบคุมโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในลักษณะเปิดเผย สร้างความโปร่งใส หรือการมีองค์กรที่ปรึกษา เพื่อขอคำแนะนำ เสนอแนะ ขอความเห็นชอบ หรือขออนุมัติ เป็นรูปแบบป้องกันความบกพร่องในการปฏิบัติราชการให้เกิดความรอบคอบ อันเป็นกระบวนการตรวจสอบภายในของเจ้าหน้าที่ต่างองค์กร เพราะการทบทวนโดยเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเดียวกันเป็นเรื่องที่หวังผลได้น้อย บางกรณีเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ทำตามระเบียบ กฎเกณฑ์ แนวปฏิบัติ หรือคำสั่งของหน่วยงานจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะแก้ไขอะไรได้ ยิ่งถ้าเป็นเรื่องทางการเงิน ทรัพย์สิน ค่าใช้จ่าย หรือค่าสินไหมทดแทนด้วยแล้ว ย่อมยิ่งยากที่จะให้เจ้าหน้าที่ทบทวนแก้ไขข้อบกพร่องนั้น เพราะมีระเบียบและหลักเกณฑ์ภายในกำกับอยู่ การตั้งองค์กรที่ปรึกษาในระบบคณะกรรมการ เพื่อเสนอแนะ ให้คำแนะนำ ขอความเห็น ก็เป็นการควบคุมตรวจสอบอีกรูปแบบหนึ่ง ที่มีความเป็นกลางและอิสระจากหน่วยงานภายในเดียวกัน

แม้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 จะบัญญัติให้รัฐใช้ระบบอนุญาตนและระบบคณะกรรมการ ในกฎหมายเฉพาะเท่าที่จำเป็น แต่การจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นองค์กรเสริมเพื่อช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือจากที่กฎหมายบังคับไว้ อันเป็นคนละกรณีกับระบบการอนุญาตนหรือระบบ

คณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะตามความหมายของรัฐธรรมนูญดังกล่าว แต่มีหน้าที่ในการแนะนำดูแล ให้คำปรึกษา และพัฒนาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแก่ฝ่ายปกครองให้ถูกต้องตามหลักวิชาการ และความเหมาะสมของสังคมให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม และวิชาการในแต่ละช่วงสมัยอันเป็นปัญหาของราชการทั้งส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น รวมถึงการประสานงานและแก้ไขกฎหมายขององค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย การมีองค์กรเฉพาะคอยดูแล แนะนำ ย่อมเป็นประโยชน์ในการสนองตอบกับการบริหารราชการแผ่นดินไทย

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นองค์กรให้คำปรึกษา ดูแลเกี่ยวกับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการบังคับใช้กฎหมายปกครอง โดยเฉพาะการเปิดโอกาสให้หน่วยงานทางปกครองหารือมายังคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามระเบียบของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรมการคณะนี้ ยังทำงานไม่สอดคล้องกับหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ ในการแนะนำ ช่วยเหลือดูแล ให้คำปรึกษาฝ่ายปกครองในการทำคำสั่งทางปกครอง จนทำให้ฝ่ายปกครองถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมาก ส่วนหนึ่งมาจากปัญหาทั้งการจัดโครงสร้างภายในองค์กร และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเองที่ยังไม่มีความเหมาะสม ทำให้เกิดปัญหาและผลกระทบดังกล่าวขึ้น เพราะในท้ายที่สุดหากมีการทำคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องก็ก่อให้เกิดปัญหาในภาพรวมของระบบราชการไทยเช่นกัน

จากการศึกษาในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3.2 พบว่า องค์กรที่ควบคุม ตรวจสอบ กำกับดูแล ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครอง พบว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีลักษณะเป็นคณะกรรมการทางปกครอง ที่เป็นอิสระ และเป็นกลาง ในการให้คำแนะนำ ปรึกษา ช่วยเหลือในการแก้ไขปัญหา การบังคับใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทั้งช่วยตีความ ประสานงานกับหน่วยงานทางปกครองต่าง ๆ รวมถึงทำหน้าที่เสนอแนะ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ระบุไว้จำนวนหลายเรื่องมากกว่าเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยและชี้ขาดสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

คณะกรรมการทางปกครองโดยทั่วไป พบว่า ส่วนมากจะแต่งตั้งจากราชการโดยตำแหน่งจากส่วนราชการที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น และในกรณีที่กฎหมายต้องการบุคคลที่มีประสบการณ์และความรู้เฉพาะด้าน ก็จะแต่งตั้งบุคคลภายนอกผู้ทรงคุณวุฒิเป็นกรรมการ โดยอาจคัดเลือกมาจากเอกชนหรือบุคลากรภาครัฐก็ได้ แต่จะระบุชื่อตัวบุคคลที่ชัดเจน เพราะต้องการลักษณะเฉพาะในคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิด้วยระบบสมัครใจ อันแตกต่างจากกรรมการ

โดยตำแหน่ง และเมื่อมีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นแล้ว ระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่จะกำหนดเป็นวาระตามแต่กฎหมายนั้น ๆ จะระบุไว้ ซึ่งมีวาระที่หลากหลายเช่น 3 ปีบ้าง 4 ปีบ้าง 5 ปีบ้าง หรือ 6 ปีบ้าง หากเพื่อต้องการความมั่นคงในการทำงานก็กำหนดวาระค่อนข้างนาน หรือหากต้องการให้คณะกรรมการมีความเป็นอิสระในการทำงานจะจัดหมุนเวียนสลับเปลี่ยนกันมาทำหน้าที่ เพื่อไม่ต้องการให้ผู้มีอำนาจคนใดคนหนึ่ง หรือคณะใดคณะหนึ่งแต่งตั้งกรรมการทั้งหมดในคราวเดียวอันป้องกันการแทรกแซงการทำงาน ไม่ว่าแทรกแซงการประชุม และพิจารณามีมติในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ โดยมักจะกำหนดองค์ประชุมไว้ตามกฎหมายโดยเฉพาะ คณะกรรมการทางปกครองมีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน เช่น สภานิติการแพทย์เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ.2547 คณะกรรมการมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 1511 คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 คณะกรรมการชั่งตวงวัดเกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติมาตราชั่งตวงวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557 เป็นต้น และพบว่า คณะกรรมการทางปกครองในประเทศไทยมีอยู่เป็นจำนวนมาก เห็นว่า การนำเอาระบบคณะกรรมการมาใช้ นั้น มีข้อดีหลายประการเป็นการร่วมคิดวิเคราะห์จากบุคคลหลายฝ่าย เกิดความรอบคอบการตัดสินใจมีคุณภาพรอบด้าน อันเป็นการป้องกันการใช้อำนาจตัดสินใจตามอำเภอใจด้วยคน ๆ เดียวด้วย แต่การนำเอาระบบคณะกรรมการมาใช้ อาจมีข้อเสียอยู่บ้าง เรื่องความล่าช้าต้องใช้เวลาในการเชิญประชุม คณะกรรมการแต่ละท่านจะมีเวลาว่างไม่ตรงกัน เนื่องจาก มีงานตามภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติเป็นประจำอยู่แล้ว เกิดปัญหาการตั้งผู้แทนถาวรมาร่วมประชุม ไม่สมกับความมุ่งหมายในการตั้งกรรมการ เพราะกฎหมายต้องการกรรมการที่มีคุณสมบัติและความสามารถเฉพาะตัว ตลอดจนในการจัดการประชุมเพราะการประชุมของคณะกรรมการแต่ละครั้งมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น และต้องเสียค่าตอบแทนคณะกรรมการค่อนข้างมาก แต่อย่างไรก็ตาม แม้การมีระบบกรรมการมีข้อเสียอยู่บ้าง แต่การใช้ระบบคณะกรรมการตามที่กล่าวข้างต้นก็มีความจำเป็นและหลีกเลี่ยงไม่ได้ ปัญหาที่มีอยู่จะจัดองค์กรและมอบอำนาจหน้าที่อย่างไรให้ถูกต้องและเหมาะสมกับภารกิจมากกว่า อันเป็นเรื่องการเพิ่มประสิทธิภาพต่างหาก

จากการศึกษาในบทที่ 3 ในหัวข้อ 3.3 พบว่า โดยส่วนใหญ่คณะกรรมการในประเทศไทยไม่เพียงแต่ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการทางปกครอง เช่น กำหนดนโยบายในการดำเนินงาน ให้ความเห็น ออกกฎระเบียบเท่านั้น แต่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทสิทธิและหน้าที่ของบุคคลทางปกครองควบคู่ไปด้วย ยกตัวอย่างสภาวิชาชีพต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการควบคุมการประกอบอาชีพวิศวกรรม คณะกรรมการควบคุมการประกอบอาชีพสถาปัตยกรรม หรือคณะกรรมการข้าราชการ เช่น คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม คณะกรรมการข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม

คณะกรรมการข้าราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่าง ๆ คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ หรือ คณะกรรมการข้าราชการข้อพิพาททางปกครองที่กระทบต่อเอกชน เช่น คณะกรรมการอุทธรณ์ คณะกรรมการประกันสังคม คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น ในการจัดตั้งองค์คณะของ คณะกรรมการข้างต้น โดยทั่วไปเป็นการพิจารณาชี้ขาดแบบคณะบุคคล ประกอบด้วย คณะกรรมการแบบไตรภาคีหรือทวิภาคี คือ มีกรรมการโดยตำแหน่ง กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และ กรรมการทั่วไป ส่วนวิธีการพิจารณาเป็นไปตามที่กฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการนั้น ๆ กำหนดไว้ หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ การพิจารณาก็เป็นไปตามกฎหมายทั่วไป คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

สำหรับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น จากการศึกษาตามที่กล่าวข้างต้นพบว่า โครงสร้างของคณะกรรมการจะมีทั้งกรรมการโดยตำแหน่งและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ โดยเป็นข้าราชการผู้มีตำแหน่งหน้าที่และเงินเดือนประจำ ประกอบด้วย ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงมหาดไทย เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ส่วนกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จะคัดเลือกมาจากผู้เชี่ยวชาญหลายด้าน เช่น ด้านกฎหมาย การบริหารราชการแผ่นดิน รัฐศาสตร์ เป็นต้น เห็นว่า ที่มาของกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็มีลักษณะเดียวกับคณะกรรมการทางปกครองทั่วไป ซึ่งองค์ประกอบของคณะกรรมการใช้ระบบผสม กล่าวคือ กรรมการส่วนหนึ่งมาจากข้าราชการผู้มีตำแหน่งหน้าที่และเงินเดือนประจำ การแต่งตั้งไม่ได้ระบุชื่อตัวบุคคล เพียงแต่ระบุตำแหน่งส่วนใหญ่มักจะเป็นข้าราชการสูงสุดในหน่วยงานนั้น ตามการจำแนกโครงสร้างของส่วนราชการตามที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 ซึ่งองค์ประกอบของกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กรรมการโดยตำแหน่งส่วนหนึ่ง คือ ปลัดกระทรวงหรือตำแหน่งเทียบเท่าปลัดกระทรวง อีกส่วนหนึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งต่ำกว่านั้น แต่เป็นหัวหน้าของหน่วยงานระดับอธิบดี หรือตำแหน่งเทียบเท่าอธิบดี ในการคัดเลือกแต่งตั้งจะคัดเลือกเฉพาะบางหน่วยงาน ไม่ได้คัดเลือกและแต่งตั้งครบทุกหน่วยงานหรือครบทุกกระทรวง ส่วนใหญ่จะเป็นหัวหน้าหน่วยงานสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีโดยไม่ปรากฏเหตุผลใดเป็นพิเศษว่า เกี่ยวข้อง หรือใกล้ชิด กับการต้องปฏิบัติตามกฎหมายปกครองมากนัก ยิ่งใด เพียงแต่คณะกรรมการโดยตำแหน่งดังกล่าวอยู่ในการบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีโดยตรง ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งสิ้น ยกเว้นปลัดกระทรวงมหาดไทย แต่อย่างไรก็ตาม หน่วยงานอื่นก็มีความเกี่ยวข้องหรือใกล้ชิดกับการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน จากการศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.5 พบว่า หน้าที่ที่กฎหมายให้ต้องรับผิดชอบของกรรมการ โดยตำแหน่งจำนวน 5 ตำแหน่ง ปลัดกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่ ควบคุมบังคับบัญชาส่วนราชการในความรับผิดชอบ 7 ส่วน

ราชการ ยกเว้นสำนักงานรัฐมนตรี และกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจอีก 5 หน่วยงาน เช่นเดียวกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เพียงแต่ปลัดกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่รับผิดชอบงานประจำของกระทรวงเท่านั้น แตกต่างกับอำนาจของปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี เพียงรับผิดชอบงานประจำใน 3 ส่วนราชการ ทั้งที่มีหน่วยงานทั้งหมด 15 หน่วยงาน นอกเหนือจากนั้นอยู่ในอำนาจของนายกรัฐมนตรีทั้งหมด ส่วนเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เลขาธิการคณะรัฐมนตรี และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา มีหน้าที่ตามกฎหมายแต่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีทั้งหมดเช่นเดียวกัน

จากหน้าที่การปฏิบัติงานของกรรมการ โดยตำแหน่งดังกล่าว ส่วนหนึ่งเป็นอำนาจทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับงานที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายปกครองที่มีอยู่ในทุกกระทรวง ซึ่งตนเองเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองของหน่วยงาน และหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสูงสุดของหน่วยงานนั้นด้วย ส่วนงานอีกประเภทหนึ่ง คือ งานที่อยู่ในความรับผิดชอบตามอำนาจหน้าที่เฉพาะของแต่ละกระทรวงอันมีลักษณะแตกต่างกันไป ตามลักษณะงานของแต่ละกระทรวงซึ่งมีทุกกระทรวงเช่นกัน เห็นว่า การมีกรรมการ โดยตำแหน่ง คือ ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงมหาดไทย เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ไม่มีเหตุผลพิเศษใดอันแตกต่างในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด เช่นเดียวกับกระทรวงอื่น แต่เหตุผลในการแต่งตั้งนำมาจากความสะดวกในการสั่งการของตัวนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มากกว่าเช่น ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี เลขาธิการคณะรัฐมนตรี และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ส่วนเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน จะเกี่ยวข้องกับโครงสร้าง บุคลากรของรัฐ ในการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานของข้าราชการพลเรือนทั่วไป ซึ่งไม่ได้มีหน้าที่ความรับผิดชอบครอบคลุมองค์กรหรือข้าราชการอื่นของรัฐทั้งหมดตามที่กล่าวข้างต้น แต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น ส่วนปลัดกระทรวงมหาดไทย มีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงภายใน ซึ่งมองจากหน้าที่กฎหมายรับผิดชอบแล้ว ปลัดกระทรวงมหาดไทยอาจจะมีการออกคำสั่งทางปกครองมากกว่ากรรมการ โดยตำแหน่งอื่น ๆ แต่ก็ยังมีหน่วยงานอื่นที่มีหน้าที่ดังกล่าวร่วมอีกเช่นกัน แต่ไม่ได้คัดเลือกเป็นคณะกรรมการ ประการสำคัญเมื่อกรรมการ โดยตำแหน่งดังกล่าว ตนเองเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองของหน่วยงาน และหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสูงสุดของหน่วยงานนั้นด้วย หากมีการให้ความเห็น หรือคำแนะนำตามมติของคณะกรรมการทั้งหมด ย่อมขัดต่อสภาพความเป็นกลาง ในการทำหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นอยู่ด้วย และย่อมโน้มเอียงให้กรรมการอื่นเห็นด้วยกับตน เพราะเป็นปัญหาที่ตนได้พิจารณามาแล้วอันเกิดปัญหากระทบต่อความเป็นอิสระ ความโปร่งใสของการจัดตั้งองค์กร ยิ่งหากมีการเสนอแนะปรับปรุงกฎหมาย

หากให้คณะกรรมการโดยตำแหน่ง ยิ่งจะเป็นอุปสรรคในการเสนอกฎหมาย เพราะปกติหน่วยงานจะไม่มีทางเสนอกฎหมายเพื่อสร้างภาระให้กับหน่วยงานของตนเอง แต่จะเสนอแนะออกกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาอุปสรรคกับหน้าที่ในความรับผิดชอบของตนให้เกิดความสะดวกมากกว่า และข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่ง พบว่า คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองโดยตำแหน่ง ในการประชุมส่วนใหญ่จะมีการแต่งตั้งผู้แทนถาวรเข้าร่วมประชุม เนื่องจากติดภารกิจกับงานที่ต้องรับผิดชอบในกระทรวงของตนและมีหน้าที่ต้องประชุมกับคณะกรรมการอื่นที่มีจำนวนมาก อีกทั้งเรื่องเข้าสู่การพิจารณาตนเองได้เสนอให้คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นอาจทำให้กรรมการอื่นเกิดความเกรงใจและการทำหน้าที่ไม่เป็นอิสระมากนัก เพราะการเสนอความเห็นหรือลงมติใดไป ย่อมกระทบกับการปฏิบัติราชการของหน่วยงานอันอยู่ในความรับผิดชอบของกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองอื่น

จากการศึกษาระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน พบว่า การบริหารราชการแผ่นดินไทย มีการจัดโครงสร้างเป็นสามส่วนใหญ่ๆ คือ การบริหารราชการส่วนกลาง มีการสงวนอำนาจตัดสินใจขั้นสุดท้ายไว้ที่ส่วนกลาง ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาต อนุมัติ การระงับ การแก้ไข การเพิกถอนการกระทำต่าง ๆ ในทุกกิจกรรม และครอบคลุมทุกพื้นที่ของประเทศ ส่วนการบริหารราชการส่วนภูมิภาค เป็นตัวแทนของราชการส่วนกลาง ในการปฏิบัติภารกิจตามกฎหมายและตามที่ได้รับมอบหมายจากส่วนกลาง โดยราชการส่วนกลางมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาการปฏิบัติงาน และเป็นจุดเชื่อมต่อระหว่างการบริหารราชการส่วนกลางกับราชการส่วนท้องถิ่น ส่วนการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น รับผิดชอบการทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประชาชนตามกฎหมายในท้องถิ่นนั้นๆ อันเป็นการลดภาระของราชการส่วนกลาง โดยราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค เพียงมีหน้าที่กำกับดูแลให้ปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น แต่การปฏิบัติงาน และการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ยังขาดเอกภาพซึ่งเป็นปัญหาในการกำกับดูแลอีกเช่นกัน

เห็นว่า การกำหนดรูปแบบ เนื้อหา กลไก วิธีการ และแนวทางการบริหารราชการแผ่นดินตามที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ราชการส่วนกลาง ยังเป็นศูนย์กลางการใช้อำนาจของรัฐทั้งหมด เพียงแต่มอบหมายหน้าที่ให้ราชส่วนภูมิภาค และราชส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ปฏิบัติ โดยราชการส่วนกลาง ยังใช้อำนาจสั่งการจากราชการส่วนกลางสู่ราชส่วนภูมิภาค และราชส่วนท้องถิ่นให้กระทำการใดหรือไม่กระทำการใด ตามแต่ความประสงค์ของราชการส่วนกลาง เพียงแต่เรียกชื่อแตกต่างกันไปว่า บังคับบัญชา และกำกับดูแลแล้วแต่กรณี แต่ในทางกลับกัน เมื่อราชส่วนภูมิภาคและราชส่วนท้องถิ่น ได้กระทำการใดตามที่ราชการส่วนกลางสั่งการแล้ว ในการควบคุมตรวจสอบจะเริ่มต้นเมื่อมีการรายงาน การร้องเรียน การอุทธรณ์ตามกฎหมาย ขึ้นไปจากราชส่วนท้องถิ่นไปยังราชส่วนภูมิภาคขึ้นสู่ราชการส่วนกลาง และมีลักษณะหมุนเวียนเช่นนี้ตามลำดับชั้นในทุกภารกิจ

ของรัฐ เพื่อตัดสินใจ ประเมิน ติดตาม วางแนวทาง แก้ไข ปรับปรุงในการกระทำต่าง ๆ ของ ราชส่วนภูมิภาค และราชส่วนท้องถิ่นที่จะเกิดขึ้นต่อไป จากลักษณะการบริหารราชการแผ่นดิน ดังกล่าว เมื่อเกิดปัญหาการปฏิบัติงาน ในราชการภูมิภาค และราชส่วนท้องถิ่นเกิดความล่าช้าในการตัดสินใจ เพราะต้องรอให้ราชการส่วนกลางสั่งการในปัญหานั้นก่อน ยิ่งหากเป็นการพิจารณาทำ คำสั่งทางปกครอง ราชการภูมิภาค และราชส่วนท้องถิ่นจะต้องหารือราชการส่วนกลางก่อนจะตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง หากเรื่องนั้นราชการส่วนกลางไม่มีแนวทางปฏิบัติมาก่อน หรือแม้ จะมีแนวทางปฏิบัติมาก่อนแต่เกิดปัญหา ไม่อาจใช้ดุลพินิจตัดสินใจได้ ก็ต้องรอการสั่งการจาก ราชการส่วนกลาง ยิ่งมีการตัดสินใจล่าช้า ความเสียหายย่อมเกิดกับประชาชนมากขึ้นไปอีก หนทาง ที่ดีที่สุดคือการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดกับประชาชนต่างหาก

ในปัจจุบัน เมื่อมีการบริหารราชการในจังหวัดแบบบูรณาการ ให้อำนาจผู้ว่าราชการ จังหวัดตัดสินใจมากขึ้น และจากการศึกษาอำนาจหน้าที่ของราชการภูมิภาค และราชส่วนท้องถิ่น เกิดขึ้นตามกฎหมายหลายฉบับ มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างออกไปตามอำนาจของราชการนั้นตาม ความแตกต่างของพื้นที่ อันเป็นการใช้อำนาจกระทบต่อประชาชนมากที่สุด ทั้งจังหวัด อำเภอ เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หากมี การป้องกันการกระทำก่อนความเสียหายจะเกิดขึ้น ย่อมเป็นการประกันประชาชนได้ดีที่สุด หรือ ถึงแม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นแล้ว หากมีการแก้ไขปัญหอย่างรวดเร็วย่อมเยียวยาความเสียหายให้ เหลือน้อยที่สุดเช่นเดียวกัน ดังได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 ว่า เครื่องมือในการกระทำของฝ่ายปกครอง มากที่สุด คือ การออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมกระทบและสร้าง ความเสียหายกับประชาชนมากที่สุดเช่นเดียวกัน ทำให้มีปัญหาการอุทธรณ์โต้แย้งต่อองค์กรต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก จากสถิติที่ได้จากการศึกษามีการฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง เริ่มตั้งแต่ตั้งศาล ปกครองใน พ.ศ. 2542 ถึงปัจจุบัน ณ วันที่ 31 มีนาคม 2563 มีจำนวนมาก¹ ย่อมสะท้อนความ บกพร่องในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้เป็นอย่างดี และจากการสัมภาษณ์ผู้ปฏิบัติงานใน ราชการส่วนภูมิภาคและราชส่วนท้องถิ่น พบว่า ยังไม่มีองค์กรใดช่วยตรวจสอบถ่วงดุล ส่งเสริม สนับสนุน หรือแบ่งเบาภาระ ในการทำคำสั่งทางปกครองของราชการภูมิภาคและราชส่วนท้องถิ่น ได้จริง แม้จะมีราชการส่วนกลางคอยสั่งการ แต่มีลักษณะคอยควบคุมสั่งการมากกว่าคอยช่วยเหลือ

¹ คดีรับเข้าทั้งหมด ศาลปกครองสูงสุด 47,855 คดี ศาลปกครองกลาง 52,799 คดี ศาลปกครองเชียงใหม่ 8,495 คดี ศาลปกครองสงขลา 6,918 คดี ศาลปกครองนครราชสีมา 8,916 คดี ศาลปกครองขอนแก่น 9,585 คดี ศาลปกครองพิษณุโลก 5,913 คดี ศาลปกครองระยอง 5,538 คดี ศาลปกครองนครศรีธรรมราช 6,054 คดี ศาล ปกครองอุดรธานี 3,504 คดี ศาลปกครองอุบลราชธานี 5,133 คดี ศาลปกครองเพชรบุรี 1,737 คดี ศาลปกครอง นครสวรรค์ 943 คดี ศาลปกครองสุพรรณบุรี 181 คดี ศาลปกครองภูเก็ต 427 คดี และศาลปกครองยะลา 385 คดี

แบ่งเบาภาระ จึงทำให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง และได้แย้งต่อศาลปกครองจำนวนมาก และในสภาพการบริหารราชการแผ่นดินปัจจุบัน ภารกิจตามที่กฎหมายกำหนดมีจำนวนมาก เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจไม่อาจพิจารณาให้คำสั่งทางปกครองเกิดความรอบคอบได้ เพราะบางกรณีเกิดความเร่งด่วนต้องปฏิบัติโดยทันที หากล่าช้าจะเกิดความเสียหายต่อประชาชนในการทำคำสั่งทางปกครอง แม้จะมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในการให้คำแนะนำ ปรีกษาหารือการบังคับใช้กฎหมายปกครอง รวมทั้งปัญหาการทำคำสั่งทางปกครอง แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อยู่ในราชการส่วนกลาง การจะคอยให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าว แนะนำ รับปรึกษามีขั้นตอน และใช้เวลานาน เพราะต้องรับผิดชอบองค์กรของรัฐทุกหน่วยงาน ครอบคลุมทุกพื้นที่ ในการบังคับใช้กฎหมายปกครองกว่าคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะตอบข้อหารือ ให้คำแนะนำ ระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้สิ้นสุดลงแล้วเห็นว่า หากมีองค์กรที่เป็นกลาง และอิสระตั้งอยู่ในส่วนภูมิภาค ย่อมเป็นการแบ่งเบาภาระ ช่วยเหลือ ส่งเสริม การออกคำสั่งทางปกครองในส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่บุคลากรในองค์กรต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ ความสามารถจริง ๆ และต้องไม่เป็นข้าราชการ เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ ผู้บริหารส่วนท้องถิ่น หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองมาเป็นบุคลากร

จากการศึกษาองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการช่วยเหลือ แนะนำ ตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศในหัวข้อ 3.3.1 พบว่า ประเทศอังกฤษมีสภากรรมการ เพื่อดูแล ให้คำแนะนำแก่องค์กรวินิจฉัย ข้อพิพาทที่มีอยู่จำนวนมากให้มีการดำเนินงานที่ได้มาตรฐานเพื่อความ เป็นธรรม และเป็นกลาง กำหนดให้มีแนวทางวิธีปฏิบัติแก่คณะกรรมการเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาจัดตั้งองค์กรคณะกรรมการที่เรียกว่า ไทรบูนัลส์ (Tribunals) สภา กรรมการของสหราชอาณาจักร จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและการไต่สวน ค.ศ. 1958 และแก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับ ค.ศ. 1992 โครงสร้างของคณะกรรมการมีจำนวน 16 คน ประกอบด้วย ประธานสภาแห่งกรรมการ หัวหน้าผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา และสมาชิกของสภาแห่งกรรมการ อีก 14 คน มาจากอาชีพต่าง ๆ ได้แก่ ผู้พิพากษา นักกฎหมาย นักวิชาการด้านกฎหมายและนโยบายสังคม ประชาชนที่มีประสบการณ์ด้านปกครองท้องถิ่น นักบัญชี เจ้าหน้าที่สหภาพการค้า ข้าราชการบำนาญฝ่ายพลเรือน และประชาชนอาชีพอื่นที่มีประสบการณ์เป็นประโยชน์กับสภากรรมการ โดยงานสำนักงานประมุขฝ่ายตุลาการ ทำหน้าที่เป็นเลขานุการและรับผิดชอบงานธุรการให้กับสภากรรมการ ซึ่งใกล้เคียงกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาของ ไทย ที่ทำหน้าที่เป็นเลขานุการและรับผิดชอบงานธุรการให้กับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง การแต่งตั้งประธานสภากรรมการอาจได้รับแต่งตั้งจากประมุขฝ่ายตุลาการ หรือรัฐมนตรี

โดยได้รับความเห็นชอบจากประมุขฝ่ายตุลาการ ส่วนสมาชิกของสภากรรมการได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรี แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ ได้รับการแต่งตั้งจากคณะรัฐมนตรี

ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีสถาบัน Médiateur ในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบไม่อาจผูกขาดโดยองค์กรใดเพียงองค์กรหนึ่งเท่านั้น ในการจัดโครงสร้างองค์กร และการทำหน้าที่ใช้หลักประกันความอิสระ พิจารณาได้จากที่มาของการแต่งตั้ง ความมั่นคงในการดำรงตำแหน่ง และการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ บุคคลที่ดำรงตำแหน่งในสถาบัน ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี คล้ายกับ Commission Paliamentary ของประเทศอังกฤษ และได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหาร คือ ความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเหมือนคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละหกปี ไม่อาจได้รับการแต่งตั้งได้อีก เมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว Médiateur เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผลให้การกระทำใด ๆ ของ Médiateur อยู่ในการตรวจสอบของ Conseil d'État คือ ศาลปกครองด้วย แต่การปฏิบัติหน้าที่ของ Médiateur ไม่อยู่ภายใต้บังคับใด ๆ จากรัฐบาล เห็นว่า ย่อมเป็นหลักประกันความอิสระจากฝ่ายบริหารดีกว่าคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพราะมีกรรมกรโดยตำแหน่งเป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองด้วย คณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยประธาน Conseil d'État ประธานศาลบัญชีกลาง โดยข้อเสนอของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

ราชอาณาจักรสวีเดน มีออมбудสแมน (Ombudsman) ในรูปแบบคณะกรรมการจำนวน 4 คน โดยคนหนึ่งเป็นหัวหน้า มีหน้าที่เป็นผู้รับผิดชอบประสานงานและจัดการในสำนักงานอมбудสแมน แต่ละคนจะถูกกำหนดอำนาจหน้าที่ ให้กำกับดูแลราชการเฉพาะส่วนแยกจากกัน โดยการจัดทำคู่มือการปฏิบัติงาน เป็นหน้าที่หัวหน้าอมбудสแมน โดยปรึกษาหารือกับผู้แทนของรัฐสภา คู่มือการปฏิบัติงาน กำหนดให้หัวหน้า ออมбудสแมน รับผิดชอบเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร การบังคับคดี ราชการพลเรือนทั่วไป ออมбудสแมนอีก สามคนรับผิดชอบกระบวนการยุติธรรม คือ ศาล อัยการ ราชทัณฑ์ ตำรวจ การปกครอง ราชการส่วนท้องถิ่น ราชการทหาร สวัสดิการและการศึกษา สำนักงานของอมбудสแมน เป็นหน่วยงานสังกัดรัฐสภา คล้ายกับผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาของไทยในอดีต ซึ่งเปลี่ยนชื่อเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีอำนาจคล้ายกับ Administrative Agency ของสหรัฐอเมริกา เพียงแต่ทำความเข้าใจ เสนอแนะ และออกคำวินิจฉัยเบื้องต้น อำนาจวินิจฉัยสั่งการอยู่ที่องค์กรฝ่ายปกครอง ส่วนองค์กรที่ควบคุม Administrative Agency คือ Administrative Conference ซึ่งคล้ายกับการที่สภากรรมการของประเทศอังกฤษ

ควบคุมการทำหน้าที่ของไทรบูนัลส์ ในการให้คำปรึกษา เสนอแนะต่าง ๆ รวบรวมข้อมูล สถิติ สดุดท้ายไม่ว่า Administrative Agency ไทรบูนัลส์ จะต้องถูกควบคุมตรวจสอบ โดยศาลเสมอ กรรมการทั้งสองแบบมีวาระสามปี ตัวประธานจะทำงานเต็มเวลา โครงสร้างของคณะกรรมการ ที่ เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ตามที่กล่าวมา ทั้งหมดข้างต้น ไม่มีคณะกรรมการโดยตำแหน่งเป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการ

สำหรับประเทศไทยมีการจัดตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยให้นายกรัฐมนตรีเป็น ประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยตำแหน่ง มีอำนาจหน้าที่ดูแลกิจการทั่วไปของคณะกรรมการ กฤษฎีกา ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นกรรมการกฤษฎีกาโดยตำแหน่ง กรรมการ กฤษฎีกามีวาระดำรงตำแหน่งคราวละสามปี ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการกฤษฎีกาต้องเป็นผู้มี ความเชี่ยวชาญ ในทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์หรือการบริหารราชการ แผ่นดิน ปัจจุบันคณะกรรมการกฤษฎีกา มีการจัดองค์กรเป็น 4 คณะ คือ กรรมการร่างกฎหมาย กรรมการพัฒนากฎหมาย กรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง และกรรมการพิจารณาปรับปรุง กฎหมาย มีการแบ่งหน้าที่ต่าง ๆ กันในแต่ละคณะ

ส่วน โครงสร้างคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย แม้เป็นองค์กร หนึ่งอยู่ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่มีการโครงสร้างไม่เหมือนกับคณะกรรมการของ ต่างประเทศตามที่กล่าวข้างต้น โดยประยุกต์ขึ้นมาจากแนวทางของสภากรรมการของสหราชอาณาจักร ที่ช่วยประสานดูแลทางวิชาการให้แก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Tribunals) และจัด ประชาพิจารณา (Inquiries) แต่คณะกรรมการประกอบจากผู้แทนหน่วยงานของรัฐ ระดับ ปลัดกระทรวง หรืออธิบดีหรือเทียบเท่า จำนวน 6 คน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ อีกไม่เกิน 9 คน

ดังนั้น จากที่กล่าวมาทั้งหมด รูปแบบการขยายทั้งหมด แต่ละประเทศมีข้อดีข้อด้อย บางประเทศมีความเหมาะสมแก่การแก้ไขข้อบกพร่องในการปฏิบัติราชการบางลักษณะ ใน ขณะเดียวกันก็ไม่สามารถ หรือไม่เป็นผลดีสำหรับความบกพร่องในลักษณะอื่น ดังนั้น ประเทศ ต่างๆ จึงไม่ได้มีมาตรการใดแต่เพียงมาตรการเดียว แต่ผสมผสานวิธีการต่าง ๆ ตามแต่จะเห็นว่า เหมาะสม แก่สภาพความบกพร่องที่เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ เมื่อเปรียบเทียบกับคณะกรรมการที่ เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองของไทย ส่วนใหญ่จะเป็นกรรมการทางปกครอง มีหน้าที่กำหนด นโยบาย เสนอกฎหมาย และเป็นกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอยู่ในชุดเดียวกัน ทำให้มี กรรมการทั้งกรรมการ โดยตำแหน่ง และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิรวมอยู่ปะปนกัน แต่คณะกรรมการ วิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่มีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอย่างกรรมการทั่วไป จึงไม่อาจนำ โครงสร้างหรือนำรูปแบบกรรมการตามที่กล่าวข้างต้น มาใช้ได้ ซึ่งสอดคล้องกับองค์กรในรูปของ คณะกรรมการต่างประเทศ ไม่ว่า สภากรรมการของสหราชอาณาจักร Médiateur ในสาธารณรัฐ

ฝรั่งเศส หรือ Administrative Agency ของสหรัฐอเมริกา หรือราชอาณาจักรสวีเดน ที่มีออมبودสแมนที่ไม่มีกรรมการโดยตำแหน่ง

จากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่า จุดประสงค์ของการจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ต้องการให้มีลักษณะเป็นองค์กรที่มีความชำนาญทางด้านกฎหมายมหาชน ในฐานะเป็นองค์กรตรวจสอบภายในฝ่ายปกครององค์กรหนึ่ง ที่เป็นกลางและเป็นอิสระ นอกเหนือจากองค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน เพื่อช่วยเหลือดูแลให้คำปรึกษา แนะนำ ให้ข้อมูลทางวิชาการ แก่หน่วยงานของรัฐทั้งหลาย ตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานปรัชญาของกฎหมายเฉพาะด้าน โดยมีกองพัฒนาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นหน่วยงานวิชาการและธุรการ ทำหน้าที่เป็นเลขานุการคณะกรรมการ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง พัฒนามาจากสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ในสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐมีคณะกรรมการ ที่มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองรวมอยู่ด้วยกับคณะกรรมการที่ปรึกษาทางกฎหมายของรัฐบาล ทำให้การพัฒนากฎหมายปกครองก้าวหน้า และเป็นเนื้อเดียวกันอย่างมาก

ประเทศไทยได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นต่างหาก แยกออกมาจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่แต่เดิมมีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองด้วย แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดในการให้คำแนะนำ ปรึกษาด้านกฎหมายอยู่ในองค์กรเดียวเหมือนอย่างสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทำให้การพัฒนาหลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองไม่เป็นทิศทางเดียวกัน แม้ว่าจะมีคณะกรรมการวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้น ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อทำหน้าที่สอดส่องดูแล และให้คำปรึกษา คำแนะนำกับหน่วยงานของรัฐทุกองค์กร ในการแก้ไขข้อขัดข้องทางกฎหมายปกครอง แต่โครงสร้างของคณะกรรมการดังกล่าว คณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรด้านให้คำปรึกษามีเพียงคณะเดียว แม้จะมีฝ่ายเลขานุการแบ่งทำหน้าที่เฉพาะเรื่อง ทำให้การทำหน้าที่ไม่ครอบคลุม ปัญหาของหน่วยงานราชการที่มีจำนวนมาก ประกอบกับองค์ประกอบคณะกรรมการประกอบด้วยข้าราชการประจำตำแหน่ง ที่เป็นข้าราชการระดับปลัดกระทรวง ซึ่งเป็นหัวหน้าสูงสุดของข้าราชการประจำในฝ่ายปกครองจำนวน 6 คน สภาพปัญหาในการปฏิบัติงานในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการประจำตำแหน่งดังกล่าว ส่วนใหญ่จะมีผู้แทนในประชุมร่วมของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกือบทุกครั้ง และไม่ได้นั่งทำงานประจำในฐานะคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งไม่เต็มเวลา เพราะมีงานสองฐานะ คือ เป็นข้าราชการประจำตามกระทรวงที่ตนสังกัด อีกฐานะเป็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทำให้ไม่สามารถอุทิศเวลาการทำงานเต็มที่ ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการจัดตั้งองค์กรตามที่กำหนดไว้

คณะกรรมการปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าวข้างต้น ได้ประยุกต์มาจากสภาคณะกรรมการของ สหราชอาณาจักร แต่ในสภาคณะกรรมการมีโครงสร้างของคณะกรรมการที่มีมาจากอาชีพต่าง ๆ ได้แก่ ผู้พิพากษา นักกฎหมาย นักวิชาการด้านกฎหมายและนโยบายสังคม ประชาชนที่มีประสบการณ์ด้านปกครองท้องถิ่น นักบัญชี เจ้าหน้าที่สหภาพการค้า ข้าราชการ บำนาญฝ่ายพลเรือน และประชาชนอาชีพอื่นที่มีประสบการณ์เป็นประโยชน์กับสภากรรมการ โดยงานสำนักงานประมุขฝ่ายตุลาการทำหน้าที่เป็นเลขานุการ และรับผิดชอบงานธุรการให้กับสภากรรมการซึ่งแตกต่างจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และสภากรรมการให้ความสำคัญกับการกำหนดคุณสมบัติของคณะกรรมการ เพราะต้องอาศัยความรู้ประสบการณ์เฉพาะด้านในการบริหาร และผลการวินิจฉัยก่อให้เกิดประโยชน์ในการสร้างบรรทัดฐานที่ดีในกฎหมายปกครอง สามารถแก้ไขปัญหาการบริหารได้ระดับหนึ่ง

ดังนั้น โครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ใกล้เคียงกับอย่าง สภากรรมการ จึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับภารกิจของหน่วยงานราชการไทยที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง ทั้งอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ระดับบุคคล และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายเฉพาะเรื่องที่มีจำนวนมากได้อย่างแท้จริง เพราะสภากรรมการมีหน้าที่สอดคล้อง ดูแลให้คำปรึกษาเฉพาะคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายเท่านั้น แม้จะมีมากกว่า 2,000 คณะก็ตาม การที่มีปัญหาทางด้านโครงสร้าง เช่น จำนวนคณะกรรมการ การจัดตั้งหน่วยงานในคณะเดียว ย่อมมีปัญหาในด้านประสิทธิภาพและกระทบต่อสิทธิประชาชน การมีโครงสร้างคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เหมาะสม ไม่เพียงแต่หน้าที่ให้คำปรึกษาปัญหาการปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังต้องพัฒนาและเสนอแนะการแก้ไขกฎหมายปกครองอีกด้วย น่าจะแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ได้ดียิ่งขึ้น

สำหรับคณะกรรมการออมบุดสแมนประเทศอื่น ๆ นำรูปแบบของราชอาณาจักรสวีเดน ไปประยุกต์ใช้ดังที่กล่าวแล้วข้างต้น บ้างก็ยังเรียกคณะกรรมการออมบุดสแมนเช่นเดิม แต่ประยุกต์ใช้ในเนื้อหา ซึ่งหากมีการนำแนวทางของคณะกรรมการต่าง ๆ ที่กล่าวข้างต้น มาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย น่าจะทำให้การควบคุมการกระทำทางปกครองไทยมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพราะขณะนี้จากข้อเท็จจริงกฎหมายกำหนดให้เฉพาะทบวงการเมืองหรือเท่านั้น และไม่สอดคล้องกับการฟ้องคดียังศาลปกครองในแต่ละปีเป็นจำนวนมาก

จากสถิติในปีที่ผ่านมาหน่วยงานทางปกครองมีการขอปรึกษาหารือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองน้อยมาก ทั้งที่ฝ่ายปกครองมีภารกิจในขอบเขตกฎหมายปกครองหลายฉบับ จากสถิติดังกล่าว ย่อมสะท้อนปัญหาของคณะกรรมการชุดนี้เช่นกัน ทำให้ประสิทธิภาพการปฏิบัติหน้าที่ได้เพียงระดับหนึ่ง รวมทั้งขั้นตอนพิจารณาให้ความเห็นมีหลายขั้นตอน ตั้งแต่เรียก

หน่วยงานที่หาหรือมาชี้แจง ส่งเอกสาร และนัดประชุม ต้องใช้เวลานาน ทำให้เกิดปัญหาอุปสรรคหลายด้าน ไม่สอดคล้องต่อการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายปกครองให้มีประสิทธิภาพ การสร้างกลไกในการปฏิบัติหน้าที่ให้กับคณะกรรมการดังกล่าว ให้มีความรวดเร็ว ทันต่อความต้องการของฝ่ายปกครอง เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งคณะกรรมการปรึกษาหารือของสาธารณรัฐฝรั่งเศส อยู่หน่วยงานเดียวกับศาลปกครองสูงสุด คือ สภาแห่งรัฐ แบ่งเป็นสองแผนก คือ แผนกวินิจฉัยคดี และแผนกเป็นที่ปรึกษา แนะนำให้ความเห็นแก่หน่วยงานของรัฐ ซึ่งทั้งสองแผนก สามารถแลกเปลี่ยนหมุนเวียนกันปฏิบัติหน้าที่ได้ ทำให้ความเห็นของคณะกรรมการที่ปรึกษา และคำวินิจฉัยของศาลจะไม่ขัดแย้งกัน แสดงให้เห็นถึงความเป็นเอกภาพวิสัยทัศน์ หรือกรณีสภาแห่งกรรมการของอังกฤษที่เป็นต้นแบบของประเทศไทยในขณะนี้ การขยายโครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองครอบคลุมทุกพื้นที่ อยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการชุดใหญ่ เพื่อเป็นที่ปรึกษาให้แก่ฝ่ายปกครองในระดับจังหวัด รวมถึงขยายขอบเขตให้คำปรึกษาแก่ประชาชนในทางปกครองด้วยเพื่อให้เกิดความรวดเร็ว ชัดเจน และเกิดความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง และประชาชน ซึ่งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะทำหน้าที่ที่ดีได้ในอนาคต เพราะความผิดพลาดของการกระทำทางปกครองส่วนใหญ่เกิดขึ้น ในขั้นตอนก่อนทำนิติกรรมทางปกครอง หรือในขั้นตอนการพิจารณาวินิจฉัยก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หากสามารถสร้างกลไกของกฎหมายควบคุม เพื่อป้องกันการกระทำผิดพลาดในขั้นนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพย่อมสามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เป็นอย่างดี

ดังนั้น แม้การจัดองค์ประกอบกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะสอดคล้องต่อโครงสร้างการบริหารราชการไทยทางรูปแบบ แต่ในการควบคุมตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครอง ยังมีปัญหาการจัดโครงสร้างที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในการบริหารราชการแผ่นดินตามเนื้อหาดังกล่าวข้างต้น ซึ่งจะได้เสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป ไม่ว่าจะการเพิ่มโครงสร้างกรมการระดับจังหวัด เพื่อพัฒนารูปแบบ และเสริมประสิทธิภาพ ในการบังคับใช้กฎหมายปกครองและควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ไปสู่พื้นที่ภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น

4.4.2 วิเคราะห์ปัญหาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

ในหัวข้อนี้ต้องการวิเคราะห์ว่า อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สอดคล้องกับหลักการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือไม่

จากการศึกษาหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎหมายในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1 พบว่า การควบคุมในทางปกครอง หมายถึง การตรวจสอบประการหนึ่ง และการเยียวยาโดยฝ่ายปกครองประการหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นได้สองช่วงเวลาในการควบคุมสองลักษณะ คือ การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนฝ่ายปกครองได้กระทำการว่า ดีหรือไม่ดี ถูกต้องหรือไม่ถูกต้องประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง คือ การควบคุมในลักษณะแก้ไขความผิดพลาด ในการเยียวยาความเสียหายแก่ประชาชน ซึ่งเป็นการควบคุมภายหลังการกระทำ โดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด

การควบคุมตรวจสอบก่อนการกระทำ หมายถึง การควบคุมตรวจสอบก่อนที่ฝ่ายปกครองจะทำคำสั่งทางปกครอง เช่น การขอความเห็นชอบจากหน่วยงานอื่นก่อน การได้รับอนุมัติจากหน่วยงานอื่นก่อน การให้หน่วยงานอื่นเสนอแนะก่อนจะเกิดคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานอื่นนั้นจะอยู่ในสายการบังคับบัญชาเดียวกันหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ แต่กฎหมายให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจตรวจสอบก่อนจะเกิดคำสั่งทางปกครอง หรืออาจเป็นการตรวจสอบของผู้บังคับบัญชาตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินในลักษณะการสั่งการภายในฝ่ายปกครองในรูปแบบของหนังสือเวียนหรือกำหนดแนวทางปฏิบัติ ซึ่งได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 4.1.1

ส่วนการควบคุมตรวจสอบหลังเกิดสั่งทางปกครองแล้วนั้น มีรูปแบบที่แตกต่างกันไป หมายถึงทั้งการควบคุมตรวจสอบภายหลังการกระทำจากองค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน เช่น การร้องเรียนหรือกำหนดรูปแบบรายงานเหนือขึ้นไปต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการนั้น หรือการอุทธรณ์ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะการอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการต่าง ๆ ส่วนการควบคุมตรวจสอบภายหลังการกระทำจากองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะ รัฐสภา องค์กรอิสระ องค์กรศาลที่ต้องการคุ้มครองประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง เช่น การร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน การร้องเรียนโดยตรงต่อนายกรัฐมนตรี การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เป็นต้น สำหรับการควบคุมของศาลปกครอง เป็นการเยียวยาขององค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า ควบคุม เพราะศาลไม่ใช่องค์กรฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาฝ่ายปกครอง แต่เป็นองค์กรเป็นกลางปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรใด ซึ่งมีอำนาจเยียวยาภายหลังจากการกระทำเกิดขึ้น และมีผลเสียหายเกิดขึ้นแล้วจึงใช้คำว่า ตรวจสอบ กับการกระทำของฝ่ายปกครอง

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ถือเป็นการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง เนื่องจากเป็นองค์กรอยู่ภายใต้การกำกับดูแล และการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหาร ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ มีหน้าที่ทั้งก่อนที่ฝ่ายปกครองจะทำคำสั่งทางปกครอง และควบคุมตรวจสอบภายหลังเกิดคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ในลักษณะการให้คำแนะนำ

ปรึกษาให้ความเห็น และควบคุมโดยสร้างบรรทัดฐานให้มีผลต่อไปในอนาคต โดยเป็นหน่วยงานกลางในการเสนอแนะออกกฎหมาย ตามปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบในลักษณะรูปแบบองค์กรในภาพรวมในทุกองคาพยพที่ใช้ อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการคานและถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรภายในฝ่ายบริหาร ส่วนการควบคุมตรวจสอบตามลักษณะเนื้อหา นั้น องค์กรดังกล่าวสามารถควบคุมตรวจสอบได้ทั้งวิธีการทำคำสั่งและการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ตามที่ศึกษาในบทที่ 2 ในหัวข้อ 2.2 พบว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางวิธีบัญญัติคือความบกพร่องในความสามารถ วิธีพิจารณา และแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นความไม่ชอบด้วยวิธีการในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนการควบคุมตรวจสอบความชอบทางด้านเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครอง เป็นการควบคุมตรวจสอบความบกพร่องในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และเหตุจูงใจ ที่เป็นเหตุผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักการที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบกรณีนี้ เริ่มต้นตั้งแต่ การควบคุมตรวจสอบข้อเท็จจริง โดยใช้หลักดุลพินิจในการพิสูจน์ความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริง การใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบความเหมาะสมของข้อเท็จจริง หลังจากนั้น เป็นการควบคุมตรวจสอบการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย ทั้งการควบคุมตรวจสอบการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และการควบคุมตรวจสอบการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายนั้นว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ อันเป็นการควบคุมตรวจสอบตามหลักนิติวิธีในการตีความกฎหมายมหาชน หลักประโยชน์ส่วนรวม และหลักความได้สัดส่วนระหว่างหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กับการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐฝ่ายปกครองคงได้วิเคราะห์แล้ว

จากที่กล่าวมาข้างต้น ในการควบคุมตรวจสอบวิธีการทำคำสั่งทางปกครอง และการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง จะต้องใช้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมในภาพใหญ่ ตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 ในหัวข้อ 2.3.3 หัวข้อ 2.3.4 และหัวข้อ 2.3.7 อันเป็นหลักการประกันความชอบธรรมทางปกครองของการทำคำสั่งทางปกครองทั่วไป ส่วนหลักการประกันความชอบธรรมทางปกครองของการทำคำสั่งทางปกครองพบว่า กฎหมายประกันความชอบธรรมทางปกครองของการทำคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งครอบคลุมรายละเอียด ทั้งในส่วนของวิธีการและเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 และ

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อันเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ในการทำคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะ (ดูรายละเอียดในภาคผนวก ข.) และยังมีหลักกฎหมายทั่วไปตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 2.3.13 ด้วย เช่น หลักความเสมอภาค หลักสุจริต หลักความเป็นกลาง หลักการรับฟังความสองฝ่าย หลักการใช้ดุลพินิจ ในการหยิบนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบ ให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงของการทำคำสั่งทางปกครองในแต่ละเรื่อง

ดังนั้น จากที่กล่าวทั้งหมดข้างต้น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้ ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง เพราะคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีหน้าที่ให้คำปรึกษา แนะนำ สอดส่อง ดูแลให้ถูกต้องตามหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการต่างประเทศที่ควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครองใน แต่ละประเทศมีชื่อเรียกและยังมีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน ดังนี้

สถาบัน Médiateur ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีอำนาจควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างประชาชนกับหน่วยงานของรัฐ หน่วยท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ รวมถึงองค์กรเอกชนที่ทำงานในการบริการสาธารณะ ที่ไม่ชอบ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ล่าช้า บกพร่องต่าง ๆ ยกเว้น การปฏิบัติงานของรัฐสภาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ เห็นว่า อำนาจหน้าที่ของ Médiateur มีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แม้จะจำกัดอำนาจให้พิจารณาระหว่างรัฐกับประชาชน ผู้อยู่ภายใต้ปกครองเท่านั้น แต่ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ พ้นจากหน้าที่แล้ว Médiateur ก็รับเรื่องพิจารณาได้

ส่วนสภากรรมการของสหราชอาณาจักร มีการกำหนดแนวทางการดำเนินงานที่เป็นอิสระ และมีความใกล้ชิดกับฝ่ายปกครองมาก เพราะมีอำนาจหน้าที่ สอดส่องดูแลการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคณะต่าง ๆ ตามบัญชีรายชื่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและการไต่สวน ให้คำแนะนำ และปรึกษาแก่คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความ ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติงานและการไต่สวน โดยชี้แจงแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง เช่น ข้อขัดข้องในการพิจารณาและวินิจฉัยล่าช้า ให้ความรู้ทางวิชาการ กำหนดคุณสมบัติของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท คณะกรรมการของสภากรรมการจะจัดประชุมประจำเดือน เพื่อพิจารณาปัญหาและลงมติแนวทางแก้ไข และอาจเชิญข้าราชการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องพิจารณาเข้าร่วมประชุม มีการจัดตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษา ที่เป็นงานชำนาญการเฉพาะทางเช่น คณะกรรมการดูแลให้คำปรึกษา คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการประกันสังคม คณะกรรมการที่ดินและทรัพย์สิน

จัดทำรายงานประจำปี เสนอไปยังประธานฝ่ายตุลาการ สภากรรณการเป็นการแก้ไขเยียวยาได้แย่งความบกพร่อง หลังจากมีนิติกรรมทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว ไม่ใช่เป็นการป้องกันความบกพร่องก่อนจะดำเนินการไปยังประชาชน อันแตกต่างกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และมีลักษณะเป็นการชี้ขาดข้อขัดแย้งจากข้อเรียกร้องจากรายการให้ออกนิติกรรมทางปกครองใหม่ องค์กรนี้มีหน้าที่ให้คำปรึกษารัฐมนตรี รวมถึง การเสนอแนะต่อรัฐมนตรีและพิจารณาเรื่องร้องเรียนของประชาชนอยู่ด้วย คล้ายกับออมบุดสแมนของราชอาณาจักรสวีเดนซึ่งจะกล่าวต่อไป ตรวจสอบเฉพาะคณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ แตกต่างกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ที่มีหน้าที่รับผิดชอบดูแล ทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และรับผิดชอบดูแลการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครอง ในรูปองค์กรเดียวกัน แต่ไม่มีอำนาจรับเรื่องร้องเรียนของประชาชนอย่างสถาบัน Médiateur ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สำหรับคณะกรรมการออมบุดสแมนของราชอาณาจักรสวีเดน มีอำนาจตรวจตราตรวจสอบกิจกรรมของรัฐบาลทั้งหมด ทุกส่วนราชการ และเจ้าหน้าที่ ลูกจ้างในหน่วยงานราชการ รวมถึง เอกชนที่ได้รับมอบหมายงานจากรัฐบาลด้วย การตรวจตรารวมถึงตรวจตราความชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นกลาง ภาวะวิสัยในการปฏิบัติราชการ ตรวจตราการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ด้วยแต่ละคนด้วย เพราะราชอาณาจักรสวีเดนมีระบบการปฏิบัติราชการเป็นการเฉพาะตัว วิธีการเยียวยาความบกพร่อง เริ่มตั้งแต่การสอบสวนจากคำร้องเรียน หรือเริ่มจากตัวคณะกรรมการเอง เพราะทุกคนมีสิทธิที่จะร้องเรียนไม่ว่าจะเป็นชาวสวีเดนหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นหรือไม่ แต่มีคณะกรรมการออมบุดสแมน ไม่ผูกพันจะต้องสอบสวนทุก คำร้องการสอบสวนอาจเรียกบุคคลมาชี้แจง เรียกเอกสารต่าง ๆ คล้ายกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เมื่อการสอบสวนเสร็จแล้ว คณะกรรมการจะทำความเข้าใจว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีความผิดพลาดบกพร่องอย่างไร และเปิดเผยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบ และดำเนินการทางวินัย ส่วนคดีอาญามีสิทธิที่ร้องขอต่อศาลได้ในเรื่องการละเลยต่อหน้าที่ รวมถึงแจ้งข้อเท็จจริงให้สาธารณชนทราบ ซึ่งเห็นได้ว่า ผลการสอบสวนไม่ได้ก่อให้เกิดการเยียวยาผู้ร้องเรียน โดยตรง แต่มีผลในแง่การป้องปรามในการถูกดำเนินคดีเตียน จากคณะกรรมการออมบุดสแมน และหากคณะกรรมการออมบุดสแมน พบข้อบกพร่องในตัวบทกฎหมาย ก็สามารถเสนอแนะต่อรัฐสภา หรือรัฐบาลโดยตรงเพื่อให้มีการแก้ไขได้ คณะกรรมการออมบุดสแมน มีหน้าที่ต้องจัดทำรายงานประจำปีเสนอรัฐสภาว่า ได้ใช้อำนาจตัดสินกรณีเจ้าหน้าที่กระทำการไม่ถูกต้อง การดำเนินการทางวินัย มีการส่งเรื่องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องฟ้องคดี รวมถึงความเห็นในการตีความบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งศาลและ

เจ้าหน้าที่ใช้บังคับแตกต่างกัน แม้ความเห็นจะไม่ผูกพันผู้ใดก็ตาม แต่ต้องนำรายงานประจำปีไปเผยแพร่ทางสื่อมวลชน

จากที่กล่าวข้างต้น การมีสภากรรมการแบบสหราชอาณาจักร แม้จะเป็นเรื่องที่ดี แต่สภากรรมการของประเทศอังกฤษ มีหน้าที่เพียงควบคุมสอดส่องดูแล ให้คำแนะนำคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเท่านั้น และอีกประการหนึ่งสหราชอาณาจักรไม่ได้แยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม ซึ่งแตกต่างกับประเทศไทยที่มีศาลปกครอง หากจะนำคณะกรรมการมาเป็นแนวทางกับประเทศไทย ต้องมีการประยุกต์ใช้กับรูปแบบแนวทางในระบบของประเทศอื่น ๆ ร่วมด้วย เพื่อให้เกิดการผสมผสานให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงของประเทศไทย โดยนำข้อดีขององค์กรต่าง ๆ มาเป็นแนวทางในการประยุกต์ใช้จากการศึกษาพบว่า

ข้อดีของสถาบัน Médiateur มี ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ในการปฏิบัติหน้าที่ของ Médiateur ไม่อยู่ภายใต้บังคับใด ๆ จากรัฐบาล เห็นว่า ย่อมเป็นหลักประกันความอิสระจากฝ่ายบริหารดีกว่าคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง นอกจากการประกันความอิสระในการแต่งตั้งดังกล่าวแล้ว Médiateur ยังมีข้อห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองใด หลังจากที่ได้ดำรงตำแหน่งแล้ว เช่น สมักรสมาชิกสภาเทศบาล สมักรสมาชิกสภาจังหวัด เป็นต้น

ประการที่สอง การปฏิบัติหน้าที่ของ Médiateur ไม่อาจถูกจับกุม กักขัง หรือถูกตัดสิทธิใด ๆ โดยคำพิพากษาได้ เนื่องจากการเสนอความเห็น หรือการกระทำใด ๆ จากการปฏิบัติหน้าที่ เห็นว่า Médiateur สามารถกระทำการใด ๆ โดยไม่ต้องเกรงกลัว หรือความมีกล้าในการทำหน้าที่ การงาน ย่อมเป็นการคุ้มครองตัวเจ้าหน้าที่ได้เป็นอย่างดี แต่ในการคุ้มครองดังกล่าวมีข้อเสีย คือ เป็นการคุ้มครองเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่ง Médiateur ไม่อาจคุ้มครองเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ช่วยเหลือ Médiateur ได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ที่เป็น ผู้ช่วยเหลือถูกยึดตัวมาปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการจากหน่วยงานอื่นมาปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว ทางแก้ คือ บัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองกับเจ้าหน้าที่ผู้ช่วยเหลือด้วย

ประการที่สาม เมื่อ Médiateur ได้มีข้อเสนอแนะแล้ว รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องรายงานต่อ Médiateur ว่า ได้จัดการเรื่องนั้นอย่างไร หากไม่มีการรายงานผลให้ทราบ Médiateur สามารถนำเรื่องนั้น รวมถึงการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ หรือการไม่รายงานผลของรัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ นำเผยแพร่ตีพิมพ์ให้สาธารณชนและเสนอประมุขของประเทศรับทราบได้ ส่วนเจ้าหน้าที่ที่ส่งเรื่องฟ้องศาลในฐานะกระทำผิดวินัยต่อไป

ข้อดีของคณะกรรมการออมบุดสแมน (Ombudsman)

ประการที่หนึ่ง สามารถใช้ดุลยพินิจที่จะดำเนินวิจารณ์ได้อย่างกว้างขวาง ถ้าหากพบว่ามี การกระทำผิดวินัย หรืออาจร้องขอให้หน่วยงานดำเนินการได้

ประการที่สอง ในกรณีที่พบว่ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติท้องถิ่นบกพร่อง ก็จะแจ้งรัฐสภา รัฐบาล ราชการส่วนท้องถิ่นดำเนินการแก้ไข

ข้อดีของสภากรรมการของสหราชอาณาจักร

ประการที่หนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีอิสระจากการปกครองบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร

ประการที่สอง นอกจากมีหน้าที่ให้คำแนะนำ ปรีกษา กำหนดกระบวนการพิจารณาแล้ว ยังมีอำนาจควบคุมดูแลการทำงาน ในการแก้ไข ช่วยเหลือข้อขัดข้องต่าง ๆ ออกตรวจเยี่ยม คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Tribunals) ในคณะต่าง ๆ ด้วย

จากที่กล่าวข้างต้น การจัดให้มีรูปแบบในการให้คำปรึกษาที่สนองตอบลักษณะการบริหารราชการของไทยได้อย่างแท้จริง หากมีการประยุกต์นำอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างประเทศดังกล่าวมาใช้กับคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง เช่น การเพิ่มอำนาจการตรวจสอบถ้าเห็นว่า การทำคำสั่งทางปกครองเข้าข่ายกระทำผิดวินัยหรือคดีอาญาก็ส่งเรื่องต่อให้อัยการฟ้อง หรือหน่วยงานลงโทษทางวินัยอย่างอ้อมนุคสมแมน ซึ่งไม่ใช่เป็นเพียงระบบเสริมการควบคุมฝ่ายปกครองให้มีความรอบคอบเท่านั้น ซึ่งจะได้เสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป

การมีคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง มีเจตนารมณ์ให้เป็นองค์กรเสริมระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ในการดูแล ให้คำปรึกษาทางกฎหมายปกครองแก่ ฝ่ายปกครอง เป็นอีกช่องทางป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก่อนจะตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครอง ทั้งดูแลงานวิชาการ ให้คำปรึกษา และพัฒนากฎหมายให้เหมาะสม ต่อเนื่องกับภารกิจของฝ่ายปกครอง โดยให้สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นฝ่ายเลขานุการ เพราะคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นสถาบันที่ปรึกษากฎหมายของรัฐอยู่แล้ว และมีหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายในขอบเขตทั่วไป มิได้จำกัดในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เหมือนกับคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง และในการให้คำปรึกษาหารือทางกฎหมาย เมื่อหน่วยงานที่กำหนดไว้ในระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมาย คือ นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี กระทรวง กรม รัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการที่มีหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง โดยผ่านกระทรวง กรม ที่รับมีหน้าที่รับผิดชอบในงานธุรการของคณะกรรมการนั้น ๆ ผู้ว่าราชการจังหวัดเฉพาะงานในหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติหรือรับผิดชอบ ผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่นตามหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติหรือรับผิดชอบ บุคคลผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีเห็นควรให้ขอความเห็นเฉพาะราย มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการงานในหน้าที่ ก็อาจส่งเรื่องขอหารือมายังคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการกฤษฎีกาต้องพิจารณาว่า เรื่องที่หารือเข้าเงื่อนไขหรือไม่ เช่น เป็นเรื่องที่อยู่ระหว่างฟ้องร้องในศาล

หรือไม่ มีการปรึกษาหารือระหว่างส่วนราชการมาแล้วหรือไม่ หลังจากนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกาอาจเชิญผู้แทนหน่วยงานเจ้าของเรื่อง หรือผู้แทนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาสอบถามเสร็จแล้ว ก็ส่งข้อหารือไปยังหน่วยงานทราบ และส่งเรื่องให้นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี สั่งการหรือมีมติต่อไป

จะเห็นได้ว่า อำนาจในการให้ความเห็นทางกฎหมาย เป็นการเสนอแนะให้หน่วยงานพิจารณาเองว่า จะวินิจฉัยตามที่เสนอมาหรือไม่ ซึ่งไม่ผูกพันให้ผู้มีอำนาจชี้ขาดต้องใช้ดุลพินิจตามข้อเสนอแนะแต่อย่างใด เพราะหน้าที่หลักในการให้คำปรึกษา คือ การค้นหาข้อเท็จจริงด้วยวิธีการตรวจตรา บันทึกหลักฐานต่าง ๆ ไม่ว่าจะบุคคล เอกสาร ถ้อยคำ หรือหลักฐานอื่น ๆ ที่ใช้เป็นข้อมูลสำหรับการพิจารณา และเสนอความคิดเห็นที่ได้จากข้อเท็จจริงอันเป็นการช่วยเหลือองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยในเรื่องนั้น การให้ความเห็นทางกฎหมาย เป็นการเสนอแนะแนวทางการปฏิบัติตามกฎหมายที่ถูกต้อง เพื่อแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติราชการของหน่วยงานของรัฐที่จะปฏิบัติตามกฎหมายให้ถูกต้อง หรือเพื่อให้เกิดการวางระเบียบการปฏิบัติราชการ หรือกำหนดแนวทาง หรือขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย รวมทั้งเป็นการวินิจฉัยเพื่อให้ได้ข้อยุติทางกฎหมายให้กับคณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการ และขจัดข้อโต้แย้งระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐให้เป็นที่ยุติ ปัญหาที่เกิดขึ้นฝ่ายปกครองขอคำปรึกษาน้อย เป็นเพราะระเบียบกำหนดให้เฉพาะผ่านการหารือจากหน่วยงานผู้บังคับบัญชามาก่อนประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง การตอบข้อหารือใช้เวลานาน จะส่งผลกระทบต่อระยะเวลาต้องปฏิบัติตามกฎหมายจะเกินกำหนด หากคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นกำหนดกรอบเวลาต้องปฏิบัติไว้ หรือเป็นกรณีเร่งด่วนฉุกเฉินจะต้องทำทันที จะกระทบต่อบุคคลหรือประโยชน์ส่วนรวม

จากการศึกษาบทที่ 3 ในหัวข้อ 3.3.2.2 พบว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญมีอยู่ 4 ประการด้วยกัน คือ สอดส่องดูแลและให้คำแนะนำ ซึ่งนำมาใช้กับหน่วยงานของรัฐทุกประเภท ให้คำปรึกษาการปฏิบัติตามกฎหมายปกครองในแต่ละหน่วยงาน เสนอแนะการออกอนุบัญญัติ จัดทำรายงานเสนอคณะรัฐมนตรี ส่วนการควบคุมโดยองค์กรที่ปรึกษาที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง เป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ในการให้ความเห็นทางกฎหมาย หรือเป็นองค์กรที่ให้คำปรึกษาแก่องค์กรฝ่ายปกครอง และเป็นคณะกรรมการในทางปกครองด้วย อันเหมือนกับคณะกรรมการในทางปกครองทั่วไป ดังที่ได้กล่าวในบทที่ 3 คือ มีหน้าที่ใน 4 ลักษณะ คือ งานด้านนโยบาย งานทางด้านที่ปรึกษา งานทางด้านบริหาร งานทางด้านปฏิบัติการ อันแตกต่างกับคณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง และคณะกรรมการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองไม่ใช่องค์กรศาล แต่เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในฝ่ายปกครอง มีขึ้นเพื่อช่วยให้เกิดความเป็นธรรมต่อเอกชน ในชั้นปฏิบัติการ

ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนถึงศาลปกครอง หากประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิหรือเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองพิจารณาทบทวน แก้ไขคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้อีก

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไว้สามส่วน คือ ส่วนที่ 1 อำนาจในการสอดส่องดูแล และให้คำแนะนำปรึกษาหารือแก่หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งข้อเท็จจริงที่มาของอำนาจหน้าที่นี้มีสองกรณี คือ ส่วนราชการได้ขอคำปรึกษาหารือทั้งที่เป็นปัญหาเกิดขึ้นแล้ว และยังไม่ได้มีปัญหาเกิดขึ้น หรือเป็นเรื่องที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เห็นสมควรยกเป็นข้อหารือที่เห็นว่า หน่วยงานมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ส่วนที่ 2 อำนาจหน้าที่ในการประเมินผลการปฏิบัติ หรือการใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง รวมถึงปัญหาอุปสรรคต่าง ๆ ส่วนที่ 3 จัดทำรายงานตามอำนาจหน้าที่ เสนอแนะต่อรัฐมนตรีเพื่อปรับปรุง แก้ไข กฎหมายให้เหมาะสม จะเห็นว่า ในทางหลักวิชาการคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นองค์กรที่เป็นกลาง ไม่ใช่หน่วยงานภายใน ฝ่ายปกครองที่บังคับใช้กฎหมายปกครองโดยตรง แต่เป็นหน่วยงานที่ขึ้นตรงกับสำนักนายกรัฐมนตรีคือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ซึ่งเน้นการควบคุมฝ่ายปกครองเชิงป้องกัน เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาดูแล ให้คำแนะนำหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายปกครอง เป็นแต่เพียงให้ความเห็น หรือเสนอแนะทางกฎหมายและทางวิชาการ ตามประเด็นปัญหาที่หน่วยงานปกครองปรึกษาหารือ แต่ประเด็นการให้คำแนะนำ ไม่ผูกพันหน่วยงานทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น หน่วยงานที่หารือจะตัดสินใจใช้อำนาจ ตามที่คณะกรรมการให้คำแนะนำหรือไม่ก็ได้ และแม้หน่วยงานที่หารือไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็ยังหารือไปยังคณะกรรมการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้ความเห็นตามขั้นตอนในระบบราชการปกติอีกช่องทางหนึ่งได้อีก และจากผลการปฏิบัติงานของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ประจำปี พ.ศ. 2562 หน่วยงานของรัฐได้มีข้อหารือปัญหา และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นเสร็จสิ้น เพียง 9 เรื่องเท่านั้น ไม่สะท้อนความเป็นจริงกับปัญหาของฝ่ายปกครอง ที่มีงานรับผิดชอบตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก ซึ่งไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและไม่สะท้อนความจริงดังกล่าวในฝ่ายปกครองของการฟ้องคดีของศาลปกครองที่มีจำนวนมากด้วย ย่อมสะท้อนคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ถึงปัญหาในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวที่เชื่อมโยงกับปัญหาด้านโครงสร้างดังที่ได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 4.1.1 เห็นชัดว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองยังไม่สามารถปฏิบัติงาน ให้บรรลุเจตนารมณ์ในการจัดตั้งองค์กร

ดังกล่าวได้ เนื่องจากมีคณะกรรมการอยู่ชุดเดียว เป็นข้าราชการที่ไม่ได้นั่งทำงานประจำ เพราะเป็นข้าราชการโดยตำแหน่งมีภารกิจหน้าที่ประจำจำนวนมากอยู่แล้ว เพราะหากรอให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้ความเห็น การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองในเรื่องนั้น ก็อาจเกินกรอบเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง เห็นว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีขั้นตอน ระเบียบในการขอคำปรึกษา ให้ความเห็นหลายขั้นตอน ต้องผ่านการหารือจากหัวหน้าหน่วยงานมาก่อน เกิดปัญหาความล่าช้า นอกจากนี้ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีความซ้ำซ้อนกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการร่างกฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอีกด้วย เพราะปัญหาที่ขึ้นมาสู่การวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นการตีความกฎหมายจากการขาดความเข้าใจกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจของคณะกรรมการร่างกฎหมาย ที่มีหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายให้แก่หน่วยงานของรัฐเป็นการทั่วไปอยู่แล้ว

ดังนั้น การให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีอำนาจหน้าที่ที่เหมาะสม ไม่ใช่เป็นเพียงระบบเสริมการควบคุมฝ่ายปกครองให้มีความรอบคอบเท่านั้น ย่อมเป็นวิธีการที่ได้ผลดีในการป้องกันความบกพร่องในการกระทำของเจ้าหน้าที่ เป็นองค์กรที่ ให้คำแนะนำ ปรึกษาปัญหาทางกฎหมายปกครองให้แก่ส่วนราชการอย่างแท้จริง การมีองค์กรที่ปรึกษาที่จัดตั้งขึ้น โดยเฉพาะ ย่อมมีประสิทธิภาพ เป็นธรรมได้ดียิ่งกว่า แม้จะเป็นการเพิ่มขึ้นขั้นตอนในกระบวนการทำงานของฝ่ายปกครอง ก่อนจะกระทำการทางปกครองก็ตาม ซึ่งมีผลให้การทำงานต้องล่าช้าออกไปบ้าง แต่วิธีการเหล่านี้ต้องนำมาใช้เฉพาะงานสำคัญของฝ่ายปกครองเท่านั้น เช่น เรื่องที่กระทบถึงราษฎรจำนวนมาก หรือกระทบสิทธิสำคัญของราษฎรรายใด โดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ จะต้องไม่ใช่กับงาน ที่โดยสภาพเป็นเรื่องที่ต้องการความฉับไว และความคล่องตัว ให้องค์กรที่ปรึกษามุ่งเน้นควบคุมเนื้อหาของกรกระทำทางปกครองเป็นสำคัญ

ความเห็นผู้ให้สัมภาษณ์บางรายเห็นว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ควรจะจัดตั้งมาพร้อมกับการเกิดขึ้นของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ในการช่วยเหลือให้คำแนะนำ ราชการส่วนภูมิภาคในจังหวัดและราชการส่วนท้องถิ่น หากมีคณะกรรมการดังกล่าวมาแต่ต้น คงจะไม่มีกรฟ้องคดีปกครองมากตามทีเห็นในปัจจุบัน

ดังได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 การดำเนินการจัดให้มีการปรึกษาหารือ ฟังความเห็นหลายด้าน หรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ก็เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ให้กระทบเกินความจำเป็น เกิดความรอบคอบ มีประสิทธิภาพเพื่อรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้ และเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจต่างองค์กรภายในฝ่ายปกครองมากขึ้น

ในระบบการปรึกษาหารือแบบบังคับตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องก่อให้เกิดความเสียหายในวงกว้าง หรือกระทบต่องบประมาณแผ่นดินจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม เมื่อฝ่ายปกครองได้สมัครใจตัดสินใจหารือกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไป ทั้งที่ไม่ใช่ระบบการปรึกษาหารือแบบบังคับ ที่กฎหมายให้ต้องกระทำเช่นนั้น เท่ากับยอมรับผลของความเห็นขององค์กรให้คำปรึกษาหารือไว้ล่วงหน้าแล้ว ที่จะต้องผูกพันตามความเห็นในภายหลัง กรณีผู้หารือจะปฏิเสธข้อผูกพันนั้น จะต้องมีเหตุผลหรือข้อสนับสนุนที่หนักแน่นยิ่งกว่า หรือโดยสภาพเห็นได้ชัดว่า ไม่อาจปฏิบัติตามข้อหารือนั้นได้ หากปล่อยให้ความเห็นขององค์กรปรึกษาหารือ ไม่ผูกพันใด ๆ เลย ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็ไร้ซึ่งความหมาย และก็ไม่มีความจำเป็นต้องมีการจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือแต่หากความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีผลผูกพันองค์กรที่ขอปรึกษาหารือทุกกรณี โดยไม่พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้รอบด้าน ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็ไม่ต่างไปจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาของผู้มีหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองกำหนดไว้ล่วงหน้า อันเป็นการห่วงเหนียวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ ในประเทศอังกฤษถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง อีกด้านหนึ่งหากปล่อยให้มีการหารือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองทุกกรณี ย่อมเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการถ่วงเวลาในการทำคำสั่งทางปกครอง อันกระทบกับประชาชนอีก

ดังที่ได้วิเคราะห์แล้วว่า ระเบียบการหารือต้องผ่านเจ้าหน้าที่หลายระดับ กว่าจะถึงองค์กรปรึกษาหารือ เสมือนให้หน่วยงานผู้บังคับบัญชาชั้นกรอกรองก่อน คล้ายกับ Médiateur ที่ผ่านการกลั่นกรองของสมาชิกรัฐสภา ก่อนในการหารือมีขั้นตอนต่าง ๆ ใช้เวลานาน หากเป็นการขอหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งมีเพียงคณะเดียวที่ส่วนกลางก็มีขั้นตอนตั้งแต่สั่งเอกสาร เรียกมาชี้แจง ทำความเห็น หลายขั้นตอน มีการเชิญประชุมแบบทางการ หรือในการหารือของฝ่ายปกครองบางครั้งหวังผลเพื่อถ่วงเวลา หรือชะลอเวลาในการตัดสินใจเท่านั้น เป็นเหตุผลหนึ่งที่ใช้ข้ออ้างกับคู่กรณี ทั้ง ๆ ที่อำนาจตัดสินใจตามกฎหมายอยู่ที่ตนอยู่แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งทางปกครองของผู้มีอำนาจ เกิดความรอบคอบและชอบด้วยกฎหมาย และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นองค์ापพหนึ่งของฝ่ายปกครอง การควบคุมตรวจสอบ ย่อมอยู่ในลักษณะเดียวกับการควบคุมตรวจสอบขององค์กรภายในฝ่ายปกครอง ทั้งหลักความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม ซึ่งจะแตกต่างจากการตรวจสอบของศาลปกครอง ที่สามารถตรวจสอบได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งหลักในการตรวจสอบความชอบด้วย

กฎหมาย คือ ตรวจสอบว่า การออกคำสั่งของฝ่ายปกครองเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และอยู่ในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ เช่น ขั้นตอนเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ การออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งอยู่ในลักษณะเดียวกับ การควบคุม ตรวจสอบของหน่วยงานภายในฝ่ายปกครองและศาลปกครอง ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง อันเป็นกลไกปกติในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองนั้น สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ อันเป็นกลไกหลักโดยวิธีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และวิธีการอุทธรณ์ตามกฎหมายปกติ ที่มีการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบ ขณะเดียวกันก็ยังมีกลไกอื่น นอกเหนือจากการฟ้องคดีและอุทธรณ์ตามกฎหมาย อย่างเช่น การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง อันเป็นอำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น ในการบริหารราชการแผ่นดินปกติ หรือการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ เช่น ไกล่เกลี่ย ประนีประนอม อนุญาโตตุลาการ ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังเกิดข้อโต้แย้งขึ้นแล้ว รวมถึง การขอมิให้นำกฎหมายบางฉบับ มาใช้บังคับกับการออกคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย จากผลการศึกษา การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ดีที่สุด คือ การควบคุมตรวจสอบมิให้คำสั่งทางปกครองไปก่อหรือกระทบ หรือเกิดความเสียหายต่อบุคคล ในลักษณะป้องกันก่อนการออกคำสั่งนั้นต่างหาก ส่วนการควบคุมตรวจสอบแบบแก้ไข ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังการออกคำสั่งแล้วความเสียหายย่อมเกิดขึ้นและมีผลต่อประชาชนแล้ว ต่อมา แม้ว่า มีการตรวจสอบ พบว่า คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะไม่มีการเพิกถอนคำสั่งนั้นให้สิ้นผลไปทุกกรณี ต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายลักษณะใด และความไม่ชอบนั้นกระทบอย่างร้ายแรงต่อสาธารณะหรือไม่ ดังได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อ 4.1.2 และในการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตในคำสั่งนั้นและประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย แต่สิ่งที่สำคัญการเพิกถอนคำสั่งก็ไม่อาจเยียวยาความเสียหายให้คืนสู่สภาพเดิม ก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครองได้ ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบก่อนการ ที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครอง ย่อมดีกว่าการควบคุมตรวจสอบภายหลังที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อประชาชนแล้ว การควบคุมตรวจสอบก่อนการที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองผ่านองค์กรภายในฝ่ายปกครองมีหลายลักษณะ ทั้งจากองค์กรตามลำดับสายการบังคับบัญชา โดยวิธีการควบคุมตรวจสอบการร้องเรียนต่าง ๆ และองค์กรนอกเหนือสายการบังคับบัญชา แต่กระทำในลักษณะ ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา เสนอแนะ ซึ่งไม่มีผลผูกพันต่อฝ่ายปกครอง ผู้ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองโดยตรง ถ้าจะมีผลก็โดยทางอ้อมเท่านั้น ซึ่งหมายถึง หากองค์กรเหล่านั้น มีคำแนะนำ คำปรึกษา หรือคำเสนอแนะแล้ว ผู้ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะมีความเห็นที่

แตกต่างกันออกไป จะต้องมิตุผลที่หนักแน่นยิ่งกว่า ซึ่งสื่อให้เห็นเจตนาที่บกพร่อง หรือความไม่สุจริตได้

จากที่กล่าวข้างต้น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นองค์กรที่อยู่นอกเหนือสายการบังคับบัญชา ซึ่งมีหน้าที่ สอดส่อง ดูแล ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา ให้ข้อเสนอแนะ ในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ก่อนที่ ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งกระทบต่อประชาชน อันเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ด้านวิธีการหรือรูปแบบ และเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครอง ที่ประกอบด้วย ผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย การปกครอง การบริหารราชการแผ่นดิน และเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการออกคำสั่งทางปกครองในระดับข้าราชการประจำ คล้ายกับการจัดตั้งคณะกรรมการทางปกครอง แต่การจัดตั้งคณะกรรมการทางปกครองของประเทศไทยนั้น มีหน้าที่แตกต่างกันหลายลักษณะเป็นไปตามกฎหมายที่จัดตั้ง เช่น คณะกรรมการสิทธิบัตร มีหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำแก่รัฐมนตรี วินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งต่าง ๆ พิจารณาเรื่องที่รัฐมนตรีมอบหมาย คณะกรรมการบางคณะมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งมีชื่อเรียกต่างกัน เช่น คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค จะเห็นว่า คณะกรรมการบางคณะมีหน้าที่ให้ความรู้คำแนะนำ ในทางวิชาการ รวมถึงวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองด้วย เช่น คณะกรรมการชั่งตวงวัด คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ สภาเทคนิคการแพทย์ คณะกรรมการมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม เป็นต้น

จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติเห็นว่า การให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะเกิดขึ้นเมื่อหน่วยงานทางปกครองเสนอขอปรึกษาหารือมาเท่านั้น ในสภาพความเป็นจริง คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุกมากนัก ในการริเริ่มโดยการสอดส่อง แนะนำ ตามหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้แต่อย่างใด จะมีบ้างก็เป็นแต่การฝึกอบรมให้ความรู้กับเจ้าหน้าที่ตามแผนการฝึกอบรมที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดขึ้น ส่วนใหญ่จะรอคอยวินิจฉัยปัญหาที่ฝ่ายปกครองร้องขอเท่านั้น ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าวข้างต้น ยังไม่สอดคล้องกับหลักการควบคุมตรวจสอบอันทำให้คำสั่งทางปกครองเกิดความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการสร้างกลไก หรือมีมาตรการมารองรับ ให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นที่ยอมรับและมีผลในทางปฏิบัติเป็นสิ่งที่จำเป็น ซึ่งจะได้เสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป และเป็นหลักประกันได้ว่าหากคดีขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาล ศาลปกครองจะวินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกัน หรือความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ผูกพันฝ่ายปกครองประชาชน การขยายอำนาจคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพของการใช้อำนาจรัฐทางปกครอง

จากที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 ทั้งหมดข้างต้นเห็นว่า การออกคำสั่งทางปกครองจะมีประสิทธิภาพเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่าง ๆ หลายปัจจัย ในการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ตั้งแต่จุดเริ่มต้น คือ การแก้ไข เปลี่ยนตัวบทกฎหมาย การปรับระบบทางเลือก ในการทำให้ข้อโต้แย้งของคำสั่งทางปกครองยุติลงอย่างรวดเร็วและพอใจแก่ทุกฝ่าย ก่อนจะถึงศาลปกครองเช่น การไกล่เกลี่ย ประนีประนอม หรือการมีองค์กรควบคุมตรวจสอบที่หลากหลาย เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบให้มากขึ้น พร้อมกับการขยายแนวความคิดในการพัฒนาหลักกฎหมาย และระบบการควบคุมตรวจสอบมากขึ้นเรื่อย ๆ อันทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐและหลักนิติธรรมเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมจริงๆ

บทที่ 5

สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุปผลการวิจัย

ตามที่ได้ศึกษาแนวคิด หลักการทางทฤษฎี มาตรการทางกฎหมายในประเทศไทยและของต่างประเทศ รวมถึงการวิเคราะห์ผลตามประเด็นปัญหาต่าง ๆ ในบทที่ 1 - 4 พบว่า แนวคิด หลักการทางทฤษฎี และมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ดี และมีประสิทธิภาพที่สอดคล้องกับภาระหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับงานราชการแผ่นดิน ที่ฝ่ายปกครองรับผิดชอบในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะ โดยใช้วิธีการทำคำสั่งทางปกครองอันเป็นเครื่องมือที่บังคับกับประชาชนให้บรรลุความมุ่งหมายตามกิจกรรมบริการสาธารณะนั้น และเมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองมีผลตามกฎหมายขึ้นแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมก่อและเกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล หรืออาจทำให้สิทธิและหน้าที่ของบุคคลมีการเปลี่ยนแปลงหรือมีผลบังคับตามกฎหมายไปในทางใดทางหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ตาม ด้วยข้อผูกพันของฝ่ายปกครองที่ต้องดำเนินการเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมไว้เสมอ ก็มีความจำเป็นอยู่เองที่จะต้องเข้าแทรกแซงการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชน เพราะหากปล่อยให้ประชาชนแต่ละคนดำเนินกิจกรรมโดยอิสระประชาชนผู้อ่อนแอกว่าจะถูกเอารัดเอาเปรียบ ความเป็นธรรมและความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองย่อมมีปัญหาขึ้นได้ แต่เนื่องจากการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน คนหนึ่งย่อมกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่นด้วยเสมอไม่มากก็น้อย ขณะเดียวกันมีประโยชน์บางอย่างที่เป็นประโยชน์ส่วนรวม และเป็นประโยชน์ของสมาชิกในสังคมแต่ละคนรวมอยู่ด้วย ซึ่งแต่ละคน จะใช้สิทธิและเสรีภาพของตนให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมไม่ได้เช่นเดียวกัน ซึ่งในสังคมปัจจุบันต่างก็ยอมรับกันว่า ทุกคนต่างมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้หลักนิติรัฐและนิติธรรมผ่านรัฐธรรมนูญและกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน บทบาทของฝ่ายปกครองจึงต้องมีหน้าที่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวควบคู่กันเสมอ และหากการใช้อำนาจยิ่งมากขึ้นเท่าใดความเดือดร้อนและปัญหาความไม่เป็นธรรมย่อมเพิ่มมากขึ้นเท่านั้น สภาพความเป็นนิติรัฐย่อมลดลงตามลำดับ

ดังนั้น การมีเกณฑ์ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจที่ชัดเจนและแน่นอน ความเสียหายที่ประชาชนจะได้รับย่อมน้อยลงตามลำดับไปด้วยเช่นกัน และการนำเกณฑ์ใด ๆ มาใช้บังคับ

ย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานความคิด ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ระบบการปกครอง ปัญหาเฉพาะตัวของสังคมนั้น ไม่อาจนำหลักเกณฑ์ของสังคมหนึ่งเห็นว่า เป็นธรรม มาใช้ในอีกสังคมหนึ่งได้ และไม่อาจนำหลักเกณฑ์เรื่องหนึ่งมาใช้แก้ปัญหาอีกเรื่องหนึ่งได้ เพราะปัญหาของฝ่ายปกครองมีมากมายหลายเรื่องที่ซับซ้อนและมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันออกไปตามจุดประสงค์นั้น ๆ ไม่ว่าจะนำไปเพื่อปกป้องคุ้มครอง ช่วยเหลือ สนับสนุน หรือในฐานะเป็นผู้จัดหา ฐานะเป็นผู้ดำเนินการเอง ฐานะเป็นผู้ควบคุม หรือในฐานะเป็นคนกลางในการวินิจฉัยข้อพิพาทของประชาชน จึงเป็นข้อจำกัดของฝ่ายปกครองอย่างยิ่งในการแก้ปัญหาเรื่องที่ซับซ้อนและมีลักษณะเฉพาะนั้น ให้เกิดความเหมาะสม แต่ในความเป็นจริงฝ่ายผู้ตรากฎหมายไม่อาจบัญญัติหลักเกณฑ์เฉพาะให้ครบถ้วน ตามสภาพปัญหาที่มีอยู่มากมายดังกล่าว ได้ทุกเรื่อง ทางที่เป็นไปได้คือ เพียงบัญญัติเกณฑ์ที่ต้องใช้ร่วมกันในเรื่องที่ใกล้เคียงกัน มาเป็นกรอบมาตรฐานและแนวทางของการใช้อำนาจ อันเป็นหลักเกณฑ์ร่วมทั่วไปย่อมเป็นสิ่งจำเป็นและขาดไม่ได้เช่นกัน

เครื่องมือของฝ่ายปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครองก็เช่นเดียวกัน ก็ต้องมีหลักเกณฑ์ร่วมในลักษณะดังที่กล่าวข้างต้น มาเป็นแนวทางควบคุมตรวจสอบคุณภาพของคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย หลักเกณฑ์ทั่วไปนี้ต้องได้รับการยอมรับตรงกันด้วยว่าเป็นสิ่งที่ยุติธรรม ทั้งจากมุมมองด้านประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง มุมมองการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพฝ่ายประชาชนผู้ถูกปกครอง และมุมมองขององค์กรผู้ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบที่เหมาะสมและเป็นธรรม หลักเกณฑ์ในที่นี้ย่อมหมายถึง ขอบเขตความหมายของถ้อยคำ แนวคิด หลักการในทางทฤษฎี วิธีการ เครื่องมือที่ดีในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองให้มีคุณภาพชอบด้วยกฎหมาย และเหมาะสม กับระบบกฎหมาย การปกครอง การบริหารราชการแผ่นดิน บริบททางสังคม ซึ่งสามารถสรุปได้ ดังต่อไปนี้

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ทั้งกฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติ ในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายเฉพาะ หรือกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้น ๆ แล้วก็ตาม แต่ยังคงพบว่ามีกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ยังขาดความชัดเจน แน่นนอน เป็นปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง และยังมีข้อบกพร่องในการควบคุมตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเพียงพอ ไม่สอดคล้องกับแนวคิด หลักการ เจตนารมณ์ของกฎหมาย และแนวทาง

ปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามสภาพที่เกิดขึ้นจริง จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศ พบว่า มีกระบวนการและกลไกในการควบคุมตรวจสอบ ที่ชัดเจนและแน่นอน หากมีการนำแนวคิด หลักการทางทฤษฎี ในทางกฎหมายปกครอง และกฎหมายมหาชนอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมถึงรูปแบบ ระบบ กลไก และมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสม สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย และภารกิจของฝ่ายปกครอง รวมถึงการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพของระบบการควบคุมตรวจสอบ น่าจะสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์ส่วนรวม อันเป็นภารกิจของฝ่ายปกครองได้ดียิ่งขึ้น ทั้งสามารถเป็นเครื่องมือสนับสนุน และส่งเสริมการบริหารกิจการภาครัฐให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริง

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาอยู่หลายประการ เพื่อค้นหาความเป็นมา สภาพ ปัญหา ความหมาย แนวคิด หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศกับประเทศไทย เพื่อวิเคราะห์ อภิปรายผล สรุป และเสนอแนะปรับปรุงแก้ไขมาตรการทางกฎหมาย ในการพัฒนารูปแบบและวิธีการเพิ่มประสิทธิภาพในปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสม ตลอดจนรวบรวมข้อมูลและความเห็นจากตุลาการศาลปกครอง เจ้าหน้าที่รัฐในภาคปฏิบัติ นักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้มีประสบการณ์ที่มีความรู้ความเข้าใจในปัญหาที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง

ในการสรุปผลการวิจัย ข้อมเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการศึกษาข้างต้น โดยจำแนกเนื้อหาสาระสำคัญที่ได้จากการทบทวนวรรณกรรม และความเห็นของบุคคลต่าง ๆ ที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ครอบคลุมเนื้อหาในภาพรวมอยู่สามส่วน กล่าวคือ (1) ส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง (2) ส่วนที่เกี่ยวข้องกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง (3) ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบ สามารถสรุปผลได้ ดังนี้

5.1.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.1 พบว่า ประเทศไทยบัญญัติความหมายของคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน การดำเนินการเกี่ยวกับการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขाय รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอ หรือการดำเนินการใดในลักษณะเดียวกัน การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน และการให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา ซึ่งมีความหมายในทำนองเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่คำสั่งทางปกครองเป็นความหมายในเชิงคำสั่ง คำตัดสิน หรือมาตรการอื่นใดของทางราชการในทุกเรื่องที่หน่วยราชการแห่งหนึ่งหน่วยราชการแห่งใดได้ออกไป เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์บังคับกรณีใดกรณีหนึ่งในขอบเขตของกฎหมายมหาชน และเป็นมาตรการที่เจาะจงให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อภายนอก แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่า คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่ง แต่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย อันแตกต่างกับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปอย่างกฎในทางปกครอง

ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ใช้ในประเทศไทย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นคำที่คิดค้นขึ้นและให้คำจำกัดความ สำหรับใช้เป็นกลไกในการควบคุมตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดิน และการประกันสิทธิในทางศาลแก่ประชาชน

5.1.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองไม่มีการแยกประเภทไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน แต่ปรากฏอยู่ในวงวิชาการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยสอดคล้องกับประเภทของคำสั่งทางปกครองที่ใช้อยู่ในวงวิชาการด้วย

1) คำสั่งทางปกครองทั่วไป ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1 พบว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง อันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง โดยมีลักษณะเป็นรูปธรรมมีผลบังคับเฉพาะกรณี และเกิดผลกับบุคคลทั่วไป โดยไม่สามารถระบุตัวผู้รับคำสั่งได้โดยเจาะจง เช่น ประกาศคัดเลือกบุคคลเข้ารับการประเมินผลงานเพื่อดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น สัญญาณไฟจราจร และจากการวิเคราะห์ คำสั่งทางปกครองทั่วไปมีลักษณะผสมระหว่างกฎและคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากกฎเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กับข้อเท็จจริงในอนาคต ไม่มีผลทางกฎหมายในทันที แต่คำสั่งทางปกครองใช้กับข้อเท็จจริงและมีผลทางกฎหมายในทันที ซึ่งไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้บังคับกับกฎหรือคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองทั่วไปได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้นการจะนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทั่วไป จึงนำมาใช้ได้เท่าที่สภาพของคำสั่งทางปกครองทั่วไปนั้นจะเปิดช่องให้นำมาใช้ได้

2) คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.1 พบว่า คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่อันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง โดยมีลักษณะเป็นรูปธรรมมีผลบังคับเฉพาะกรณี

และเกิดผลกับบุคคลเฉพาะรายที่สามารถระบุตัวผู้รับคำสั่งได้ เช่น คำสั่งให้สารวัตรกำนันพ้นจากตำแหน่ง คำสั่งของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าราชการจังหวัดให้นายกเทศมนตรีชดใช้ค่าเสียหาย รวมถึงคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายโดยการนิ่งเฉย ไม่ว่าจะนิ่งเฉยในเชิงอนุญาตหรือเชิงปฏิเสธ เช่น การพิจารณาคำขอของผู้มีอำนาจอนุญาตตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ถ้ามิได้แจ้งผลการพิจารณาคำขอให้ผู้อื่นคำขอทราบภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าผู้มีอำนาจอนุญาตมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ และต้องออกใบอนุญาตให้แก่ผู้อื่นคำขอ หรือหากคณะกรรมการสภาพนายความมิได้วินิจฉัยหรือแจ้งคำวินิจฉัยมายังประธานกรรมการมรรยาทนายความภายในกำหนด ให้ถือว่า คณะกรรมการมีคำสั่งยืนตามคำสั่งปฏิเสธการงดการลงโทษของคณะกรรมการมรรยาทนายความ อันสอดคล้องกับคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉยที่ใช้กันอยู่ในราชอาณาจักรสเปน เพื่อแก้ปัญหากระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ล่าช้าและประสิทธิภาพ ทำให้คู่กรณีหรือผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถใช้ประโยชน์จากผลของคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉย มาใช้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตน

5.1.2 สรุปผลวิจัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เนื้อหาประกอบไปด้วย

5.1.2.1 ความหมายของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.1.3 พบว่า ความหมายคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่มีปัญหาด้านวิธีพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่มีปัญหาด้านการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง และคำสั่งทางปกครองที่มีปัญหาด้านเนื้อหาในตัวของคำสั่งทางปกครองนั้น อันสอดคล้องกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นเงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1)

5.1.2.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทางรูปแบบ

ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.1 พบว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทางรูปแบบ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบกพร่องในด้านความสามารถหรือไม่มีอำนาจหรือปราศจากอำนาจ เช่น ไม่ได้อยู่ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน ไม่เกี่ยวกับกิจการที่อยู่ในเขตการปกครองของตน ทั้งเกิดจากคิดว่าตนมีอำนาจกระทำได้ แต่ในความเป็นจริงไม่มีอำนาจ หรือคิดว่าตนไม่มีอำนาจ ทั้งที่ในความเป็นจริงตนมีอำนาจ ไม่ว่าจะความเข้าใจดังกล่าว เกิดจากความเข้าใจผิด หรือใช้ดุลพินิจผิดพลาดก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการกระทำผิดขั้นตอน เช่น ขั้นตอนให้ต้องมีผู้อื่นคำขอก่อน หรือต้องได้รับคำแนะนำ ความเห็น ความเห็นชอบ

จากผู้มีอำนาจเหนือกว่า ทั้งจากคณะกรรมการ หรือจากองค์กรอื่น หรือจะต้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น หรือรับฟังผู้ซึ่งจะได้รับผลกระทบก่อน คำสั่งทางปกครองที่กระทำผิดแบบ เช่น คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยทำเป็นหนังสือที่ต้องมีลายมือชื่อของผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย หรือคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจทำได้วาทาได้ เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานตำรวจจราจร ที่ออกคำสั่งทางวาทาห้ามจอดรถ หรือให้หยุดรถ หรือคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นรูปแบบอื่นได้ เช่น สัญลักษณ์ หรือป้ายสัญญาณต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานตำรวจจราจร

2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทางเนื้อหา

ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.1 พบว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทางเนื้อหา เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความบกพร่องในส่วนเจตนาซึ่งเป็นอัตวิสัย เช่น เจ้าหน้าที่วิกลจริต ไร้ความสามารถ หรือเห็นแต่ประโยชน์ส่วนตน ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด หรือเกิดจากการถูกลอกลวง ถูกข่มขู่ หรือเกิดจากมีเจตนาถั่นแกล้งมุ่งร้ายต่อบุคคล ทำให้เกิดคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่สำคัญผิดในข้อเท็จจริง ทั้งคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงซึ่งไม่มีอยู่จริง และอ้างข้อเท็จจริงผิด เช่น ผู้บังคับบัญชาลงโทษทางวินัยข้าราชการ เพราะละเลยต่อหน้าที่ ทั้ง ๆ ที่ข้าราชการผู้นั้นมิได้ละเลยต่อหน้าที่ คำสั่งทางปกครองที่สำคัญผิดในข้อกฎหมาย ที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายเรื่องหนึ่ง แต่ความจริงกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น ไม่มีอยู่ อาจเกิดจากไม่มีกฎหมายอยู่เลย หรือมีกฎหมายแต่ยังไม่ได้มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายได้ยกเลิกแล้ว อาจเกิดจากการนำเอากฎหมายที่ไม่อาจใช้บังคับได้มาใช้บังคับกับเรื่องนั้น หรือเกิดจากการที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเข้าใจผิดคิดว่า ตนสามารถออกคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น กฎระเบียบออกโดยผู้ไม่มีอำนาจ หรือกฎระเบียบขัดกับพระราชบัญญัติ หรืออ้างหนังสือเวียนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเกิดจากการใช้บังคับกฎหมายโดยชอบ แต่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองตีความกฎหมายผิด คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย เช่น นายเทศมนตรีปฏิเสชนอนุญาตในการก่อสร้างอาคาร โดยปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายผิดว่า การก่อสร้างจะกระทบต่อทัศนียภาพของสถาปัตยกรรมแห่งหนึ่ง ทั้งที่ข้อเท็จจริงแล้ว การก่อสร้างไม่กระทบต่อสิ่งปลูกสร้างเช่นว่านั้น คำสั่งทางปกครองไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งเกิดจากกรณีกฎหมายมีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมแต่มีการบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์ของเอกชน เช่น นายเทศมนตรีสั่งห้ามรถยนต์วิ่งผ่านบ้านหลังหนึ่ง เพื่อเอาใจเจ้าของบ้านหลังนั้น หรือเกิดจากการบิดเบือนอำนาจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของส่วนรวมด้านอื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายต้องการ เช่น นายเทศมนตรีสั่งห้ามนักท่องเที่ยวเปลี่ยนเสื้อผ้าบนชายหาด แต่ให้เปลี่ยนในสถานที่

ที่เทศบาลจัดไว้ให้โดยเสียค่าใช้จ่าย เพื่อหารายได้ให้แก่เทศบาล คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจ เช่น คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความเสมอภาค

อย่างไรก็ตาม ยังมีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) เพิ่มเติมนอกเหนือจากที่สรุปข้างต้น คือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยไม่สุจริต คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างขึ้นตอนโดยไม่จำเป็น คำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร คำสั่งทางปกครองที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

5.1.2.3 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่เกิดขึ้นเลย ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.2

พบว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่เกิดขึ้นเลย มีผลตกเป็น โฆษะหรือไม่มีผลทางกฎหมายใดๆ เพราะออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรง หรือผิดพลาดอย่างรุนแรง และความผิดพลาดนั้นเห็นเป็นที่ประจักษ์ เช่น คำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมาเป็นหนังสือแต่ไม่ปรากฏในหนังสือนั้นว่าหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎหมายกำหนดให้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ แต่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยวาจา คำสั่งทางปกครองจะสมบูรณ์เมื่อมีพิธีการมอบเอกสารสำคัญให้ คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งกระทำการ แต่ไม่อาจปฏิบัติได้จริงตามคำสั่งนั้น เช่น คำสั่งทางปกครองให้รื้อถอนอาคาร แต่ความเป็นจริงอาคารถูกรื้อไปแล้ว คำสั่งทางปกครองที่ออกอยู่นอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ คำสั่งทางปกครองที่จะส่งผลให้ผู้รับคำสั่งนั้นต้องได้รับโทษทางอาญา คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี คำสั่งทางปกครองที่ผู้ขออนุญาตและผู้อนุญาตเป็นบุคคลคนเดียวกัน คำสั่งทางปกครองขององค์กรที่ไม่มีอยู่จริงตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองโดยมีความประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัว คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่พ้นหน้าที่ไปแล้ว คำสั่งทางปกครองที่ไม่เกิดเกิดจากความสมัครใจของเจ้าหน้าที่ หรือคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง หรือคำสั่งทางปกครองที่ให้ตนเองได้รับประโยชน์

2) คำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์จนกว่าจะเพิกถอน ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2

หัวข้อ 2.2.2.2 พบว่า คำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์จนกว่าจะเพิกถอน เป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ถึงขนาดรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด ซึ่งสามารถ

บังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เพียงแต่เป็นเหตุถูกเพิกถอนในภายหลังเท่านั้น เช่น คำสั่งทางปกครองโดยไม่มีผู้ยื่นคำขอ คำสั่งทางปกครองซึ่งไม่ได้รับฟังคู่กรณี คำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน คำสั่งทางปกครองผิดพลาดหรือบกพร่องเล็กน้อย เช่น พิมพ์ผิดใส่ตัวเลขผิด คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องการไม่ได้จัดแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์

5.1.3 สรุปผลวิจัยเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

5.1.3.1 ความหมายการควบคุมตรวจสอบและความหมายฝ่ายปกครอง

ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.1.1 พบว่า การควบคุมตรวจสอบ คือ การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการกระทำ หรือมีนิติกรรมทางปกครองว่า ฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ดี ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง และการหยุด ยับยั้ง ชดเชย คุ้มครอง ทดแทน หรือเรียกคืนความเสียหายและผลประโยชน์ที่สูญเสียไปภายหลังการกระทำในลักษณะของการแก้ไขเยียวยา โดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด ในการแก้ไขเยียวยาทั้งจากเกิดจากการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการนั้น ร้องเรียนต่อองค์กรอิสระการอุทธรณ์ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะการอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการต่าง ๆ และการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ส่วนความหมายของฝ่ายปกครอง ผลจากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1.2 พบว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดของหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้การทำคำสั่งทางปกครองจะอยู่ในความหมายของฝ่ายปกครองก็ตาม แต่คำสั่งทางปกครองนั้นยังไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบได้ตามขอบเขตการควบคุมตรวจสอบตามที่กล่าวข้างต้น ยังจะต้องมีเงื่อนไขหนึ่งคือ เงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำคำสั่งทางปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายปกครอง ซึ่งผลจากการทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.7.1 กฎหมายปกครองหมายถึง กฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้อ้างในการออกคำสั่งทางปกครองอันเป็นการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยวางระเบียบการดำเนินงานของฝ่ายปกครองไว้ล่วงหน้า ซึ่งจะต้องผูกพันและต้องปฏิบัติตาม ไม่อาจดำเนินการนอกเหนือจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ได้ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่เรียกชื่ออย่างอื่น แต่มีศักดิ์ระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ ส่วนกฎหมายที่จำกัดอำนาจหรือควบคุมการใช้อำนาจของ

ฝ่ายปกครอง นอกจากจะหมายถึงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ยังมีรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายทั่วไป ที่ศาลปกครองนำมาปรับใช้และวินิจฉัยคดีในแต่ละคดีด้วย และหากเป็นการกระทำในการวินิจฉัยเรื่องที่มีผลกับราษฎรเป็นการเฉพาะตัว โดยอาศัยเครื่องมือออกคำสั่งทางปกครอง นอกจากกฎหมายที่ควบคุมหรือจำกัดอำนาจดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังรวมถึงกฎหมายลำดับรอง คือ กฎต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย

หากเป็นไปตามเงื่อนไขและความหมายดังกล่าวข้างต้น คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบได้เสมอ แต่อย่างไรก็ตาม มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาทงปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติเป็นข้อยกเว้น ไว้เฉพาะมิให้มีการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่เนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครอง และองค์กรที่ทำคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทางทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการ เรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลล้มละลายและศาลชำนาญพิเศษอื่น การออกคำสั่งทางปกครองของรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ในงานทางนโยบายโดยตรง การพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ ในกระบวนการพิจารณาคดีและการวางทรัพย์ การดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ การดำเนินงานเกี่ยวกับการรับราชการทางทหาร หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักร จากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนา

5.1.3.2 รูปแบบและวิธีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3 พบว่า รูปแบบและวิธีการควบคุมตรวจสอบนอกจากจะมีหลักการทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบประกอบด้วย หลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและศาลปกครอง หลักประโยชน์ส่วนรวมตามจุดประสงค์ของฝ่ายปกครอง หลักการบริหารราชการแผ่นดิน หลักดุลยภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หลักความสัมพันธ์ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง

หลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ยังมีมาตรการทางกฎหมายซึ่งเป็นหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงระบบการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองโดยการอุทธรณ์ วิธีการการพัฒนาควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ วิธีการพัฒนาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองและศาลปกครอง และรูปแบบการเพิ่มประสิทธิภาพขององค์กรในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามวรรณกรรมที่ได้ทบทวนในบทที่ 3 ซึ่งจะสรุปผลการวิจัยทั้งหลักการทางทฤษฎี และหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับระบบ รูปแบบและวิธีการการพัฒนาการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวรวมกันเพราะเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันในแต่ละประเด็น ดังนี้

5.1.3.2.1 สรุปผลวิจัยการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1 พบว่า โดยปกติสิทธิการคัดค้านคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองมีสภาพบังคับตามกฎหมายแล้ว ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไข โดยการทบทวนและตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเองมีที่มาจากกรณีอุทธรณ์คัดค้านของผู้มีสิทธิอุทธรณ์ หากได้เกิดจากเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองหยิบยกคำสั่งทางปกครองขึ้นพิจารณาเองไม่ ในการยื่นอุทธรณ์คัดค้านของผู้มีสิทธิอุทธรณ์ ย่อมได้รับหลักประกันว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาอุทธรณ์ด้วยความเป็นธรรมก่อนที่จะประชาชนผู้ใช้สิทธิอุทธรณ์จะนำคำสั่งทางปกครองนั้นโต้แย้งต่อศาลปกครองพิจารณาในเวลาต่อมา สิทธิในการคัดค้านคำสั่งทางปกครองตามหลักการทั่วไปในระบบกฎหมายไทย จะต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมซึ่งเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองชั้นต้นให้พิจารณาทบทวน ก่อนที่จะให้เจ้าหน้าที่ชั้นสูงขึ้นไปอีกชั้นหนึ่งเป็นผู้พิจารณาทบทวน ในขั้นต่อไป จุดประสงค์ของการทบทวนก็เพื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสม อันจะนำมาซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นแล้วแต่กรณี กล่าวคือ หากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งฉบับ ก็อาจมีการเพิกถอนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ส่วนจะเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคต สุดแล้วแต่ว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบนั้นจะให้ประโยชน์ หรือเป็นภาระกับผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองมีการทบทวนแล้วปรากฏว่า คำสั่งทางปกครองฉบับนั้นชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วแต่เจ้าหน้าที่อาจจะทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลลงก็ได้ โดยวิธีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นกัน แต่การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนี้ มีเงื่อนไขที่เคร่งครัดกว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเจ้าหน้าที่ไม่อาจ

ยกเลิกได้ในทุกกรณีแล้วแต่ว่าคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการให้ประโยชน์หรือสร้างภาระหรือไม่เช่นเดียวกัน ส่วนกรณีที่มีการทบทวนแล้วพบว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วนและชอบด้วยกฎหมายบางส่วน เจ้าหน้าที่จะแก้ไข เปลี่ยนแปลงเฉพาะในส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือจะยกเลิกในส่วนที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยก็ได้อันเป็นเอกสิทธิ์เฉพาะของฝ่ายปกครอง ตามเงื่อนไขดังที่กล่าวแล้วข้างต้น แล้วแต่กรณี

แต่อย่างไรก็ตาม ในสภาพความเป็นจริง หลักประกันภายใต้กฎหมายปกครองยังมีการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกันภายในฝ่ายปกครองด้วย ที่ต้องกระทำก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง ให้มีผลไปสู่นุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งกรณีกฎหมายบัญญัติให้เป็นสิทธิของประชาชนไว้อย่างชัดเจน ในกระบวนการพิจารณาก่อนเจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครอง เช่น การพิสูจน์ความจริง การรับฟัง การขอตรวจเอกสาร การคัดค้าน และห้ามมิให้เจ้าหน้าที่กระทำการหรือไม่กระทำการบางประการ เช่น ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น หรือให้เจ้าหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการทำคำสั่งทางปกครองต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคด้วย เป็นต้น (ดูรายละเอียดในภาคผนวก ข.) ส่วนสิทธิอื่นที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจน แต่เกิดจากนักวิชาการ หรือศาลปกครองสร้างบรรทัดฐานไว้ เช่น การทำคำสั่งทางปกครองต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หลักการรักษาความสมดุลประโยชน์ส่วนรวมกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักการบริการสาธารณะ หลักความมีประสิทธิภาพของฝ่ายปกครอง หลักการใช้ดุลพินิจ หลักความสุจริต หลักการมีส่วนร่วม หลักความได้สัดส่วน เป็นต้น ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการทางทฤษฎีที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง มิให้มีการใช้อำนาจของปกครองทำคำสั่งทางปกครองกระทบประชาชนเกินสมควร ตามที่ได้ทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 และจะได้สรุปผลการวิจัยในหัวข้อการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรคณะกรรมการ

จากที่สรุปข้างต้น เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณาอุทธรณ์ ผลที่เกิดจากการพิจารณาอุทธรณ์ก็บังคับเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอุทธรณ์ต้องทำคำสั่งทางปกครองขึ้นใหม่ อันแตกต่างหากจากคำสั่งทางปกครองเดิมในการยืนยัน แก้ไขเปลี่ยนแปลงยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม คำสั่งทางปกครองใหม่จึงเข้าแทนที่คำสั่งทางปกครองเดิม ซึ่งนอกจากเจ้าหน้าที่ต้องนำหลักทางทฤษฎีที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองทั้งหมดข้างต้น มาใช้เพื่อประกันสิทธิเชิงแก้ไขของการวินิจฉัยทบทวนคำสั่งทางปกครองเดิมแล้ว เจ้าหน้าที่จะต้องนำหลักดังกล่าวมาพิจารณาเพื่อประกันสิทธิในเชิงป้องกัน ก่อนที่จะทำคำสั่งทางปกครองครั้งใหม่ควบคู่ไปด้วย อันเป็นเสมือนการบังคับให้อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมในภาพกว้างเช่นกัน

ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองในภาพรวม มีสองระบบ คือ ระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือก และระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ในต่างประเทศ จะใช้ทั้งระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือกและระบบการอุทธรณ์แบบบังคับผสมผสานกัน สุดแล้วแต่ ประเทศใดใช้ระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือกเป็นหลัก และใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับเป็น ข้อยกเว้น หรือจะใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับเป็นหลัก และใช้ระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือก เป็นข้อยกเว้น เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ระบบเพื่อเลือกเป็นหลัก ใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ เป็นข้อยกเว้น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรสเปน และประเทศไทย ใช้ระบบการ อุทธรณ์แบบบังคับเป็นหลักและใช้ระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือกเป็นข้อยกเว้น แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้ผ่อนคลายระบบการอุทธรณ์โดยการบัญญัติข้อยกเว้นมากขึ้น สุดแต่ว่า ประเทศใดจะใช้ระบบใดเป็นหลัก แล้วแต่กรณี แต่ในระบบการอุทธรณ์แบบบังคับนั้น จะกำหนด แยกย่อยลงไปเป็นการอุทธรณ์บังคับเฉพาะและการอุทธรณ์บังคับทั่วไป แต่การอุทธรณ์บังคับทั่วไป จะนำมาใช้กรณีการอุทธรณ์บังคับเฉพาะไม่ได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์ไว้ ซึ่งจะสรุปผลในหัวข้อ ต่อไปของการอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่ายปกครอง

1) การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสองชั้นภายในฝ่ายปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทาง ปกครองภายหลังที่คำสั่งทางปกครองมีผลตามกฎหมายแล้ว มีทั้งระบบการควบคุมตรวจสอบ ภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง และน้ระบบการ ควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง เป็นการควบคุมตรวจสอบเพียงชั้นเดียว เพราะถือว่าเป็น องคาพยพเดียวกัน แต่สภาพความจริงในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่าย ปกครองด้วยกันเอง มีการควบคุมตรวจสอบแยกย่อยลงไปเป็นสองชั้นภายในฝ่ายปกครองเดียวกัน ซึ่งแตกต่างหากจากการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุม ตรวจสอบของศาลปกครอง และองค์กรอิสระ และแตกต่างกับการควบคุมตรวจสอบตามสาย การบังคับบัญชาซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชานั้น ๆ โดยใช้หลักการบริหารราชการ แผ่นดินที่ซ้อนกันอยู่กับการควบคุมตรวจสอบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายที่เป็นฐานในการทำคำสั่ง ทางปกครองนั้น แต่ทั้งสองวิธีการก็ใช้ระบบการทบทวนคำสั่งทางปกครองตามสายการบังคับ บัญชาเป็นหลักเช่นเดียวกัน เพราะหากผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้อยู่ในบังคับบัญชา การทบทวน ส่วนใหญ่ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปจะเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ส่วนการทบทวนนอกสายการบังคับ บัญชา เช่น การทบทวนขององค์กรกลุ่มในรูปของคณะกรรมการเป็นเพียงข้อยกเว้น สำหรับการ ทบทวนตามอำนาจกำกับดูแลอันอาจแยกการควบคุมตรวจสอบได้อีกวิธีหนึ่ง แต่ก็ถือว่าเป็น การ ควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองเดียวกัน ซึ่งจะเกิดขึ้นเฉพาะผู้ถูกกำกับดูแล เป็นราชการส่วน

ท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชนที่เป็นอิสระ ตลอดจนการกำกับดูแลบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เป็นเอกชนซึ่งได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายให้เป็นผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือจากที่กล่าวข้างต้น และในการกำกับดูแลและทบทวนได้ในขอบเขตที่จำกัดเฉพาะในขอบเขตเงื่อนไขของกฎหมายนั้น ๆ ที่ให้อำนาจกำกับดูแลเท่านั้น

จากที่สรุปข้างต้นในการทบทวนคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองตามสายบังคับบัญชาและการกำกับดูแลโดยทั่วไป จะมีการทบทวนไม่เกินสองชั้น เว้นแต่คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยคณะกรรมการที่ไม่อยู่ในสายการบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแล หรือคำสั่งทางปกครองที่ทำโดยผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงานตามสายงานการบริหารราชการแผ่นดิน จะไม่มีการทบทวนภายในฝ่ายปกครองในชั้นใด ๆ เพราะองค์กรดังกล่าวไม่มีผู้บังคับบัญชาหรือไม่มีผู้กำกับดูแลที่เหนือกว่าหรือสูงขึ้นไป หากจะมีการทบทวนตรวจสอบก็ต้องทบทวนตรวจสอบต่างองค์กร ซึ่งเป็นองค์กรภายนอก คือ ศาลปกครองเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อไม่ต้องการให้คำสั่งทางปกครองมีการคัดค้านโดยไม่มีที่สิ้นสุด การทบทวนภายในฝ่ายปกครองจะมีการทบทวนตามหลักการอุทธรณ์บังคับทั่วไปและการอุทธรณ์บังคับเฉพาะ ดังจะสรุปผลได้ต่อไปนี้

1.1) การอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่ายปกครองบังคับทั่วไป

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.4 พบว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองทั่วไปในกฎหมายไทยใช้ระบบมีเงื่อนไขบังคับไม่เกินสองชั้นก่อนมีการฟ้องศาลปกครอง กล่าวคือ จะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อหัวหน้าผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นชั้นแรก และส่งต่อให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สองเป็นผู้พิจารณาในลำดับถัดไป แต่ผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สองจะมีอำนาจเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์นั้นหรือไม่ มีเงื่อนไขบังคับก่อนว่า หัวหน้าผู้ทำคำสั่งทางปกครองในชั้นแรกจะต้องยืนยันว่า คำสั่งทางปกครองเดิมของตนถูกต้องทั้งหมดแล้ว ซึ่งก็คือไม่เห็นด้วยกับคำคัดค้านทั้งหมดของผู้อุทธรณ์นั่นเอง และต้องการให้ผลตามกฎหมายเป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเดิม แต่ในกรณีที่ผู้พิจารณาอุทธรณ์ยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิม ไม่ทั้งหมด คือไม่เห็นด้วยกับคำคัดค้านของผู้อุทธรณ์เป็นเพียงบางส่วน ก็ต้องส่งคำสั่งทางปกครองในส่วนที่ไม่เห็นด้วยให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สองเป็นผู้พิจารณาในลำดับถัดไป ในส่วนที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมก็ต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง ที่เห็นด้วยกับคำคัดค้านของผู้อุทธรณ์เฉพาะส่วนที่เห็นด้วยนั้น เมื่อคำคัดค้านอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์ผ่านการยืนยันคือไม่เห็นด้วยมาจากหัวหน้าผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมในชั้นแรกแล้ว ในชั้นถัดไป คือ การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สอง ซึ่งก็คือ ผู้บังคับบัญชาและผู้กำกับดูแลตามสายงานตามกฎหมายกระทรวง (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2540 ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้อ 2 (ดูในเชิงอรรถที่ 16 ของบทที่ 1) ซึ่งหลักการที่อยู่เบื้องหลัง

ของการกำหนดตำแหน่งผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สอง คือ หลักการบังคับบัญชา และหลักการกำกับดูแลในการบริหารราชการแผ่นดิน

ผลจากการวิเคราะห์การอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่ายปกครองบังคับทั่วไป ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.1 พบว่า การให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ไม่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะการให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ถือว่าเป็นผู้วินิจฉัยในข้อพิพาทของตนเอง อาจมีอคติต่อเรื่องนั้นและถือว่ามีความสัมพันธ์กับประเด็นที่จะวินิจฉัย อันขัดกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ จึงไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ และอีกประการหนึ่ง การที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ย่อมเป็นบุคคลที่มีส่วนได้เสียมีสภาพขัดต่อความเป็นกลางอย่างร้ายแรง ขัดกับหลักการประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 13 และมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะการพิจารณาอุทธรณ์นำไปสู่การทำคำสั่งทางปกครองครั้งใหม่ในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับที่ต้องปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองด้วย แต่อย่างไรก็ตาม การให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลเหนือขึ้นไปเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ชั้นที่สอง มีความสอดคล้องกับหลักการบริหารราชการแผ่นดินที่ให้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์อยู่ในสายงานการบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแล กล่าวคือ ผู้มีอำนาจทบทวนวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สอง คือ ตัวผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองในสังกัดของส่วนราชการนั้น เช่น เจ้าหน้าที่ของสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล ผู้กำกับดูแล คือ นายอำเภอ หัวหน้าส่วนราชการจังหวัดเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้บังคับบัญชาสูงสุดในจังหวัด คือ ผู้ว่าราชการจังหวัด และให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือหากอธิบดีหรือเทียบเท่าในกรมนั้นเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้บังคับบัญชาสูงสุดของอธิบดีในกรม คือ ปลัดกระทรวงและให้ปลัดกระทรวงเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ส่วนนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือหัวหน้าส่วนราชการต่าง ๆ ก็เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ในส่วนราชการนั้น ๆ เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ เป็นต้น

ส่วนเนื้อหาของบททบทวนอุทธรณ์ นอกจากยังมีหลักการบริหารราชการแผ่นดินอันอยู่เบื้องหลังในการพิจารณาด้วยตามที่ได้สรุปข้างต้นแล้ว ยังมีหลักการประกันความเป็นธรรมทางปกครองซึ่งผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 พบว่า การพิจารณาอุทธรณ์สองชั้นแบบบังคับทั่วไป ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ สามารถพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ในขอบเขตที่กว้าง ทั้งทบทวนความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ได้จำกัดขอบเขตเฉพาะเนื้อหาของคำคัดค้านของผู้อุทธรณ์เท่านั้นซึ่งตรงกับขอบเขตการทบทวนตรวจสอบ

คำสั่งทางปกครองตามอำนาจบังคับบัญชา ที่ปรากฏอยู่ในหลักการบริหารราชการแผ่นดินทั่วไปที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะทบทวนและแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาได้ในขอบเขตที่กว้างเช่นกัน ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนการทบทวนตามอำนาจกำกับดูแล ย่อมสามารถทบทวนได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมเช่นกัน แม้มีความเห็นในทางวิชาการว่าผู้กำกับดูแลมีอำนาจทบทวนเฉพาะแต่ความชอบด้วยกฎหมาย แต่เห็นว่า การทบทวนความชอบด้วยกฎหมายจะมีได้ที่เป็นการกำกับดูแลเฉพาะการใช้อำนาจ ตามหลักการกำกับดูแลในการบริหารราชการแผ่นดินทั่วไปเท่านั้น แต่การทบทวนในชั้นอุทธรณ์เป็นการทบทวนตามขอบเขตของกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยตรงแล้ว จึงไม่อาจนำรูปแบบและขอบเขตการทบทวนตามอำนาจกำกับดูแลองค์กรกระจายอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน ที่อาจเป็นการก้าวล่วงความเป็นอิสระขององค์กรดังกล่าวมาจำกัดเฉพาะเพียงทบทวนความชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้ประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง หากให้ผู้กำกับดูแลมีอำนาจทบทวนเฉพาะแต่ความชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเกิดมาตรฐานแตกต่างไปจากการทบทวนของผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปทั้งที่เป็นการทบทวนในชั้นตอนพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายฉบับเดียวกัน

ส่วนระบบการอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่ายปกครองบังคับทั่วไปในกฎหมายต่างประเทศ ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1 พบว่า ระบบการอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่ายปกครองบังคับทั่วไป ในกฎหมายต่างประเทศสรุปได้ ดังนี้

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดให้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น หรือจะยื่นต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ก็ได้ ไม่ได้บังคับว่าต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่และให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ก่อนอย่างระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปในประเทศไทย แต่ให้ผู้อุทธรณ์เลือกที่จะอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม หรือจะยื่นต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องยื่นอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาทั้งหมดเป็นเวลา 1 เดือน เพียงแต่หากผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มีผู้บังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ย่อมเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิมเท่านั้น

สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น หรือจะยื่นต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ก็ได้ เช่นเดียวกับการยื่นอุทธรณ์ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ทั้งหมดจะต้องยื่นอุทธรณ์ภายในเวลาหนึ่งเดือน จุดมุ่งหมายของการให้มีการอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายให้มีการอุทธรณ์ตลอดสายการบังคับบัญชาอย่างระบบการอุทธรณ์ของราชอาณาจักรสเปน แต่เพียงต้องการให้มีการอุทธรณ์ในชั้นเดียวในฝ่ายปกครองเท่านั้น

ราชอาณาจักรสเปนกำหนดให้การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ต้องยื่นตามลำดับเหนือขึ้นไปจนถึงที่สุด แต่จะต้องยื่นต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และเป็นหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวจะต้องส่งคำอุทธรณ์ไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง โดยให้หัวหน้าหน่วยงานนั้นเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ ในการยื่นอุทธรณ์ให้กระทำได้ภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่มีการออกคำสั่งทางปกครอง หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายนั้น ๆ กำหนด กฎหมายถือว่าฝ่ายปกครองได้มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว และให้มีการอุทธรณ์ภายใน กำหนดเวลา 3 เดือน นับจากวันที่เกิดคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉย ซึ่งมีความแตกต่างจาก ประเทศไทย การอุทธรณ์ตามลำดับชั้นของราชอาณาจักรสเปน กำหนดให้ผู้อุทธรณ์สามารถอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ลำดับชั้นสูงกว่าได้ทันทีโดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองอีกครั้ง ทำให้ไม่เสียเวลาในการอุทธรณ์ซึ่งจะประหยัดเวลาในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์เป็นอย่างมาก

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1-3.1.3 พบว่า หลักการทางทฤษฎีของผู้มีอำนาจ

พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ของต่างประเทศ ที่อยู่เบื้องหลังการพิจารณาอุทธรณ์สองชั้นแบบบังคับทั่วไป คือหลักการบังคับบัญชาเช่นเดียวกับประเทศไทย

1.2) การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแบบบังคับเฉพาะ

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.4 พบว่า การอุทธรณ์บังคับเฉพาะในกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดลักษณะการอุทธรณ์สองชั้นทุกกรณีอย่างการอุทธรณ์บังคับทั่วไป แต่ส่วนใหญ่เพียงแต่ให้มีการพิจารณาอุทธรณ์หนึ่งชั้นเท่านั้น ซึ่งไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ และมีการกำหนดขั้นตอน วิธีการการยื่นอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับที่แตกต่างกันไป แล้วแต่ว่า กฎหมายซึ่งเป็นที่มาของการทำคำสั่งทางปกครองนั้นกำหนดไว้ เช่น พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 กำหนดขั้นตอนและให้ยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดยื่นอุทธรณ์ต่ออธิบดีกรมประมง หรือพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 กำหนดขั้นตอนและให้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข หรือพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กำหนดขั้นตอนและให้ยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น

ส่วนระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองบังคับเฉพาะในกฎหมายต่างประเทศผลของการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1-3.1.3 พบว่า ระบบการอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่าย

ปกครองบังคับเฉพาะ ในกฎหมายต่างประเทศ ทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และราชอาณาจักรสเปน กำหนดขั้นตอนการยื่นอุทธรณ์ มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการอุทธรณ์บังคับเฉพาะในระบบกฎหมายประเทศไทย

ผลของการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า หลักการทางทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองบังคับเฉพาะ คือ หลักการบังคับบัญชาตามสายงานการบริหารราชการแผ่นดิน ที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาในสายงานเดียวกัน เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ เหมือนกับระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองบังคับทั่วไป เว้นแต่กฎหมายเฉพาะนั้นจะกำหนดผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ คือ คณะกรรมการ แต่ที่มาของคณะกรรมการที่เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง ก็เป็นผู้ได้บังคับบัญชาของประธานกรรมการในขณะนั้น ซึ่งใช้หลักบริหารราชการแผ่นดินควบคุมตรวจสอบเช่นเดียวกัน ตามที่ได้ทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3 เรื่องการควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม จากการทบทวนวรรณกรรมดังกล่าวข้างต้น การมีระบบอุทธรณ์แบบบังคับทั้งสองวิธีมีข้อดีอยู่หลายประการ เช่น เป็นการคัดกรองก่อนจะมีคดีขึ้นสู่ศาล ช่วยลดภาระของศาลปกครอง หรือช่วยยืดระยะเวลาก่อนคดีจะถึงศาลปกครอง หรือทำให้ทราบขอบเขตของเรื่องและเกิดประเด็นที่ชัดเจนขึ้นหากมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และทำให้ผู้อุทธรณ์ทราบเหตุผลของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ประกอบการตัดสินใจว่าจะมีประโยชน์หรือไม่ หากจะฟ้องคดีต่อศาล และจะช่วยเป็นการระงับข้อพิพาทโดยไม่ต้องฟ้องศาลปกครอง เป็นต้น

ผลจากการสัมภาษณ์ผู้ทำงานในภาคปฏิบัติ คือ ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งเป็นองค์กรเดียว หรือบุคคลคนเดียวพบว่า ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์จะมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมในชั้นอุทธรณ์น้อย และโดยเฉพาะหากผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ในชั้นแรก ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ข้อมูลว่า ไม่เคยวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปตามความการของผู้อุทธรณ์เดิมเลย ถ้าจะแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบ้าง ก็ในฐานะใช้อำนาจในกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สอง ต่อจากผู้พิจารณาอุทธรณ์ชั้นแรกซึ่งเป็นบุคคลคนละคนกัน เหตุผลที่มีการยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิมหรือมีการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองน้อย เพราะผู้ที่ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติเห็นว่า หากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่คงไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นมาแต่เริ่มแรก และบางกรณีในการทำคำสั่งทางปกครองแต่ละครั้ง ผู้บังคับบัญชาของผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง มักจะวางแผนทางปฏิบัติไว้ล่วงหน้าไปแล้ว หากเกิดความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามแนวทางที่ผู้บังคับบัญชากำหนดไว้ ย่อมมีผลและความรับผิดชอบต่อตัวตำแหน่งและในทางส่วนตัวด้วย ไม่ว่าจะเป็นผลต่อการแต่งตั้ง โยกย้าย รับผิดชอบละเมิด หรือดำเนินการทางวินัยด้วย นอกจากนั้น

หากมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมไป เสมือนเป็นการยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองเดิมที่ตนเคยออกคำสั่งไปนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจจะต้องถูกฟ้องเป็นจำเลยได้ ไม่ว่าจะทั้งทางละเมิดทางอาญา และเป็นการลดความน่าเชื่อถือของหน่วยงาน เพราะในการปฏิบัติหน้าที่ต้องได้รับความไว้วางใจจากประชาชนด้วยเสมอ และแม้ในการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม จะขัดต่อความกลางเพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับเรื่องที่พิจารณา ก็เป็นเพียงขั้นตอน วิธีการในการทำคำสั่งเท่านั้นจะ ไม่มีผลต่อเนื้อหาในตัวคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่จะต้องเพิกถอนหรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งแต่อย่างใด

2) การทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.4 พบว่า การทูลเกล้าฯ บังคับทั่วไปในประเทศไทย

เมื่อมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลบังคับต่อไปทันที ไม่มีเหตุที่จะทูลเกล้าฯ บังคับแต่อย่างใด ยกเว้นผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม หรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ แล้วแต่กรณีจะทูลเกล้าฯ บังคับคำสั่งทางปกครองไว้ หรือมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้มีการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้โดยชัดแจ้ง เช่น พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 63 บัญญัติว่า ถ้านายทะเบียนท้องที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาต ในกรณีที่มีการอุทธรณ์ระยะเวลาที่กำหนดไว้ และเมื่อได้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีแล้ว การปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนท้องที่นั้นให้พักไว้จนถึงวันที่ผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยของรัฐมนตรี

ผลของการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า หลักการที่อยู่เบื้องหลังของการทูลเกล้าฯ บังคับ คือหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครอง หลักการใช้ดุลพินิจ หลักดุลยภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล

ผลจากการวิเคราะห์การทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างการอุทธรณ์ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.2 พบว่า การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครอง ไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพราะเจ้าหน้าที่สามารถบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ทันทีโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีผู้ใดได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ ผลก็คือแม้มีการเพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นในภายหลังไม่ว่าโดยองค์กรใดก็ตาม ความเสียหายก็ไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมได้ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคสาม และมาตรา 63/2 ก็ไม่ได้บัญญัติรับรองให้มีสิทธิยื่นคำขอมาด้วยซึ่งเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ แต่ตามหลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้ทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.9 จะต้องมีความเหมาะสมตามหลักความได้ สัดส่วนเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วย บทบัญญัติของกฎหมายในมาตราดังกล่าวข้างต้น จึงมุ่งแต่ คำหนึ่งถึง ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเป็นหลัก ไม่ได้มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลตามจุดมุ่งหมายของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ต้องการหาจุดสมดุล ระหว่างประสิทธิภาพกับความเป็นธรรม

ส่วนการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในกฎหมายต่างประเทศผลจากการ ทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1 - 3.1.3 การทูลเกล้าการบังคับภายในฝ่ายปกครอง พบว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่มีผลต่อการสั่งทูลเกล้าการบังคับอย่างเช่น ประเทศไทย แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้ระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือกที่จะอุทธรณ์คำสั่งก่อนจะฟ้องศาล ปกครองหรือไม่ก็ได้ และแม้ยังไม่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแต่ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณา อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายย่อมมีสิทธิยื่นคำขอต่อศาลให้มีการทูลเกล้า การบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ กรณีศาลปกครองมีคำสั่งทูลเกล้าการบังคับให้ยอมมีเหตุอัน ควรสงสัยแล้วว่า คำสั่งทางปกครองนั้น อาจมีปัญหาเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ทำให้ฝ่าย ปกครองมีโอกาสทบทวนคำสั่งนั้นให้รอบคอบยิ่งขึ้น

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยทั่วไปก่อนที่จะนำคำสั่งทางปกครองมาฟ้องต่อศาล ปกครองได้นั้น ผู้ฟ้องคดีถูกบังคับต้องโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครองเสียก่อน เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยการใช้อุทธรณ์บังคับเป็นหลัก ด้วยการขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง ทบทวนคำสั่งนั้นอีกครั้งหนึ่ง ระหว่างโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองอยู่ หากไม่ใช่คำสั่งใน รูปแบบเป็นพิธีการซึ่งไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นก่อน เพราะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดย เจ้าหน้าที่สูงสุดในสหพันธ์ และคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อบุคคลที่สาม การอุทธรณ์มีผลต้อง ทูลเกล้าคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนโดยอัตโนมัติ ส่วนในกรณีอื่น ๆ ฝ่ายปกครองสามารถบังคับตาม คำสั่งทางปกครองได้ทันทีไม่มีผลต้องทูลเกล้าตามคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

ราชอาณาจักรสเปน เมื่อได้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว หน่วยงานที่ พิจารณาอุทธรณ์ สามารถทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนหรือไม่ก็ได้ อันเป็นดุลพินิจ เช่นเดียวกับประเทศไทย หากเมื่อบังคับตามคำสั่งทางปกครองแล้ว จะทำให้เกิดความเสียหายยาก แก่การเยียวยา หรือไม่สามารถเยียวยาได้ หรือเป็นการอุทธรณ์อ้างเหตุโมฆะตามกฎหมาย

ดังนั้น การทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐ ฝรั่งเศสเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ก็ได้ และระบบการอุทธรณ์ คำสั่งทางปกครองโดยทั่วไปไม่มีผลการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพราะมิได้เป็น เงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ในทางตรงกันข้าม การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตาม

กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นสิทธิของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง ที่จะอุทธรณ์และบังคับเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาอุทธรณ์นั้น เมื่อมีการอุทธรณ์แล้วจะมีผลเป็นการชะลอการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเป็นการชั่วคราวในทันที เพราะการอุทธรณ์ในกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นเงื่อนไขบังคับที่สำคัญหากต้องการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความศาลปกครอง (VwGO) มาตรา 68 (1) และ (2) กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้ถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง จะนำข้อโต้แย้งมาสู่การพิจารณาต่อศาลปกครอง สำหรับคดีประเภทโต้แย้งสิทธิ (Anfechtungsklage) คำฟ้องประเภทขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) จะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อน อันแตกต่างกับราชอาณาจักรสเปน ที่เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองขึ้นแล้วเจ้าหน้าที่จะมีคำสั่งทุเลาการบังคับไว้ก่อนหรือไม่ก็ได้ ซึ่งเหมือนกับประเทศไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันดังที่ได้สรุปข้างต้น

ผลจากการสัมภาษณ์ผู้ทำงานในภาคปฏิบัติซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองและเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ พบว่า หากกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีการชะลอหรือพักใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อน ตัวผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์จะไม่ได้พิจารณาในประเด็นการทุเลาการบังคับแต่อย่างใด และหากจะมีการพิจารณาว่าสมควรสั่งทุเลาการบังคับหรือไม่จะพิจารณาเมื่อมีการยื่นอุทธรณ์มาแล้ว และอุทธรณ์นั้นต้องเป็นอุทธรณ์ที่ครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมาย ไม่ว่าจะรูปแบบ เนื้อหาของการคัดค้าน และต้องเป็นการยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วย แล้วมาซึ่งน้ำหนักต่อว่า จำเป็นจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งให้เกิดผลในทันทีหรือไม่ เช่น ความเสียหายในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ประโยชน์ส่วนรวม ความจำเป็นเร่งด่วนอื่น ๆ โดยทั่วไป แต่โดยทั่วไปแม้ไม่เกิดความเสียหายในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองหรือไม่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือไม่มีความจำเป็นเร่งด่วน เจ้าหน้าที่จะไม่มีการพิจารณาหรือมีคำสั่งทุเลาการบังคับให้ โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้ใด เพราะหากผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการบังคับตามคำสั่งนั้น ก็สามารถใช้สิทธิขอคุ้มครองต่อศาลปกครองได้อยู่แล้ว และแม้แต่เจ้าหน้าที่จะเห็นว่า สมควรทุเลาการบังคับตามคำสั่งไว้ก่อน ก็จะไม่มีการแจ้งให้ผู้ใดทราบแม้กระทั่งผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่รอการบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ เพราะเมื่อพ้นระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นจะถึงที่สุด ไม่สามารถร้องขอให้หน่วยงานใดบังคับให้เพิกถอนคำสั่งนั้นได้อีกโดยเฉพาะศาลปกครอง เพราะประเทศไทยใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับและการบังคับให้ต้องอุทธรณ์อยู่ภายใต้เงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลปกครอง

ส่วนในการพิจารณาทุเลาการบังคับตามคำสั่งในระหว่างพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมจากการสัมภาษณ์ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเดิม พบว่า โดยส่วนใหญ่แล้ว

เจ้าหน้าที่จะไม่มีการพิจารณาทุเลาการบังคับไว้ เนื่องจากกฎหมายมิได้บังคับไว้เป็นหลักการทั่วไปไว้เช่นนั้น เพียงแต่เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาและมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับหรือไม่ ในลักษณะบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้น เพื่อแสดงให้เห็นเจ้าหน้าที่ทราบว่า ตนเองสามารถใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น ได้ทันทีแม้จะมีการยื่นอุทธรณ์ก็ตาม เพราะมีข้อสันนิษฐานว่า คำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายจนกว่าจะมีการเพิกถอนเท่านั้น ไม่ได้เป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคู่กรณี หรือผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เพราะหากประสงค์ให้การทุเลาการบังคับเป็นสิทธิและเสรีภาพคงจะบัญญัติให้สิทธิบุคคลยื่นคำขอได้ด้วย ในลักษณะเดียวกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด อันเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาและมีเหตุผลหนักแน่นในการสั่งทุเลาการบังคับ เพราะคำสั่งให้มีการทุเลาการบังคับหรือไม่ ย่อมกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมาย ถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งที่สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์และฟ้องศาลปกครองต่อไปด้วย มิใช่เป็นสิทธิของเจ้าหน้าที่ว่าจะใช้ดุลพินิจพิจารณาสั่งทุเลาการบังคับหรือไม่เพียงฝ่ายเดียว

ผลจากการสัมภาษณ์ผู้ที่ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้วว่า เมื่อฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครอง จะไม่มีการสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ตนออกเลย เนื่องจากกฎหมายมิได้บังคับให้ฝ่ายปกครองพิจารณาการทุเลาการบังคับไว้ชัดเจน เป็นเพียงแต่ข้อยกเว้นให้ใช้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ที่จะสั่ง ทุเลาการบังคับหรือไม่เท่านั้น เสมือนเป็นสิทธิของเจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาหรือไม่ก็ได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ยกเรื่องการทุเลาการบังคับขึ้นมาพิจารณาเองย่อมเป็นการต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการ และทำให้จุดประสงค์ของการออกคำสั่งทางปกครองล่าช้าออกไป ทั้งที่กฎหมายมิได้บังคับเจ้าหน้าที่ไว้ อีกทั้ง กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนให้สิทธิคู่กรณีสามารถยื่นคำขอได้ด้วย เห็นว่า จึงเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเป็นกรอบบังคับให้ต้องปฏิบัติเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดเป็นกรอบบังคับผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็ใช้ดุลพินิจตัดสินใจ โดยไม่จำเป็นและมีความผูกพันที่จะต้องพิจารณาเช่นนั้น แต่เป็นเรื่องความอิสระของผู้ใช้อำนาจจะพิจารณาเป็นการเฉพาะ อันเป็นเรื่องการให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และความรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของตัวเจ้าของอำนาจนั้นเฉพาะบุคคลมากกว่า ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการสั่งทุเลาการบังคับภายในฝ่ายปกครองตามไปด้วย ว่าจะต้องนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ และจะใช้ได้แค่ไหน เพียงใด

3) ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.4 ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ภายในฝ่ายปกครอง พบว่า ทั้งระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปและระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะ มีการกำหนดระยะเวลาที่

แตกต่างกัน นอกจากนั้นภายในระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะด้วยตนเอง ก็ยังกำหนดระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์ที่แตกต่างกันไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ ความแตกต่างกันอีกประการหนึ่ง คือ ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ซึ่งเป็นระยะเวลาใช้สิทธิของผู้อุทธรณ์ มีเวลาดำเนินการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งเป็นระยะเวลาวินิจฉัยอุทธรณ์สำหรับเจ้าหน้าที่ เช่น พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งพักใช้ หรือระงับ หรือเพิกถอนใบอนุญาตต่ออธิบดีกรมประมงภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง ให้อธิบดีหรือรัฐมนตรีวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 60 วัน หรือพระราชบัญญัติมาตราซังตวงวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557 ให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาต พักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 30 วัน และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์จะต้องพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ให้เสร็จสิ้นภายใน 45 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ส่วนระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปกำหนดให้ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายใน 15 วัน แต่ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ให้เสร็จภายใน 90 วัน เป็นต้น จากสรุปดังกล่าว กระบวนการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในรูปของผู้มีอำนาจคนเดียว และในรูปของคณะกรรมการหรือองค์กรกลุ่มจะมีระยะเวลาที่ไม่แตกต่างกัน ทั้งในสภาพความเป็นจริง การพิจารณาระบบคณะกรรมการ จะต้องใช้เวลาในการพิจารณาวินิจฉัยนานกว่า เพราะต้องใช้เวลาดำเนินการหลายขั้นตอนกว่าจะมีการประชุมวินิจฉัยอุทธรณ์จริง เช่น ต้องแจ้งนัดหรือเชิญประชุม หรือเตรียมความพร้อมการประชุม และที่สำคัญการพิจารณาต้องครบองค์ประชุม ตามความมุ่งหมายที่ต้องการความรอบคอบและประสิทธิของการวินิจฉัยอุทธรณ์

1.1) ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบังคับทั่วไป

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.4 พบว่า ระยะเวลาในการยื่นการอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปในกฎหมายไทยมีการบังคับให้ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลา 15 วัน นับจากวันที่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครอง หากไม่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองเลยให้ระยะเวลาดังกล่าว ขยายเป็น 1 ปี ดังนั้น ระยะเวลาต่ำสุดในการยื่นอุทธรณ์ คือ 15 วัน ระยะเวลาสูงสุดในการยื่นอุทธรณ์ คือ 1 ปี แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ก็เพราะต้องการให้คำสั่งทางปกครองมีความมั่นคงแน่นอน ไม่อาจจะยื่นคำขอให้มีการเปลี่ยนแปลง แก้ไขได้อีก

ส่วนระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบังคับทั่วไปในต่างประเทศ ผลของการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1-3.1.3 พบว่า

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดให้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น หรือจะยื่นต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ก็ได้ แต่ทั้งหมดจะต้องอุทธรณ์ภายในเวลาหนึ่งเดือน

สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น หรือจะยื่นต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ก็ได้ แต่ทั้งหมดจะต้องอุทธรณ์ภายในเวลาหนึ่งเดือน

ราชอาณาจักรสเปน การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ตามลำดับชั้นไปจนถึงที่สุดซึ่งจะต้องยื่นอุทธรณ์โดยผู้มีส่วนได้เสีย และให้ยื่นต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และเป็นหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวจะต้องส่งคำอุทธรณ์ ไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง โดยให้หัวหน้าหน่วยงานนั้นเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ และมาตรา 115 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวยังบัญญัติต่อไปว่า การยื่นอุทธรณ์นั้นให้กระทำได้ภายในหนึ่งเดือน นับแต่วันที่มีการออกคำสั่งทางปกครอง หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉย ไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายนั้น ๆ กำหนด กฎหมายถือว่า ฝ่ายปกครองได้มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว และให้มีการอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลา 3 เดือนนับจากวันที่เกิดคำสั่งทางปกครองโดยการนิ่งเฉย

จากที่สรุปข้างต้น ทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และราชอาณาจักรสเปน มีระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปเหมือนกัน คือ กำหนดการยื่นอุทธรณ์ภายในหนึ่งเดือน แต่ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปในกฎหมายไทยกำหนดไว้ภายใน 15 วัน

1.2) ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบังคับเฉพาะ

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.4 ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะในระบบกฎหมายไทย พบว่า การยื่นอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะกฎหมายจะกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์แตกต่างกันออกไป ซึ่งต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 กำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ภายใน 10 วัน หรือพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดให้ยื่นอุทธรณ์ภายใน 30 วัน หรือพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ภายใน 48 ชั่วโมง หรือพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2560 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ภายในกำหนด 30 วัน หรือพระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ภายใน 30 วัน หรือพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ภายใน 30 วัน หรือพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ ภายใน 90 วัน เป็นต้น

ส่วนระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบังคับเฉพาะในต่างประเทศ จากผลของการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1-3.1.3 พบว่า กำหนด

ระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ในแต่ละเรื่อง อันเหมือนกับการกำหนดระยะเวลาการขึ้นอุทธรณ์ตามระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะในระบบกฎหมายไทยที่มีความแตกต่างกัน เช่นเดียวกัน

ผลของการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า หลักการที่อยู่เบื้องหลังของการกำหนดระยะเวลาการขึ้นอุทธรณ์ คือหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครอง

ผลจากการวิเคราะห์ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.3 พบว่า การกำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง และเกิดมาตรฐานแตกต่างกัน เนื่องจากการขึ้นอุทธรณ์ตามหลักกฎหมายทั่วไปกำหนดการขึ้นอุทธรณ์ภายใน 15 วัน แต่ระยะเวลาการขึ้นอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับก็มีความแตกต่างกัน เช่น ให้ยื่นอุทธรณ์ภายใน 7 วันบ้าง ภายใน 30 วันบ้าง หรือภายใน 60 วันบ้าง หรือแม้แต่การขึ้นอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะด้วยตนเองก็ไม่มีเป็นมาตรฐานเดียวกัน แม้ฝ่ายผู้ตรวจจะอ้างว่า เพื่อความเหมาะสมตามลักษณะเฉพาะของเรื่อง แต่เมื่อนำมาปฏิบัติไม่ได้มีเหตุผลพิเศษหรือสะท้อนความเหมาะสมตามความเป็นจริงแต่อย่างใด แต่ระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐยาวกว่าระยะเวลาการขึ้นอุทธรณ์ของผู้มีสิทธิอุทธรณ์ เช่น กำหนด 90 วันบ้าง 180 วันบ้างไปตามลักษณะเฉพาะตามกฎหมายแต่ละฉบับ รวมถึงระยะเวลาการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่กำหนดไว้ 90 วัน ซึ่งยาวกว่าระยะเวลาการขึ้นอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครองเช่นกัน จึงเกิดสภาพการขาดสมดุลไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น ระยะเวลาการขึ้นอุทธรณ์ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลจะต้องมีความยาวนานเพียงพอระดับหนึ่ง อย่างน้อยต้องสอดคล้องกับระยะเวลาการคุ้มครองในการใช้สิทธิทางศาลหรือสอดคล้องกับระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เพื่อให้มีมาตรฐานเดียวกัน แต่ในระบบกฎหมายไทยไม่สอดคล้องตามที่กล่าวข้างต้น ระยะเวลาที่ควรจะเป็นคือ หากกำหนดให้ระบบอุทธรณ์บังคับทั่วไปต้องยื่นอุทธรณ์ภายใน 15 วัน ระยะเวลาการยื่นฟ้องและระยะเวลาวินิจฉัยอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ต้องกระทำภายใน 15 วันด้วยเพื่อให้เกิดสภาพสมดุลอันสอดคล้องกับระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และราชอาณาจักรสเปน ที่ทั้งระยะเวลาการขึ้นอุทธรณ์และระยะเวลาการยื่นฟ้องคดีมีสภาพสมดุล

ผลจากการสัมภาษณ์นักวิชาการ ผู้ทำงานในภาคปฏิบัติ และผู้มีประสบการณ์ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง พบว่า มีความเห็นแตกต่างกัน เช่น ควรกำหนดระยะเวลาการขึ้นอุทธรณ์ตามการอุทธรณ์แบบบังคับให้สอดคล้องกับระยะเวลาการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง คือ 90 วันบ้าง ควรกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นเวลา 30 บ้าง 60 วันบ้าง หรือแล้วแต่ความเหมาะสมบ้าง เนื่องจากบางครั้งผู้อุทธรณ์ต้องไปปรึกษาทนายความ

หรือให้บุคคลอื่นเขียนอุทธรณ์ให้เพราะกฎหมายบังคับต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องใช้เวลาเตรียมเอกสาร หรือขอเอกสารจากหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเพื่อสนับสนุนคำอุทธรณ์

แต่ทั้งหมดมีความเห็นตรงกันว่า ควรมีมาตรฐานเดียวกันและมีระยะเวลาไม่น้อยกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายเดิม ส่วนประเด็นกฎหมายเฉพาะกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์แตกต่างกัน หากกฎหมายเฉพาะมีความจำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์เช่นนั้นจริง ๆ ก็ต้องให้เป็นไปตามนั้น ซึ่งต้องพิจารณาบททวนตามกฎหมายในแต่ละฉบับ หากไม่มีเหตุผลจำเป็นก็ควรใช้มาตรฐานเดียวกัน เพราะพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติขึ้นในภายหลังจึงไม่อาจมีมาตรฐานเดียวกันได้ แต่หลังจากมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้นแล้วควรบัญญัติระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ให้ชัดเจนให้สอดคล้องกับระยะเวลาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป

5.1.3.2.2 สรุปผลวิจัยการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.2 พบว่า หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองรัฐธรรมนูญได้รับรอง และคุ้มครองไว้ในฐานะรัฐเป็นผู้มีหน้าที่ปฏิบัติให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกิดผลเป็นจริงได้ ในการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ย่อมหมายถึง สิทธิและเสรีภาพในความเสมอภาค สิทธิและเสรีภาพที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายด้วย และผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.2.3 พบว่า การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายและเกิดความเสมอภาค เป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามหลักกฎหมายปกครองที่เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครอง จะต้องนำมาปฏิบัติให้เกิดผลได้ในความเป็นจริง ซึ่งคำสั่งทางปกครองใดที่คู่กรณีไม่มีการอุทธรณ์ ย่อมไม่อาจรับรอง และคุ้มครองได้ว่า คำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายและเกิดความเสมอภาคได้เสมออันขัดกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จากการใช้อำนาจตามหน้าที่ของฝ่ายปกครอง แต่การที่ผู้มีสิทธิอุทธรณ์สละสิทธิอุทธรณ์หรือไม่ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์ ย่อมไม่พ้นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องผูกพันตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ในความเสมอภาคของผลของคำสั่งทางปกครองนั้น แม้การที่ไม่มีการยื่นอุทธรณ์ด้วยเหตุผลอื่นใดหรืออาจจะพอใจในผลของคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ด้วยหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรักษาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในภาพรวมไว้เพื่อรักษาความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมายตามผลของคำสั่งทางปกครองเสมอ และผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า ไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง หลังจากสิ้นสุดระยะเวลาอุทธรณ์และไม่มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และให้เกิดผลในความเสมอภาคในทุก ๆ คำสั่ง ในข้อเท็จจริง

และข้อกฎหมายอย่างเดียวกัน และเมื่อไม่มีคู่กรณีไต่ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จะส่งผลต่อการตรวจสอบของศาลปกครองเช่นกัน เพราะการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของศาลปกครอง จะมีเงื่อนไขบังคับก่อนว่า ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งนั้นภายในฝ่ายปกครองมาก่อน ตามที่ได้สรุปแล้วในหัวข้อ 5.1.3.2 (1)

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า หลักการที่อยู่เบื้องหลังของการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่อุทธรณ์ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐและนิติธรรม ความเสมอภาคตามหลักกฎหมายทั่วไปและความเสมอภาคตามหลักกฎหมายปกครอง

ผลจากการวิเคราะห์การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่อุทธรณ์ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.2 พบว่า แม้การที่คู่กรณีไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์จะไม่มีปัญหาเรื่องความเสมอภาคตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป แต่ความเสมอภาคตามหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปเป็นความเสมอภาคในฐานะประชาชนด้วยกันเอง ไม่อาจนำความเสมอภาคต่อการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ได้ การที่ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ไม่ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์ยอมไม่พินหน้ำที่ของเจ้าหน้าที่ที่จะทำคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหลักการย่อยในนิติรัฐและนิติธรรม และเป็นที่ยอมรับกันว่า หากเรื่องใดที่กฎหมายปกครองไม่ได้บัญญัติไว้ ฝ่ายผู้มีอำนาจตามกฎหมายประสงค์ให้มีการพัฒนาที่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น ให้เกิดจุดสมดุลระหว่างประสิทธิภาพและความเป็นธรรม

ผลจากการสัมภาษณ์ผู้ใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครอง พบว่า เมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ถ้าไม่มีคู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้ออกคำสั่งจะไม่มีการหยิบยกคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นมาพิจารณาทบทวนอีก อันเป็นการสร้างภาระกับผู้ออกคำสั่งโดยไม่จำเป็น แม้จะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นคำสั่งที่ยุติโดยสมบูรณ์แล้ว หากนำคำสั่งนั้นไปฟ้องคดี ศาลปกครองก็ไม่รับฟ้องคดีอยู่ดีเพราะไม่มีการแก้ไขความเดือดร้อน เสียหายจากองค์กรภายในฝ่ายปกครองมาก่อน คือ ไม่มีการอุทธรณ์มาก่อน ส่วนกรณีที่คำสั่งทางปกครองกรณีอื่น ๆ ที่เป็นข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่ผลของคำสั่งมีความแตกต่างกัน ไม่ได้ทำให้เกิดความไม่เสมอภาค เพราะความไม่เสมอภาคจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายรับรอง คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้ แต่มีการปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน หรือเลือกปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน เพราะที่กำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมืองตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่การไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ของคู่กรณี ไม่ได้เกิดจากฝ่ายเจ้าหน้าที่และไม่ได้เลือกปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างข้างต้น แต่เป็นความสมัครใจรับผลตามกฎหมายของ ผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งนั้นเองในการไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ จึง

ถือว่า ไม่ใช่ความไม่เสมอภาค และในความเป็นจริง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้พิจารณารายละเอียดลึกกลงไปถึงความไม่เสมอภาคของผลของคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น แม้จะทำคำสั่งหลาย ๆ คำสั่งต่างเวลากันก็ตาม เพราะผู้ออกคำสั่งมุ่งพิจารณาเพียงความชอบด้วยขั้นตอน วิธีการ และในเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องนั้นว่า ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่เท่านั้น

ส่วนในการพัฒนาคู่ครองสิทธิของประชาชน ให้เกิดมาตรฐานของคำสั่งทางปกครองเดียวกัน ในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดียวกัน เป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในภาคปฏิบัติเห็นด้วยควรมีวิธีการทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายเดียวกัน อาจเกิดจากภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเอง หรือจากองค์กรภายนอกก็ได้ หากไม่มีปัญหาและอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินมากนักจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับและได้ใช้มาตรการทางปกครองบังคับไปแล้ว อันเป็นการพัฒนาการตรวจสอบอย่างหนึ่ง ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย อีกประการหนึ่ง ผู้ที่ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติ เห็นว่า หากมีการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองใดขึ้นแล้ว เมื่อไม่มีผู้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นตามกฎหมาย ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นจะไม่มี การพิจารณาแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นอีก เนื่องจากผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครองคงเห็นแล้วว่า ถูกต้องตามกฎหมายและให้มีผลยุติเช่นนั้น ถ้าหากเห็นว่า ไม่ถูกต้องตามกฎหมายคงจะมีการใช้สิทธิอุทธรณ์คัดค้านดังกล่าวขึ้นแล้ว เนื่องจากเป็นสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองโดยยื่นอุทธรณ์ให้มีการทบทวน แก้ไขได้อยู่แล้ว ผลของคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นจึงยุติลงไปพร้อมกับการสิ้นสุดระยะเวลาอุทธรณ์ ซึ่งเป็นความต้องการและจุดประสงค์ของผู้ทำสั่งทางปกครองนั้น ให้เสร็จสิ้นด้วยเวลาอันรวดเร็ว ประกอบกับหากนำคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นมาทบทวนตรวจสอบอีก เป็นการเพิ่มภาระงานโดยไม่จำเป็น เพราะฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากอยู่แล้ว

5.1.3.2.3 สรุปผลวิจัยการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.1 - 3.2.3 พบว่า ขอบเขตการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย และขอบเขตการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองต่างประเทศ คือ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ มีความเหมือนและแตกต่างกันตามแต่ระบบการปกครอง และการจัดรูปแบบองค์กรภายในของแต่ละประเทศ อันเป็นแนวทางและบังคับบุคลากรในองค์กรปฏิบัติให้มีมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งสามารถจำแนกการควบคุมตรวจสอบได้ทั้งหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมีลักษณะเป็นกฎ หรือมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือมีลักษณะเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง ที่เป็นมาตรการการบริหารภายในโดยแท้ ดังนี้

1) การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.3 พบว่า ในการออกคำสั่งทางปกครองของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้มีการนำเอาหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายบริหาร ที่ผู้บังคับบัญชาสั่งผู้ใต้บังคับบัญชามาเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองจำนวนมาก ซึ่งเป็นรายละเอียดกำหนดการปฏิบัติงานภายในกระทรวง กรม หรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง โดยทั่วไปหากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเหล่านั้นแม้ไม่ได้เป็นกฎหมาย แต่มีการนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัตินั้นมาใช้ เพื่อเป็นเหตุผลในการทำคำสั่งทางปกครอง และมาใช้บังคับกับราษฎรอันขัดกับหลักนิติรัฐที่ว่า เจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจได้เฉพาะกรณีมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าวย่อมมีผลต่อตัวเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาเพราะเป็นข้อสั่งการของผู้บังคับบัญชา แม้ไม่มีตัวบทกฎหมายให้อำนาจไว้ชัดเจน แต่ถือว่าเป็นอำนาจทั่ว ๆ ไปตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน หากไม่ปฏิบัติตามอาจต้องถูกลงโทษตามกฎหมายเรื่องวินัยของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ ในการสั่งการของผู้บังคับบัญชาใช้รูปแบบต่าง ๆ หลายประเภทแฝงไว้ในรูปหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ เช่น อธิบาย หรือการตีความถ้อยคำของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายระดับรอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่มีแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง หรือกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจ เพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน หรือกำหนดเรื่องนโยบาย ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี ให้ราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่นปฏิบัติ หรือจัดระเบียบการบริหารงานภายในองค์กร หรือขอความร่วมมือ แจ้งข่าวสาร ประชาสัมพันธ์ในเรื่องต่าง ๆ ให้ข้าราชการ หรือประชาชนทราบ หรือแนะนำชี้แจงการปฏิบัติราชการ ตอบข้อหารือปัญหาต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง

หลักการที่อยู่เบื้องหลังดังกล่าว คือ หลักการควบคุมตรวจสอบตามสายงานการบังคับบัญชาและการกำกับดูแล ในการบริหารราชการแผ่นดิน

1.1) การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศ

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.1 - 3.2.2 พบว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือหลักว่า หนังสือเวียน และแนวทางการเตรียมการที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใด เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองโดยมีวัตถุประสงค์มุ่งจัดระบบภายในและการปฏิบัติงานของหน่วยงาน หรือบริการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองซึ่งมิได้มุ่งบังคับกับราษฎร โดยตรง จะมีผลกระทบต่อราษฎรโดยทางอ้อมเท่านั้น ไม่อาจมีการควบคุมตรวจสอบได้ ซึ่งมีทั้งมาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แบ่งเป็นหนังสือเวียนและมาตรการวางกฎระเบียบภายในของหน่วยงาน เช่น

คำสั่งจัดเวรยามการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการตำรวจ คำสั่งกำหนดการแต่งกายของนักเรียน และมาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายหรือเฉพาะกรณี เช่น คำสั่งที่มุ่งใช้บังคับกับผู้ให้บริการ คำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาคนใดคนหนึ่ง โดยมีรูปแบบต่าง ๆ เช่น หนังสือเวียนหรือคำสั่งของหน่วยงาน หนังสือเวียนเกี่ยวกับการตีความ ให้ความเห็น ข้อเสนอ ข้อเสนอแนะ คำเตือน หรือกฎข้อบังคับ เป็นต้น

ส่วนประเทศอังกฤษ ส่วนราชการมักจะออกกฎเกณฑ์ แนวทางปฏิบัติ หนังสือเวียน คำแนะนำ นโยบายขึ้นมาเอง ซึ่งอยู่นอกเหนือฝ่ายนิติบัญญัติ และอยู่นเหนือการควบคุมตรวจสอบ แม้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจสร้างกฎเกณฑ์ แนวทางปฏิบัติ นโยบายขึ้นมาเองโดยปริยาย เพื่อเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจ ในการตีความกฎหมาย ในรูปของคำสั่ง กฎข้อบังคับ เช่นในเรื่องการให้คำแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ในต่างจังหวัดหรือองค์กรท้องถิ่นเพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ กระบวนการในการออกใบอนุญาตหรือจ่ายเงินที่เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม อธิบาย ตีความกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ต้องนำไปใช้ให้เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติ หรือข้อพิจารณาที่ต้องใช้ในเรื่องนั้น ๆ ยังรวมถึงการอ้างไว้ในคำวินิจฉัยด้วย การชี้แจงแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ อธิบายสรุป ซึ่งเป็นการอธิบายว่าเจ้าหน้าที่ควรจะต้องปฏิบัติอย่างไร และต้องแจ้งให้ประชาชนด้วยว่าจะต้องทำอะไรบ้าง เป็นกฎเกณฑ์รับรองการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ประมวลแนวทางปฏิบัติในเรื่องธุรกิจ เป็นกฎเกณฑ์เรื่องมาตรฐานที่ดีและการปฏิบัติในทางการค้า การโฆษณา การก่อสร้าง การอุตสาหกรรม กฎว่าด้วยวิธีปฏิบัติการจัดการหรือการปฏิบัติการ คำปรึกษาหารือและคำแถลงการณ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการวางนโยบายขององค์กร และข้อสังเกตต่าง ๆ เป็นต้น

ผลจากการวิเคราะห์การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.3.1 พบว่า ยังไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่สอดคล้องกับการควบคุมตรวจสอบตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน เพราะเมื่อเจ้าหน้าที่นำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน การปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ของเจ้าหน้าที่จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบตามสายงานบังคับบัญชาเสมอ

ผลจากการสัมภาษณ์ผู้ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครอง พบว่า เมื่อผู้บังคับบัญชาวางแนวทางในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดไว้ เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่มีทางที่จะหลีกเลี่ยง หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชามีวินัยที่ควบคุมความสัมพันธ์กับผู้บังคับบัญชาอยู่ หากฝ่าฝืนคำสั่งนอกเหนือจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ย่อมจะถูกผู้บังคับบัญชาดำเนินเอาผิดทางวินัย แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ในภาคปฏิบัติ ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแล แต่เรียกร้องให้มีการควบคุมตรวจสอบ

ความชอบของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติต่างหากโดยองค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่เนื่องจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าวมีจำนวนมาก คงต้องควบคุมตรวจสอบเฉพาะหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่ใช้เป็นข้ออ้างในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีฝ่ายปกครองเห็นว่า เป็นเรื่องสำคัญที่ต้องควบคุมตรวจสอบ ก็ควรใช้อำนาจนายกรัฐมนตรึสั่งตามช่องทางมาตรา 11 (6) ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

2) การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติของศาลปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.3 พบว่า ศาลปกครองไทยถือหลักว่า สิ่งที่อยู่ในเงื่อนไขการตรวจสอบสิ่งนั้นจะต้องอยู่ในเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2539 ในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีผลสืบเนื่องมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ เพียงตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามเงื่อนไขการตรวจสอบที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 แต่การตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัตินั้นต้องมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง มีลักษณะเป็นกฎหมาย มีลักษณะเป็นการกระทำหรือคำสั่งอื่นใด ที่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย และเกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมาย คือ กระทบสิทธิของบุคคลในนิติฐานะ โดยไม่คำนึงถึงรูปแบบหรือชื่อเรียก แต่คำนึงเนื้อหาของการกระทำนั้น ๆ ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวหรือไม่ จะเรียกว่า คำแนะนำ ข้อความเห็น ข้อกำชับ แนวทางปฏิบัติ ขอความร่วมมือ ชักซ้อมความเข้าใจ หรือแม้เป็นเพียงมาตรการภายในของทางราชการที่แจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่าง ๆ ทราบ เป็นต้น อันมีลักษณะการสั่งการภายในของฝ่ายบริหารเองก็ตาม หากหนังสือเวียนมีลักษณะอ้างอิงกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง กรณีนี้คงไม่มีปัญหาเนื่องจากศาลปกครองเพียงตรวจสอบว่า หนังสือเวียนมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นกฎหมาย มีลักษณะเป็นการกระทำหรือคำสั่งอื่นใด หรือไม่เท่านั้น ซึ่งเท่ากับเป็นการตรวจสอบสถานะในทางกฎหมายในขั้นตอนการรับฟ้อง ส่วนในเนื้อหาจะต้องตรวจสอบว่าเป็นไปตามเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง กฎ และการกระทำหรือคำสั่งอื่นใดแล้วแต่กรณีในทางสารบัญญัติต่อไป หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้างต้นก็หลุดพ้นจากการตรวจสอบของศาลปกครอง ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองมีการนำหนังสือเวียน มาเป็นองค์ประกอบในการทำคำสั่งทางปกครอง ก็มีสิทธิของให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออก โดยหนังสือเวียนที่ขัดต่อกฎหมายได้ ในทางตรงกันข้าม หากคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะฝ่ายปกครองอ้างหนังสือเวียนที่ไม่ชอบ ประชาชนจะอ้างปฏิบัติตามหนังสือเวียนไม่ได้

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.1 - 3.2.2 การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติของศาลปกครองของศาลในต่างประเทศ พบว่า ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในสภาแห่งรัฐ คิดที่จะพัฒนาอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง ในการแทรกแซงการใช้อำนาจโดยวิธีออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติตามที่กล่าวข้างต้น หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิบุคคลภายนอก แม้บุคคลนั้นจะมีความสัมพันธ์พิเศษกับองค์กร เช่น ข้าราชการ นักศึกษา นักโทษ ก็ถือว่า มีผลเป็นการก่อให้เกิดสิทธิ เปลี่ยนแปลง หรือพิสูจน์สิทธิหน้าที่ อันบ่งบอกที่ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน ในฐานะเป็นบุคคลภายนอกในฐานะส่วนตัวแล้ว ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบเช่นกัน

จากที่สรุปข้างต้น หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ และมาตรการภายในอื่นใด เช่น ความเห็น ข้อเสนอ ข้อเสนอแนะ แบบตัวอย่าง คำเตือน ถือเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง แม้จะมีการแยกประเภทแตกต่างกันไป แต่ในระบบการควบคุมตรวจสอบไม่แตกต่างกันมากนัก โดยให้ความสำคัญกับเนื้อหาสาระ ไม่เพียงแต่พิจารณาจากรูปแบบภายนอก หากฝ่ายปกครองใช้มาตรการภายใน แต่ในเนื้อหาถึงขั้นเป็นกฎข้อบังคับ ในการควบคุมตรวจสอบนอกจากให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรการภายในนั้น ฟ้องศาลปกครองให้เพิกถอนได้แล้วก็ให้สิทธิราษฎรเพิกถอนได้เช่นกัน แต่หากมาตรการภายในฝ่ายปกครองไม่ถึงขั้นเป็นกฎ ในการควบคุมตรวจสอบ ต้องแยกว่า ฝ่ายปกครองใช้มาตรการภายในเป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากฝ่ายปกครองใช้มาตรการภายในเป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมอ้างมาตรการภายในเป็นเหตุผลสนับสนุนในการทำคำสั่งทางปกครองของตนและยกขึ้นต่อสู้ในชั้นศาลได้ ในทางกลับกัน เมื่อฝ่ายปกครองอ้างมาตรการภายในเป็นเหตุผลสนับสนุนในการทำคำสั่งทางปกครอง ราษฎรก็เกิดสิทธิในการยก อ่าง และฟ้องคดีให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเกิดจากการใช้มาตรการภายในที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นฐานในการทำคำสั่งนั้น ส่วนจะฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการภายในเพื่อป้องกันมิให้นำมาใช้ในกรณีอื่นอีก ต้องพิจารณาว่า มาตรการภายในก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมายหรือไม่ หากมาตรการภายในก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมาย ราษฎรก็มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการเหล่านั้นได้ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แม้มาตรการภายในก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมาย แต่มาตรการภายในที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมถ่ายทอดให้เกิดคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมา หากศาลเห็นว่า มาตรการภายในไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ก็ให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนมาตรการภายในนั้นได้เอง เพราะถือว่าเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนกรณี มาตรการภายในฝ่ายปกครองอื่นใด ที่หลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบ หากมาตรการนั้นมุ่งหมาย

ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติ ก็ต้องมีการประกาศโฆษณาให้ทราบโดยทั่วไป อย่างน้อยประกาศให้ทราบ ณ หน่วยงานที่จะนำมาตรการภายในฝ่ายปกครองมาปฏิบัติ

สำหรับศาลยุติธรรมในประเทศอังกฤษ ไม่มีการแบ่งแยกประเภทหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไว้ เพียงแต่แยกรายละเอียดของกฎเกณฑ์ในแต่ละประเภทรวมๆ กันไป ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ ไม่มีสถานะหรือผลทางกฎหมายในตัวเอง และไม่มีอำนาจบังคับเช่นพระราชบัญญัติ ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย เป็นแต่คำแนะนำให้ปฏิบัติเป็นไปตามกฎหมาย ในการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติอยู่ในรูปประมวลเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง ในการควบคุมตรวจสอบ ประเทศอังกฤษไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน เพียงแต่ศาลยุติธรรมตรวจสอบเฉพาะหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติบางกรณีที่มีลักษณะในทางนิติบัญญัติเท่านั้นไม่ว่า พระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองต่าง ๆ หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่มีลักษณะดังกล่าว ศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษก็ไม่มี การการควบคุมตรวจสอบ เช่น คดีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับคนเข้าเมือง ศาลถือว่า ไม่ใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ไม่ใช่กฎหมายลำดับรอง กฎเกณฑ์เหล่านี้ไม่มีสภาพบังคับ คนที่ฝ่าฝืน ก็ไม่มีความผิด

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า หลักการทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ คือ หลักนิติวิธีในการตีความกฎหมายมหาชน

ผลจากการวิเคราะห์การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติในบทที่ 4 หัวข้อ 4.3.2 พบว่า การตีความเพื่อตรวจสอบของศาลปกครองยังไม่สอดคล้องกับหลักนิติวิธีในการตีความกฎหมายมหาชน เพราะนิติวิธีการตีความกฎหมายมหาชน เป็นวิธีการคิด วิเคราะห์เพื่อนำมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายหรือปรับใช้กฎหมาย เข้ากับข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ไปตามความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจ ซึ่งไม่มีกฎหมาย หรือกฎหมายที่มีอยู่ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติก็อยู่ในสภาพดังกล่าว ส่งผลให้การตรวจสอบของศาลปกครองมีขอบเขตจำกัดเฉพาะหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง มีลักษณะเป็นกฎเท่านั้น

ดังนั้น สิ่งสำคัญว่าสิ่งใดอยู่ในขอบเขตการตรวจสอบหรือไม่อยู่ที่นิติวิธีในการตีความของศาลปกครอง ซึ่งผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.1 พบว่า การใช้นิติวิธีในการตีความ คือ การวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายหรือปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น หรือเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายที่อาจเกิดจากความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจ ซึ่งไม่มีกฎหมาย หรือกฎหมายที่มีอยู่ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ดังกล่าว อันเป็น

เครื่องมือในการค้นหาคำตอบเพื่อหยั่งทราบว่า ถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีความหมายว่าอย่างไร

การใช้นิติวิธีตีความว่า หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง มีลักษณะเป็นกฎ มีลักษณะเป็นการกระทำหรือคำสั่งอื่นใดหรือไม่ เป็นการตีความเพื่อจะตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติโดยตรง ประการต่อมา หากใช้นิติวิธีตีความแล้วว่า หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ไม่มีลักษณะเป็นกฎ ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำหรือคำสั่งอื่นใด ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่อไปว่า ฝ่ายปกครองนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งเป็นการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น โดยเพียงการนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาประกอบการวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองชอบหรือไม่ ซึ่งนิติวิธีในการพิจารณา หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัตินั้นชอบด้วยกฎหมายย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ซึ่งไม่เป็นปัญหาในการตรวจสอบมากนัก แต่หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ได้ออกโดยอ้างอิงอำนาจตามกฎหมายฉบับใด อาจทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย ซึ่งจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครองเป็นกรณี ๆ ไป และเมื่อเห็นว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองเพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่อาจเพิกถอนหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย ผลที่ตามมา ฝ่ายปกครองก็ยังสามารถนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปทำคำสั่งทางปกครองในกรณีอื่นไป ในการใช้นิติวิธีตีความของศาลปกครองเพื่อตรวจสอบได้สองกรณี คือ ตีความหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติในเนื้อหาว่า มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง มีลักษณะเป็นกฎ มีลักษณะเป็นการกระทำหรือคำสั่งอื่นใดหรือไม่ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบตามเงื่อนไขปกติกรณีหนึ่ง กับการตีความคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาที่มาของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาประกอบการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แล้วจะวินิจฉัยเพิกถอนหนังสือเวียนให้สิ้นผลด้วยหรือไม่ อีกกรณีหนึ่ง ผลที่ได้จากการศึกษาศาลปกครองไม่ได้เพิกถอนหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติให้สิ้นผลไปด้วยตามที่สรุปแล้วตอนต้น และยังคงยึดชอบเขตตามเงื่อนไขการรับฟ้องคดีเท่านั้น หากศาลปกครองขยายขอบเขตใช้นิติวิธีในการตีความว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติว่า เป็นการกระทำหรือคำสั่งอื่นใด ย่อมทำให้การตรวจสอบของศาลปกครองตรงกับสภาพความเป็นจริงของการบริหารราชการแผ่นดินมากขึ้น แม้หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติจะไม่ได้มีผลแก่ประชาชนโดยตรง แต่สุดท้ายฝ่ายปกครองย่อมต้องนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ที่มีผลต่อประชาชนทางใดทางหนึ่งแม้โดยอ้อม ประกอบกับในปัจจุบัน ยังไม่

มีกลไกหรือมีมาตรการใดควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติดังกล่าวภายในฝ่ายปกครอง หรือถึงแม้ศาลปกครองจะควบคุมตรวจสอบแต่ต้องอยู่ในเงื่อนไขการรับฟ้องตามที่กล่าวข้างต้น

ผลจากการสัมภาษณ์นักวิชาการ ผู้ทำงานในภาคปฏิบัติและผู้มีประสบการณ์ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง พบว่า ในสภาพความเป็นจริงเมื่อผู้บังคับบัญชาวางแนวทางในการปฏิบัติงานในเรื่องใดไว้ เจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาไม่มีทางที่จะหลีกเลี่ยง หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้ได้ เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชามีวินัยที่ควบคุมอยู่ หากฝ่าฝืนคำสั่งที่ออกตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ย่อมจะถูกผู้บังคับบัญชาคำเนินเอาผิดทางวินัยทันที และยิ่งกว่านั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองเห็นว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้ เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่าฝืนอำนาจตามกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ไม่ยินยอมปฏิบัติหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้นั้น โดยทำคำสั่งทางปกครองตามเหตุผลและความเห็นของตนไป หากต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น ผู้พิจารณาอุทธรณ์ส่วนใหญ่ คือ ผู้กำหนดหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ย่อมจะต้องไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่นำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาเป็นฐานทำคำสั่งทางปกครอง ยิ่งจะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องถูกลงโทษทางวินัย ดังนั้น การตรวจสอบของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าว หากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือกฎโดยสภาพ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติคัดอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ควรถือว่าเป็นการกระทำอื่นใดหากมีผลกระทบต่อบุคคลหรือต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองนั้น และเป็นการคุ้มครองตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมิให้ต้องรับโทษทางวินัยในการฝ่าฝืนหนังสือนั้น และเป็นแนวทางปฏิบัติราชการของผู้บังคับบัญชาในการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติในครั้งต่อไปด้วย ซึ่งความเห็นของเจ้าหน้าที่ในภาคปฏิบัติ ไม่ได้เรียกร้องไม่ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแล ทำหน้าที่บังคับบัญชาหรือกำกับดูแล โดยปฏิเสธหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ แต่เรียกร้องให้มีการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ต่างองค์กรที่มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลมากกว่า

5.1.3.2.4 สรุปผลวิจัยหลักการจัด โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3 พบว่า การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองมีทั้งเป็นการควบคุมตรวจสอบเชิงป้องกันและเชิงแก้ไข ซึ่งการควบคุมตรวจสอบเชิงป้องกันเป็นรูปแบบหนึ่งที่กระทำก่อนฝ่ายปกครองมีคำสั่งทางปกครองในลักษณะการมีองค์กรที่

ปรึกษา ให้คำแนะนำ ให้ความเห็นชอบเป็นต้น แต่การมีองค์กรดังกล่าวส่วนใหญ่ พบว่า จะมีทั้งเป็น คณะกรรมการตามที่กฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับจะจัดตั้งขึ้นและกฎหมายฉบับนั้นจะระบุ โครงสร้าง ของคณะกรรมการไว้โดยเฉพาะ และรูปแบบคณะกรรมการตามกฎหมายทั่วไปคือคณะกรรมการ กฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยโครงสร้างมักจะประกอบไปด้วย คณะกรรมการ โดยตำแหน่งมาจากข้าราชการที่เกี่ยวข้อง และกรรมการผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นซึ่งเป็น บุคคลภายนอก ส่วนอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการจะมีหลายประการ ไม่ได้มีหน้าที่เป็นองค์กรที่ ปรึกษาเพียงอย่างเดียว เช่น ทำหน้าที่งานนโยบาย งานที่ปรึกษา งานบริหาร หรืองานปฏิบัติการ หรือวินิจฉัยข้อพิพาทด้วย สำหรับงานที่ปรึกษานั้น กฎหมายจะบังคับให้ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนใน การปรึกษาหารือก่อนที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะทำคำสั่งทางปกครอง หากไม่ปฏิบัติตามก่อนทำคำสั่งทาง ปกครอง ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่าเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ เพื่อให้ผู้มี อำนาจทำคำสั่งทางปกครองเกิดความรอบคอบ ส่วนการควบคุมตรวจสอบเชิงแก้ไขเป็นการควบคุม ภายหลังการกระทำ ในลักษณะของการแก้ไขเยียวยา โดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมด ไปให้มากที่สุด โดยการให้ประชาชนใช้สิทธิหยุด ยับยั้ง ชดเชย คุ้มครอง ทดแทน หรือเรียกคืน ความเสียหาย และผลประโยชน์ที่สูญเสียไปจากการถูกละเมิด หรือถูกระทบสิทธิของตน ไม่ว่าจะ โดยการกระทำหรือละเว้นการกระทำ จากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งในการควบคุมหลังการกระทำ มีรูปแบบที่แตกต่างกันไป อาจใช้รูปแบบและองค์กรเดียวกัน กับรูปแบบและองค์กรการควบคุม ตรวจสอบเชิงป้องกัน โดยมีหลายวิธีการ เช่น การร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำ การนั้น การอุทธรณ์ตามกฎหมายไม่ว่าการอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือการอุทธรณ์ ต่อคณะกรรมการต่าง ๆ หรือโดยการควบคุมตรวจสอบจากองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะ รัฐสภา องค์กรอิสระ องค์กรศาล เช่น การร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน การฟ้องคดีต่อศาล ปกครอง เป็นต้น แต่การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองไม่ว่าจะก่อนหรือภายหลังการกระทำทาง ปกครองเกิดขึ้นแล้วดังกล่าวข้างต้น จะต้องกระทำควบคู่กันไปจะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้ อัน เป็นการสกัดกั้นมิให้มีการละเมิดกฎหมาย และมีให้เกิดคดีความให้มากที่สุด เพราะการควบคุม ตรวจสอบฝ่ายปกครองมีเป้าหมายเดียวกัน คือ การคุ้มครองประชาชนทั้งสิ้น

ส่วนการมีองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในต่างประเทศนั้น มี หลายองค์กร มีการจัดโครงสร้าง รูปแบบ และอำนาจหน้าที่ แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ซึ่งผล จากการทบทวนวรรณกรรม ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3.1.1 - 3.3.1.3 พบว่า สภาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อ พิพาททางปกครอง (Council on Tribunals) คณะกรรมการออมбудสแมน (Ombudsman) และ สถาบัน Médiateur มีลักษณะดังกล่าวซึ่งจะสรุปผลในหัวข้อต่อไป

1) สรุปผลการจัดโครงสร้างขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3.2 พบว่า โครงสร้างขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองในประเทศไทยเกิดขึ้นจากพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ซึ่งมีองค์ประกอบทั้งคณะกรรมการทางปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครอง

ในการจัดตั้งองค์คณะของคณะกรรมการข้างต้น โดยทั่วไปเป็นการพิจารณาแบบคณะบุคคล เรียกว่า องค์กรกลุ่ม ประกอบด้วยคณะกรรมการแบบไตรภาคีหรือทวิภาคี คือ มีกรรมการโดยตำแหน่ง กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และกรรมการทั่วไป ส่วนวิธีการพิจารณาเป็นไปตามที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนดไว้ หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ การพิจารณาก็เป็นไปตามกฎหมายทั่วไป คือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

สำหรับ โครงสร้างของคณะกรรมการที่เป็นคณะกรรมการตามกฎหมายทั่วไป คือ คณะกรรมการกฤษฎีกา มีการจัดโครงสร้าง โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยตำแหน่ง มีอำนาจหน้าที่ดูแลกิจการทั่วไปของคณะกรรมการกฤษฎีกา ส่วนกรรมการกฤษฎีกาจำนวน 140 คน เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน และต้องมีคุณสมบัติเช่น รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่า รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ตุลาการศาลปกครองสูงสุด หรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหารสูงสุด เป็นหรือเคยเป็นอาจารย์สอนวิชากฎหมายในสถาบันการศึกษาของรัฐ ในระดับมหาวิทยาลัยมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี เคยเป็นกรรมการกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2476 และมีความรู้และเคยทำงานในการร่างกฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่าสิบปี หรือมีความชำนาญและความสามารถเป็นประโยชน์แก่งานของกรรมการกฤษฎีกา

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เกิดจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่ได้เป็นองค์กรปรึกษาแต่เพียงอย่างเดียว และในโครงสร้างของคณะกรรมการจะมีลักษณะเหมือนคณะกรรมการทางปกครองทั่วไป คือประกอบด้วยคณะกรรมการโดยตำแหน่ง และคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ คือ ประธานกรรมการคนหนึ่ง ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงมหาดไทย เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้ทรงคุณวุฒิอีก 5 - 9 คนเป็นกรรมการ ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่งตั้งข้าราชการของ

สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการ อาจกล่าวได้ว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีโครงสร้างอยู่ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพราะฝ่ายเลขานุการเป็นข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1.1 - 3.1.1.3 องค์การที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศ พบว่า มีคณะกรรมการออมбудสแมน (Ombudsman) ในราชอาณาจักรสวีเดน สถาบัน Médiateur ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสภาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง (Council on Tribunals) ของสหราชอาณาจักร มีการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวโดยการจัดโครงสร้าง ดังนี้

(1) คณะกรรมการออมбудสแมน (Ombudsman) ในราชอาณาจักรสวีเดน

โครงสร้างคณะกรรมการออมбудสแมน ได้รับแต่งตั้งจากรัฐสภาจำนวน 4 คน โดยคนหนึ่งเป็นหัวหน้า มีหน้าที่เป็นผู้รับผิดชอบประสานงานและจัดการในสำนักงาน คณะกรรมการออมбудสแมนแต่ละคนจะถูกกำหนดอำนาจหน้าที่ ให้กำกับดูแลราชการเฉพาะส่วน แยกจากกันโดยคู่มือปฏิบัติงาน การจัดทำคู่มือการปฏิบัติงานเป็นหน้าที่ของหัวหน้าคณะกรรมการออมбудสแมน โดยปรึกษาหารือกับผู้แทนของรัฐสภา คู่มือการปฏิบัติงานกำหนดให้หัวหน้าคณะกรรมการออมбудสแมน รับผิดชอบเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร การบังคับคดี ราชการพลเรือนทั่วไป ส่วนอีกสามคนรับผิดชอบกระบวนการยุติธรรมคือศาล อัยการ ราชทัณฑ์ ตำรวจ การปกครอง ราชการส่วนท้องถิ่น ราชการทหาร สวัสดิการและการศึกษา สำนักงานของคณะกรรมการ ออมбудสแมนเป็นหน่วยงานสังกัดรัฐสภา ประเทศอื่น ๆ นำรูปแบบของคณะกรรมการออมбудสแมน ในราชอาณาจักรสวีเดน ไปประยุกต์ใช้ บ้างก็ยังคงเรียกคณะกรรมการออมбудสแมน เช่นเดิม แต่ประยุกต์ในเนื้อหาเช่น เดนมาร์ก นิวซีแลนด์ ฟินแลนด์ นอร์เวย์ เนเธอร์แลนด์ ส่วนเยอรมนีและอิสราเอลนำไปใช้ในกิจการทางทหาร แคนาดาจัดตั้งออมбудสแมนในระดับมณฑล เปลี่ยนกรรมการนี้ใหม่โดยให้มีลักษณะแก้ไขข้อบกพร่องนี้อย่างแท้จริง เป็นต้นแบบของประเทศอื่นๆ ส่วนประเทศที่เปลี่ยนทั้งชื่อเรียก และประยุกต์ใช้ทางเนื้อหาแล้วแต่ความเหมาะสมกับประเทศนั้น ๆ เช่น ประเทศอังกฤษจัดตั้ง Parliamentary Commissioner for Administration (P. C. A.), จัดตั้ง Health Service Commissioner, จัดตั้ง Local Commissioner ทั้งนี้ เพื่อตรวจราชการที่อยู่นอกเหนืออำนาจของ P. C. A. ประเทศโปรตุเกส ตั้ง Provedor de Justica (ผู้ส่งเสริมความยุติธรรม) ประเทศออสเตรเลียจัดตั้ง People Advocate (ทนายประชาชน) ประเทศอิตาลีจัดตั้ง Defonsori Civic (ผู้พิทักษ์สิทธิพลเมือง) ประเทศสเปนจัดตั้ง Citizen Protector (ผู้พิทักษ์ราษฎร) สาธารณรัฐฝรั่งเศสแม้มีศาลปกครองอยู่แล้ว ก็ได้จัดตั้งสถาบัน Médiateur

(2) สถาบัน Médiateur ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสจัดตั้ง Médiateur แม้จะมีสภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองแล้ว แต่เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรห่างเหินกันมากขึ้น เนื่องจากรัฐมีภารกิจเพิ่มขึ้น เพราะระบบราชการไม่สามารถตอบสนองความต้องการของราษฎรแต่ละคนได้ จึงต้องการให้ Médiateur เป็นองค์กรกลางระหว่างราชการกับราษฎรและยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อปฏิรูประบบราชการ ให้มีความยืดหยุ่นและมีมนุษยธรรมมากขึ้น Médiateur เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง เพราะได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหารคือประธานาธิบดี มีวาระครั้งละ 6 ปี Médiateur มีอำนาจเต็มในการจัดการสำนักงาน และเลือกผู้ร่วมงาน โดยปกติจะยืมตัวข้าราชการจากหน่วยงานต่าง ๆ โดยจัดตั้งผู้ประสานงานขึ้นในระหว่างหน่วยงานแต่ละจังหวัด หน้าที่ของ Médiateur คือ การรับเรื่องร้องเรียนจากราษฎร ผู้ได้รับความเดือดร้อนจากปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ ยกเว้นศาล รัฐสภา องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานอื่นที่มีหน้าที่ในการบริการสาธารณะ เช่น ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนเรื่องความผิดพลาด ล่าช้า บกพร่อง ไม่เสมอภาค ไร้มนุษยธรรม หรือเรื่องอื่นในลักษณะทำนองเดียวกัน ซึ่งก่อความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ราษฎร เช่น เรื่องค่าน้ำประปา สาธารณสุข การคมนาคม ฯลฯ แต่หากเป็นเรื่องระหว่างองค์กรของรัฐกับเจ้าหน้าที่ไม่อยู่ในอำนาจของ Médiateur

(3) สภาคณะกรรมการ (Council on Tribunals) ของสหราชอาณาจักร จากการทบทวนวรรณกรรม

ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3.1.1 พบว่า สภากรรมการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและการไต่สวน ค.ศ. 1958 (Tribunals and Inquiries Act 1958) และมีการแก้ไขถึงปัจจุบันในปี ค.ศ. 1992 แต่ในปัจจุบันมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างเป็น Administrative Justice and Tribunal Council (A. J. T. C.) คณะกรรมการประกอบด้วยสมาชิก 10-15 ได้รับการแต่งตั้งจาก Lord Chancellor ของอังกฤษ รัฐมนตรีของสกอตแลนด์และเวลส์ (Between ten and fifteen members who were appointed by the Lord Chancellor, the Scottish Ministers and the Welsh Ministers)

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า หลักการที่อยู่เบื้องหลังของการจัดโครงสร้างองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง คือ หลักการจัดโครงสร้างตามการบริหารราชการแผ่นดิน

ผลจากการวิเคราะห์การจัดโครงสร้างองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองในบทที่ 4 พบว่า โครงสร้างของคณะกรรมการใช้ระบบปิด องค์กรประกอบที่มาจากตามตำแหน่งที่กฎหมายระบุของผู้เป็นคณะกรรมการหรือถูกคัดเลือกจากฝ่ายปกครองเอง เช่น กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ไม่มีระบบการสร้างบัญชีของคณะกรรมการอย่างสภากรรมการของสหราชอาณาจักร

อาณาจักร ทำให้คณะกรรมการโดยเฉพาะคณะกรรมการตามตำแหน่งซึ่งมีการบังคับบัญชาโดยฝ่ายบริหารด้วยกัน และมีการปฏิบัติหน้าที่เป็นคณะกรรมการในหลายคณะ เป็นข้อจำกัดการปฏิบัติหน้าที่อย่างยิ่ง อีกทั้ง มีงานประจำต้องปฏิบัติอยู่เป็นจำนวนมากในประจำวันอยู่แล้ว โครงสร้างคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่ได้สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ และไม่ได้มีการกระจายโครงสร้างสำนักงานและบุคลากรมายังส่วนภูมิภาค เพราะปัญหาการทำคำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่จะอยู่ในราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น การจัดโครงสร้างดังกล่าว จึงยังไม่สอดคล้องกับหลักการบริหารราชการแผ่นดินภายในฝ่ายปกครอง

จากการสัมภาษณ์ผู้ทำงานในภาคปฏิบัติเห็นว่า ควรจะจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดมาพร้อมกับการเกิดขึ้นของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการช่วยเหลือให้คำแนะนำ ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หากมีคณะกรรมการดังกล่าวมาแต่ต้น คงจะไม่มีปัญหาการฟ้องคดีเป็นจำนวนมากตามที่เห็นในปัจจุบัน ซึ่งการมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองทำให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกในการขอคำแนะนำ ปรีกษา สามารถกระทำได้โดยรวดเร็ว อีกทั้งคณะกรรมการดังกล่าวสามารถใช้อำนาจริเริ่มสอดส่อง ตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายปกครองในพื้นที่ได้ทันที คิดว่าน่าจะลดปัญหาโต้แย้งของประชาชนได้ระดับหนึ่ง

2) สรุปผลการวิจัยอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3.2 พบว่า อำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในประเทศไทย มีหลายคณะ ในคณะหนึ่งมีหลายหน้าที่ ทั้งเป็นคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ทางปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลด้วย ซึ่งกฎหมายจะกำหนดจำนวนคณะกรรมการตามความจำเป็น และโดยปกติคณะกรรมการงานด้านนโยบาย มักจะเป็นกรรมการดำเนินงานให้คำปรึกษาด้วย ส่วนอำนาจในทางด้านบริหารมีขอบเขตกว้าง เป็นการสั่งการ อนุญาต อนุมัติ หรือมอบหมายงาน ส่วนงานด้านปฏิบัติการ จะเป็นงานดำเนินการภายหลังงานนโยบายและงานบริหารได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ทางปกครองมีงานปะปนกัน เช่น กรรมการบางคณะ มีหน้าที่ทั้งกำหนดนโยบายและปฏิบัติการ บางคณะทำหน้าที่ทั้งที่ปรึกษาและกำหนดนโยบายและบางครั้งเป็นคณะกรรมการปฏิบัติการ บางคณะเป็นกรรมการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลด้วย ดังนั้น หากพิจารณาจากหน้าที่ของคณะกรรมการทางปกครอง ไม่ว่าจะทำหน้าที่งานนโยบาย งานที่ปรึกษา งานบริหาร หรืองานปฏิบัติการ แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏโดยส่วนใหญ่แล้ว คณะกรรมการทางปกครอง นอกจากมีหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีหน้าที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อ

พิพาททางปกครองตามที่กล่าวข้างต้นด้วย คณะกรรมการดังกล่าวมีที่มาจากกฎหมายเฉพาะและกฎหมายทั่วไป ส่วนคณะกรรมการมีที่มาจากกฎหมายทั่วไป คือ คณะกรรมการกฤษฎีกาที่จัดตั้งขึ้นจากพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มีหน้าที่เป็นคณะกรรมการร่างกฎหมาย และเป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบและให้คำปรึกษาทั่วไปในทุกเรื่องเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง รวมถึงฝ่ายบริหารที่เป็นรัฐบาลด้วย

สำหรับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้หลายประการด้วยกันเช่นเดียวกับคณะกรรมการที่มาจากกฎหมายเฉพาะ คือ สอดส่องดูแลและให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐทุกประเภท เกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีมาตรฐานและขั้นตอนการให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะต้องเป็นการหารือให้ความเห็น คำแนะนำ จากเจ้าหน้าที่รัฐตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เท่านั้น ทั้งการปรึกษาหารือแบบลายลักษณ์อักษร โดยทำเป็นหนังสือ และการปรึกษาหารือด้วยวาจาทางโทรศัพท์ ตั้งแต่ขั้นตอนการรับเรื่อง การบันทึกข้อมูลของผู้หารือ การให้ความเห็น คำแนะนำ การบันทึกสรุปผลตอบข้อหารือ และการเก็บสถิติและจัดทำรายงาน

ผลจากการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1.1 - 3.1.1.3 พบว่า องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในต่างประเทศ ได้แก่ คณะกรรมการออมบุดสแมน (Ombudsman) สภาคณะกรรมการ (Council on Tribunals) และสถาบัน Médiateur มีอำนาจหน้าที่ดังนี้

(1) สภากรรมการของสหราชอาณาจักร มีหน้าที่ให้คำแนะนำ ปรึกษา กำหนดกระบวนการพิจารณาและควบคุมดูแลการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Tribunals) ในคณะต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ขณะเดียวกันยังทำหน้าที่คณะกรรมการบริหารของสภาอังกฤษ เป็นคณะกรรมการออมบุดสแมนในสกอตแลนด์และเวลส์ (The Parliamentary Commissioner for Administration; The Scottish Public Services Ombudsman Scottish Members of the Council) โดยมีการกำหนดขอบเขตการทำงานให้กว้างขึ้น เพื่อควบคุมดูแลการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ให้มีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับความเที่ยงธรรม รับผิดชอบและมีประสิทธิภาพตามหลักการของ Administrative Justice and Tribunal Council (A. J. T. C.) ด้วย เป็นการกำกับดูแลความสัมพันธ์ระหว่างศาลทั้งหลาย ระหว่างคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยกัน ผู้ตรวจการของรัฐสภา มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกตามความต้องการของประชาชน รวมทั้ง มีบทบาทในการให้คำปรึกษาแก่ประธานคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง ตลอดถึงการให้

คำปรึกษาแนะนำในการจัดโครงสร้างและลักษณะการปฏิบัติงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง รวมทั้งทำหน้าที่สอบสวนและรายงานผลการร้องเรียนต่าง ๆ และทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ในบางเรื่อง เช่น ภาษี เรื่องสังคม อีกด้วย บทบาทดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารซึ่งได้รับการยอมรับเป็นการสากลในระบบกฎหมายที่เป็นต้นแบบของ Common Law ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงจัดให้มีระบบการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว จึงเป็นการรวมเอาข้อดีข้อระบบกฎหมายระหว่าง Civil Law และ Common Law ให้เกิดความสมดุลและพัฒนากฎหมายปกครองในอนาคต

(2) สถาบัน Médiateur มีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างประชาชนกับหน่วยงานของรัฐ หน่วยท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ รวมถึงองค์กรเอกชนที่ทำงานในการบริการสาธารณะ ที่ไม่ชอบ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ลำช้า บกพร่องต่าง ๆ ยกเว้น การปฏิบัติงานของรัฐสภาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการปฏิบัติงานประจำปีของ Médiateur ได้รับเรื่องราวร้องทุกข์จากการปฏิบัติงานของศาลด้วยทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม แต่อยู่ในขอบเขตจำกัด และห้ามมิให้พิจารณาเรื่องใด ๆ ที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว เห็นว่า อำนาจหน้าที่ของ Médiateur มีขอบเขตที่กว้างขวาง แม้จะจำกัดอำนาจให้พิจารณาระหว่างรัฐกับประชาชนผู้อยู่ภายใต้ปกครองเท่านั้น แต่ในกรณีหากเจ้าหน้าที่ พ้นจากหน้าที่แล้วก็รับเรื่องพิจารณาได้ ส่วนขั้นตอนในการควบคุมตรวจสอบโดยใช้วิธีการร้องทุกข์ ผู้ที่ร้องทุกข์ได้ต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล การร้องทุกข์ผ่านการกลั่นกรองก่อนจะส่งมาให้ Médiateur เมื่อได้มีการร้องทุกข์แล้ว ขั้นตอนต่อมาเริ่มทำการสอบสวน โดยเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องให้ความร่วมมือตามที่กฎหมายระบุ ตั้งแต่รัฐมนตรีลงมาถึงเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ หากมีการฝ่าฝืน Médiateur มีอำนาจประกาศให้สาธารณชนรับทราบได้ แต่ในการร้องทุกข์ต่อ Médiateur นั้น จะต้องร้องทุกข์ผ่านสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา เพื่อกลั่นกรองก่อนอาจมองได้ว่า เป็นเรื่องดีอันเป็นการควบคุมตรวจสอบว่าอยู่ในอำนาจของ Médiateur หรือไม่ ช่วยลดปริมาณเรื่องร้องทุกข์ และทำสมาชิกรัฐสภาทราบก่อนในฐานะตัวแทนประชาชน ในการแก้ไขในระยะยาว หรือมีการปรับปรุงกฎหมายต่อไป แต่ก็ยังมีข้อจำกัดทำให้ Médiateur มีอำนาจสอบสวนได้ และรองกว่าเฉพาะเรื่องที่ผ่านมาผ่านการกลั่นกรองจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเท่านั้น Médiateur ไม่อาจหยิบยกเรื่องขึ้นสอบสวนพิจารณาได้เอง ทำให้ความทุกข์ร้อนของประชาชนล่าช้า หรือไม่อาจได้รับการพิจารณาได้ ส่วนกรณีเมื่อ Médiateur รับเรื่องเพื่อสอบสวนพิจารณาแล้ว หากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องไม่ให้ความร่วมมือมีมาตรการพิมพ์โฆษณา ความไม่ร่วมมือให้มหาชนรับทราบ อันเป็นการลงโทษทางสังคมอย่างหนึ่ง

เมื่อ Médiateur ทำการสอบสวนแล้วไม่มีอำนาจในการตัดสินใจหรือเพิกถอนการกระทำใด ๆ ของฝ่ายบริหาร สามารถทำได้เพียงประการเดียว คือ ทำข้อเสนอแนะ เพื่อเสนอให้หน่วยงานที่

ถูกร้องทุกข์ทำการแก้ไขข้อบกพร่อง โดยส่งให้รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบทำการแก้ไข ข้อบกพร่องต่อไป เห็นว่า รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ ไม่ได้ถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม คำแนะนำแต่อย่างใดก็ตาม เมื่อได้มีข้อเสนอแนะแล้ว รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้อง รายงานต่อ Médiateur ว่า ได้จัดการเรื่องนั้นอย่างไร หากไม่มีการรายงานผลให้ทราบสามารถนำ เรื่องนั้นรวมถึง การปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ หรือการไม่รายงานผลของรัฐมนตรีหรือ เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ นำเผยแพร่ตีพิมพ์ให้สาธารณชนและเสนอประมุขของประเทศรับทราบได้ ส่วนเจ้าหน้าที่ที่ส่งเรื่องฟ้องศาลในฐานะกระทำผิดวินัยต่อไปแม้สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีศาลปกครอง อยู่แล้ว ก็ยังมีสถาบัน Médiateur คอยควบคุมตรวจสอบ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการ บริการสาธารณะ ไม่ว่าเรื่องความมิชอบ ข้อบกพร่อง ความล่าช้าต่าง ๆ นอกเหนือจากขั้นตอน ต่างหากจากการตรวจสอบจากศาลปกครอง อันเป็นการควบคุมตรวจสอบหลายองค์กร และ กว้างขวางขึ้น เมื่อสถาบัน Médiateur เข้ามาควบคุมตรวจสอบแล้ว แม้ในผลสุดท้าย สถาบัน Médiateur จะมีเพียงอำนาจทำข้อเสนอแนะ อาจมองว่า ไม่มีผลผูกมัดต่อการตัดสินใจของสถาบัน Médiateur ให้ต้องปฏิบัติตาม แต่เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติจัดตั้งสถาบัน Médiateur ความเห็นของสถาบัน Médiateur ย่อมมีผลต่อตัวเจ้าหน้าที่ไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง กล่าวคือ หาก หน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ ให้สถาบัน Médiateur กำหนดเวลาต้องปฏิบัติต่อ หน่วยงานนั้นอีกครั้งหนึ่ง หากไม่มีการปฏิบัติอีก นอกจากมีอำนาจตีพิมพ์เผยแพร่และรายงาน ประธานาธิบดีทราบแล้ว สามารถดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนนั้นฟ้องศาลที่มีอำนาจ ต่อไป อันเป็นสภาพบังคับอย่างหนึ่ง ซึ่งหากนำรูปแบบดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทย จะต้อง ประยุกต์ให้เหมาะสมกับบริบทของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทย ไม่ว่าจะ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และสภาพบังคับต่าง ๆ

หลักการที่อยู่เบื้องหลังของอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว คือ หลักการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และหลักการประกันความเป็นธรรมทางปกครอง ซึ่งจากผลการ ทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 พบว่า หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง ทางปกครอง เริ่มตั้งแต่การควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ในเชิงการ ป้องกันโดยไม่มีองค์กรศาลปกครองเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนก่อนที่ คำสั่งทางปกครองจะมีผลถึงประชาชน อันเป็นระยะเตรียมการ ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจอย่าง ใดอย่างหนึ่ง โดยใช้อำนาจทั่วไปในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชา ไม่ว่าจะเกิดจากการร้องเรียนภายในฝ่าย ปกครองจากผู้ที่เกี่ยวข้อง ทั้งลายลักษณ์อักษร หรือกระทำด้วยวาจา หรือโดยรูปแบบอื่น ๆ หรืออาจ เกิดจากผู้บังคับบัญชาเห็นเอง เพราะปกติการปฏิบัติงานของผู้บังคับบัญชา จะมีการรายงานผล การปฏิบัติงานตามลำดับชั้น ไปยังผู้บังคับบัญชาจนถึงนายกรัฐมนตรี ตามหลักการบริหารราชการ

แผ่นดินปกติ แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้จะทำคำสั่งทางปกครองเห็นว่า เพื่อความรอบคอบและความถูกต้องอาจขอหารือไปยังผู้บังคับบัญชา หรือหารือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามระเบียบการขอหารือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งอยู่นอกสายงานการบังคับบัญชา ก็ได้ ในลักษณะการให้ความเห็นการตีความกฎหมาย ให้คำแนะนำในการทำคำสั่งทางปกครอง ถือเป็น การควบคุมตรวจสอบตามหลักป้องกัน ซึ่งในการให้ความเห็น การตีความกฎหมาย ให้คำแนะนำก็จะให้ใช้ความชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองแบบป้องกันอีกวิธีหนึ่ง เป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องขอความเห็นจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนจะทำคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะในรูปองค์กรเดียว ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งเพียงคนเดียว และในรูปองค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการต่าง ๆ หรือการให้ประชาชนมีส่วนร่วม เช่น การกำหนดให้มีการโต้แย้งก่อนจะมีการทำคำสั่งทางปกครอง การให้ประชาชนทั่วไปได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารก่อนจะมีการทำคำสั่งทางปกครอง หรือการปรึกษาหารือ ใต้สวนสาธารณะ ประชาพิจารณ์ต่าง ๆ แต่วิธีการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองแบบป้องกัน ก่อนทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้น มีการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อย บางกรณีผู้ทำคำสั่งทางปกครองใช้อ้างและรับไว้เพื่อตรวจสอบเพียงรูปแบบเท่านั้น โดยไม่ได้ดำเนินการตรวจสอบในเนื้อหาอันเป็นการชะลอเวลาเท่านั้น และแม้แต่การควบคุมตรวจสอบเชิงป้องกันตามวิธีการของกฎหมายเฉพาะก็จะกระทำพอเป็นพิธีเพื่อให้เป็นไปตามขั้นตอนให้ชอบด้วยทางวิธีสบัญญัติตามกฎหมายเท่านั้น ไม่มีผลต่อการตัดสินใจในการทำคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด จากที่กล่าวข้างต้น การควบคุมตรวจสอบเชิงป้องกันเพียงวิธีเดียว แม้จะเกิดผลดีในการป้องกันความเสียหายก่อนจะเกิดแก่ประชาชนก็ตาม แต่วิธีการดังกล่าว ยังไม่เพียงพอต่อการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงต้องมีวิธีการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองภายหลัง ที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้วด้วย คือ การควบคุมตรวจสอบแบบแก้ไขเป็นการควบคุมตรวจสอบภายหลัง เมื่อฝ่ายปกครองได้ทำคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นแล้ว ผู้ควบคุมตรวจสอบไม่ว่าในฐานะใช้อำนาจทั่วไปในฐานะบังคับบัญชา หรือในฐานะใช้อำนาจตามกฎหมายที่ระบุเฉพาะเรื่อง วิธีการควบคุมตรวจสอบไม่มีความแตกต่างกัน คือ สามารถตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม ความแตกต่างอยู่ที่ผลของการควบคุมตรวจสอบเท่านั้น กล่าวคือ การควบคุมตรวจสอบในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาตามสายบังคับบัญชา ผลของการควบคุม คือ ผู้ควบคุมตรวจสอบมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเพิกถอนคำสั่งนั้น ได้และให้มีการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ หากมีการฝ่าฝืนผู้ควบคุมตรวจสอบก็ใช้อำนาจของการบังคับบัญชาพิจารณาดำเนินการทางวินัย หรือใช้มาตรการทางอาญา อันนำไปสู่การลงโทษ หรือพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่แล้วแต่กรณี ส่วนผลของ

การควบคุมตรวจสอบโดยใช้อำนาจเฉพาะเรื่อง ไม่ว่าจะในลักษณะองค์กรเดี่ยว หรือองค์กรกลุ่ม โดยใช้วิธีการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ผลของการควบคุมตรวจสอบก็คือ ผู้มีอำนาจควบคุมคือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จะมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิกถอน ยกเลิกเฉพาะตัวคำสั่งนั้น ได้ตามที่กฎหมายนั้นให้อำนาจไว้ และถือว่าคำสั่งให้แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิกถอน ยกเลิกนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เอง แยกต่างหากจากคำสั่งทางปกครองแรก และจะดำเนินการควบคุมตรวจสอบลงโทษทางวินัยตัวผู้ทำคำสั่งไม่ได้

สำหรับขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองภายหลังจากมีคำสั่งทางปกครอง สามารถควบคุมตรวจสอบได้ทั้งเชิงรูปแบบและเชิงเนื้อหา ไม่ว่าจะควบคุมตรวจสอบอำนาจของผู้ทำคำสั่ง กระบวนการในการทำคำสั่งทางปกครอง แบบของคำสั่งทางปกครอง การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง ความเหมาะสมของตัวคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม การหารือต่อคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิกถอน หรือยกเลิกคำสั่งทางปกครอง หลังจากเกิดคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้วก็ย่อมทำได้เช่นกัน ไม่ว่าจะเกิดจากการอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์ หรือผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม หรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ร้องขอ ในการให้คำปรึกษาหารือคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองก็ต้องคำนึงถึงหลักการควบคุมตรวจสอบตามที่ได้ทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 ไม่ว่าจะ การใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน การพิจารณาถึงหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หลักประโยชน์ส่วนรวมตามจุดประสงค์ของฝ่ายปกครอง หลักความมีประสิทธิภาพของการบริหารราชการแผ่นดิน หลักดุลยภาพระหว่างประโยชน์ส่วนรวมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล หลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค หลักการฟังความสองฝ่าย หลักการมีส่วนร่วม หลักความเป็นกลาง และหลักสุจริต และหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติวิปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (ดูรายละเอียดในภาคผนวก ข.) มาพิจารณาว่า การทำคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แล้วให้ความเห็น คำแนะนำ หรือตอบข้อหารือไป

ผลจากการวิเคราะห์อำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในบทที่ 4 หัวข้อ 4.4.2 พบว่า คณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองเป็น

คณะกรรมการมีหน้าที่ ทั้งงานนโยบาย งานที่ปรึกษา งานการบริหาร และงานปฏิบัติการ เป็นการแยกให้เห็น โครงสร้าง บทบาทของคณะกรรมการ ที่ทำหน้าที่ในทางปกครอง แต่ไม่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาด เหมือนกับคณะกรรมการทางปกครองทั่วไปตามที่กล่าวแล้วข้างต้น อำนาจหน้าที่ โดยเฉพาะการให้คำแนะนำ ปรึกษาหารือ ผลของการปรึกษาหารือ โดยปกติผลของการปรึกษาหารือไม่มีค่าบังคับใด ๆ ย่อมให้ฝ่ายปกครองยังมีอิสระในการตัดสินใจจะปฏิบัติตามหรือไม่ แต่ในสภาพความเป็นจริง เมื่อฝ่ายปกครองได้รับคำตอบ ย่อมจะต้องถูกกดดันไม่มากนักน้อย ให้ต้องปฏิบัติตาม เพราะหากในที่สุด หากมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปตามข้อหารือนั้น โดยตัวผู้บังคับบัญชาหรือ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง ในภายหลังหากมีการนำไปฟ้องคดี ข้อหารือดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันฝ่ายปกครอง ไปในตัว จากเหตุผลดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองหลีกเลี่ยงการปรึกษาหารือต่อคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แม้จะมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายก็ตาม เนื่องจากไม่ต้องการผูกพันจาก ผลหารือดังกล่าว แม้กฎหมายไม่ได้บังคับให้มีผลผูกพันก็ตาม ผลดังกล่าวเกิดขึ้น ในลักษณะเดียวกันกับผลการหารือ Médiateur ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพียงแต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสกฎหมายบังคับให้มีผลผูกพันที่ชัดเจนและเป็นมาตรฐานเดียวกัน ส่วนหากเมื่อฝ่ายปกครองปฏิบัติตามข้อหารือ โดยการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว เกิดมีการฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ปัญหาจะฟ้องร้องผู้ใดเป็นผู้ถูกฟ้องคดี เห็นว่า หากกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้มีผลผูกพันตามแนวทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ย่อมจะต้องฟ้องร้องหน่วยงานผู้ออกคำสั่งนั้น เพราะสถานะ ข้อหารือเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครองหรือไม่ ตามที่ได้กล่าวแล้วในเรื่องหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

ส่วนกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีการปรึกษาหารือ หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตาม เมื่อมีคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ศาลปกครองในฐานะผู้ตรวจสอบ อาจจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เนื่องจากวิธีการ หรือแบบพิธีปรึกษาหารือ เป็นเงื่อนไขสำคัญของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดขึ้นตอนไว้

ผลจากการสัมภาษณ์นักวิชาการ ผู้ทำงานในภาคปฏิบัติ และผู้มีประสบการณ์ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง พบว่า จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติ เห็นว่า การให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะเกิดขึ้นเมื่อหน่วยงานทางปกครองเสนอขอปรึกษาหารือมาเท่านั้น ในสภาพความเป็นจริง คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุกมากนัก ในการริเริ่ม โดยการสอดส่อง แนะนำ ตามหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้แต่อย่างใด จะมีบ้างก็เป็นแต่การฝึกอบรมให้ความรู้กับเจ้าหน้าที่ตามแผนการฝึกอบรมที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดขึ้น ส่วนใหญ่จะรอคอยวินิจฉัยปัญหาที่ฝ่ายปกครองร้องขอเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามผลจากการสัมภาษณ์ผู้ทำงานในราชการส่วนภูมิภาค

และราชการส่วนท้องถิ่น เสนอแนะว่า ควรมีหน่วยงานที่เป็นกลางและเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร มาช่วยเหลือ แบ่งเบาภาระให้แก่ฝ่ายปกครองในราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่นในการทำคำสั่งทางปกครอง ก็จะทำให้การทำคำสั่งทางปกครองมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น สามารถลดปัญหาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาแนวคิด และหลักการทางทฤษฎีที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในบทที่ 2 และมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย และต่างประเทศในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ในบทที่ 3 ตลอดจนได้นำข้อมูลจากการสัมภาษณ์นักวิชาการ ผู้ทำงานในภาคปฏิบัติ และผู้มีประสบการณ์ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองนำมาประกอบการวิเคราะห์และอภิปรายผลในบทที่ 4 ตามประเด็นปัญหาที่เสนอไว้ในบทที่ 1 และสรุปผลในบทที่ 5 ในหัวข้อ 5.1 จึงเป็นแนวทางในการทำข้อเสนอแนะต่าง ๆ ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น เพื่อพัฒนารูปแบบและวิธีการในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ดี และมีประสิทธิภาพต่อไป ดังนี้

5.2.1 ความเหมาะสมของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้สรุปผลระบบการควบคุมตรวจสอบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในหัวข้อ 5.1.2.3.1 พบว่า ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย ยังมีความไม่เหมาะสมทั้งระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสองชั้นภายในฝ่ายปกครอง การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง และระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบตามมาหลายประการ จึงจะเสนอแนะตามประเด็นปัญหา ดังนี้

5.2.1.1 ความเหมาะสมของระบบการอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้สรุปผลระบบการควบคุมตรวจสอบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หัวข้อ 5.1.2.3.1 (1) พบว่า การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป ต้องให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ในชั้นแรก สามารถอภิปรายผลได้ว่า การให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ยังไม่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ขัดต่อความเป็นกลางตามหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครอง เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่กำลังพิจารณา เนื่องจากตนเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม และส่งผลต่อการพิจารณาที่ตนเองเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ในชั้นปลาย (ดูข้อมูลในการสัมภาษณ์ในภาคผนวก ก.) กล่าวคือ ผู้พิจารณาอุทธรณ์คือผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม จะไม่มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นไป ตามที่ผู้ยื่นอุทธรณ์ต้องการเพราะหากเห็นว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้อง ตัวผู้มีอำนาจ

พิจารณาอุทธรณ์และตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมซึ่งเป็นบุคคลคนเดียวกัน จะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นมาแต่ต้นประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง บางกรณีในการทำคำสั่งทางปกครอง จะถือปฏิบัติตามแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ผู้บังคับบัญชากำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว หรือบางกรณีหากกลับคำสั่งทางปกครองเดิม จะเป็นการยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองเดิมไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเป็นปัญหาการฟ้องร้องให้ต้องรับผิดชอบทางอาญาเช่นปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ ดังนั้น การให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ในชั้นแรก จึงไม่เกิดประโยชน์ไม่ว่าให้เกิดการพิจารณาอุทธรณ์ที่เป็นธรรม หรือหวังผลให้เกิดการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้น และยังเป็นการทำให้อันตรายและระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ยาวนานขึ้น อันไม่เป็นประโยชน์ทั้งต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง เพราะฝ่ายปกครองก็ประสงค์ให้คำสั่งทางปกครองแต่ละเรื่องยุติลงด้วยความรวดเร็วให้เกิดความมั่นคงแน่นอนเช่นกัน หากปล่อยให้มีการพิจารณาอุทธรณ์ยาวนาน ผลสุดท้ายหากจะต้องยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ความรับผิดชอบในความเสียหายจากผลของคำสั่งทางปกครองย่อมจะต้องมีตามมา เพราะเจ้าหน้าที่ได้ใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไปเสร็จสิ้นแล้ว ย่อมสิ้นคลอนความมั่นคงในตำแหน่งหน้าที่การงานของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน ส่วนฝ่ายผู้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเอง หากให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ หลักประกันในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามที่ผู้อุทธรณ์ต้องการย่อมมีน้อยลงเท่านั้น และขณะเดียวกัน หากปล่อยให้ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ที่นานขึ้น ผลกระทบต่อความเสียหายของคำสั่งทางปกครองก็ย่อมมีมากขึ้นตามไปด้วย ยิ่งระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ยาวนานเท่าใด ความเสียหายก็ยิ่งมีมากขึ้นเท่านั้น สุดท้ายก็ไม่มีประโยชน์อันใดแม้เจ้าหน้าที่จะแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปตามที่ผู้อุทธรณ์ต้องการ

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ควรมีการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเพียงชั้นเดียว คือ ให้ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์เท่านั้น อันสอดคล้องกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน และสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ สอดคล้องกับหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองโดยไม่ขัดต่อสภาพความเป็นกลาง และสอดคล้องกับหลักการบริหารราชการแผ่นดินที่ให้ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบ โดยจะให้ยื่นอุทธรณ์ต่อผู้พิจารณาอุทธรณ์โดยตรง หรือยื่นอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม แล้วให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมส่งต่อไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยต่อไปก็ได้ หากมีการแก้ไขระบบการอุทธรณ์สองชั้นดังกล่าว จะทำให้การพิจารณาอุทธรณ์ในเนื้อหาตรงกับความเป็นจริงมากขึ้นตามที่ไว้วิเคราะห์ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.1 และในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบการอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ ส่วนใหญ่กฎหมายจะกำหนดให้ยื่นอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งไม่ใช่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมอยู่แล้ว ไม่ว่าในรูปของ

บุคคลที่มีอำนาจคนเดียวที่เป็นผู้บังคับบัญชาตามสายงาน หรือผู้กำกับดูแลตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบตามอำนาจตามปกติทั่วไปอยู่แล้ว หรือให้ยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการต่าง ๆ ที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 หัวข้ออำนาจคณะกรรมการทางปกครอง ซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามกฎหมายในแต่ละฉบับ ส่วนการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบการอุทธรณ์แบบบังคับเฉพาะ ที่กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ที่มีเป็นส่วนน้อยนั้น แต่หากกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ก็ต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีมาตรฐานเดียวกันกับการอุทธรณ์บังคับทั่วไป โดยให้ถือว่า กฎหมายเฉพาะนั้นไม่ได้บัญญัติขึ้นตอนการอุทธรณ์ไว้ก็ต้องใช้สิทธิอุทธรณ์ตามหลักการอุทธรณ์บังคับทั่วไป และเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวเสนอแนะให้มีแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้ (1) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 45 วรรคหนึ่ง และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 45 วรรคสอง เหตุผลในการเสนอแนะแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง หากจะแก้ไขระบบการอุทธรณ์ในกฎหมายเฉพาะให้มีมาตรฐานเดียวกันกับกฎหมายกลางก็ต้องไปแก้ไขในกฎหมายอีกหลายร้อยฉบับ ซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ่งยากมากกว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพียงฉบับเดียว แม้จะมีการอ้างกันว่า เป็นการให้ความสำคัญกับกฎหมายเฉพาะเป็นพิเศษ โดยทยอยแก้ไขแต่ละฉบับดีกว่า ซึ่งหากปล่อยให้ทยอยกันแก้ไขดังกล่าว ความยุติธรรมทางปกครองย่อมล่าช้า เพราะต้องใช้เวลาในการปรับปรุงแก้ไขเป็นเวลานานและไม่แน่นอนว่ากฎหมายเฉพาะนั้น ๆ จะมีลักษณะพิเศษจริง ๆ หรือไม่ เพราะกฎหมายเฉพาะได้บัญญัติไว้ก่อนมีกฎหมายกลางเป็นเวลาหลายปี และเมื่อมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายกลางแล้ว การบัญญัติกฎหมายไม่ควรจะบัญญัติให้มีระบบการอุทธรณ์ลักษณะเฉพาะขึ้นอีก เพราะจะทำให้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สูญเสียความเป็นกฎหมายกลางและเกิดความแตกต่างไปอีก (3) มีข้อเสนอแนะเพิ่มเติม ดังนี้ (3.1) ควรแก้ไขผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ (3.2) ควรให้คำวินิจฉัยอุทธรณ์ไปแทนที่คำสั่งทางปกครองเดิม (3.3) ควรพัฒนารูปแบบการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองให้หลากหลาย (3.4) ควรมีวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนอุทธรณ์ (3.5) ควรใช้นิติวิธีการตีความของศาลปกครองในการแก้ไขปัญหาการอุทธรณ์แบบบังคับ

ดังนั้น หากมีการแก้ไขตามที่ได้เสนอแนะข้างต้น ช่วยลดขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และทำให้การพิจารณาอุทธรณ์มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ย่อมสอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3 (1.1) รายเอียดที่เสนอแนะให้มีการแก้ไขจะสรุปข้อเสนอแนะทำงานวิจัยนี้

5.2.1.2 ความเหมาะสมของการดูแลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองในระหว่างระยะเวลาอุทธรณ์

ตามที่ได้สรุปผลการดูแลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในระบบการควบคุมตรวจสอบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในหัวข้อ 5.1.2.3.1 (2) พบว่า เมื่อฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองมีผลตามกฎหมายขึ้นแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามเนื้อความในคำสั่งทางปกครองได้ทันที โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีการอุทธรณ์คัดค้านหรือไม่ หรือแม้มีการอุทธรณ์คัดค้านเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองก็จะไม่คำนึงถึงผลสุดท้ายว่า จะมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองถือหลักสันนิษฐานเบื้องต้นไว้ก่อนเสมอว่า คำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย และต้องการให้งานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองดำเนินไปโดย ไม่มีการหยุดชะงัก อันอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม คือ สิ่งที่อยู่เบื้องหลังของข้อสันนิษฐานดังกล่าว แต่ในสภาพความเป็นจริง เมื่อฝ่ายปกครองได้ดำเนินการใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไปแล้ว แม้ต่อมาจะมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ความเสียหายที่ได้รับไปแล้วก็ไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมได้ กระทำได้เพียงประการเดียวโดยประกาศหรือยืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเท่านั้น และหากมีการเยียวยาก็เป็นเพียงเยียวยาความเสียหายตามนิติบัญญัติในลักษณะชดเชยความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ซึ่งเป็นเรื่องนอกเหนือความต้องการของผู้อุทธรณ์และไม่ก่อประโยชน์อันใดตามความประสงค์ของผู้ที่ได้รับความเสียหายเลย อีกทั้ง ในการขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเสียหาย ก็ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับของระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาจากองค์กรภายในฝ่ายปกครองมาก่อน กล่าวคือ ต้องมีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้สิ้นสุดภายในฝ่ายปกครองก่อน โดยการยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งทางปกครอง หากไม่ดำเนินการดังกล่าว ย่อมไม่มีสิทธิขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเดือดร้อนนั้น อันมีลักษณะกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิเข้าถึงกระบวนการทางศาลที่จะประกันความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นจริงในชั้นศาลด้วย

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระหว่างการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในเรื่องการยื่นอุทธรณ์และผลของการอุทธรณ์ โดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองให้มีผลเป็นการดูแลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น โดยอัตโนมัติโดยทันที ซึ่งสอดคล้องกับสหพันธรัฐเยอรมนี เพื่อไม่ให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่า จะดูแลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ก็ได้ อย่างไม่เป็นเหตุไปและราชอาณาจักรสเปน ใช้อยู่ จะเป็นการพัฒนาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสอดคล้องกับระบบการอุทธรณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้มากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้บุคคลใดใช้

ประโยชน์อันเกิดจากการทะเลาะการบังคับโดยทันที มิเช่นนั้น จะทำให้มีการใช้สิทธิอุทธรณ์ของบุคคลโดยไม่สุจริต เพื่อประวิงเวลาบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะเป็นการเสียหายต่อประโยชน์ต่อส่วนรวมในการบริการสาธารณะและขาดความต่อเนื่องได้ เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายดังกล่าว ในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ควรมีการวางเงินประกันความเสียหายเนื่องจากการทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น แต่หากจะยังคงให้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ว่าจะสั่งให้มีการทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่เช่นเดิม ก็ควรแก้ไขข้อบกพร่องของการอุทธรณ์แบบบังคับมากยิ่งขึ้น หรือยกเลิกระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ โดยใช้ระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือกเป็นหลักทั่วไปตามที่ใช้กันอยู่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยการยกเลิกความในมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และไม่จำเป็นต้องแก้ไขมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในเรื่องการอุทธรณ์แต่อย่างใด เพราะหากผู้กรณีเลือกที่จะไม่อุทธรณ์ ก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้เลย อันเป็นการคุ้มครองความเสียหายที่ได้รับจากการใช้มาตรการบังคับของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งในชั้นศาลปกครองสามารถมีคำสั่งทะเลาะการบังคับไว้ก่อนในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครองได้อยู่แล้ว อันเป็นการถ่วงดุลได้ดีกว่าระบบให้อำนาจดุลพินิจ ในการพิจารณาอนุญาตให้ทะเลาะการบังคับหรือไม่ เพราะเป็นองค์กรตรวจสอบภายนอกต่างองค์กรกัน และจะทำให้เงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลปกครองจะไม่ผูกโยงกับระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองด้วย

จากที่ได้กล่าวข้างต้น จึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้ (1) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคสาม (2) เพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคสี่ (3) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 63/2 (4) ควรกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องแจ้งผลการทะเลาะการบังคับไว้ชั่วคราวด้วย และต้องระบุเงื่อนไขที่จะยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงผลของทะเลาะการบังคับนั้นได้ด้วยหากต่อมาเข้าเหตุตามข้อยกเว้นตามที่เสนอแนะใน (3) โดยบัญญัติเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 40 วรรคหนึ่ง เพื่อแจ้งให้ผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครองทราบและระมัดระวัง เช่น อาจระบุไว้ว่า หากไม่ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองทันที หรือมีการยื่นอุทธรณ์แล้ว แต่เป็นการประวิงเวลาในการใช้มาตรการบังคับตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่อาจจะยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลง และใช้มาตรการบังคับโดยทันทีเช่นกัน เป็นต้น (4) ข้อเสนอแนะเป็นทางเลือก หากยังคงให้การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุมีการทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (4.1) ทางเลือกที่หนึ่ง ยกเลิกความในมาตรา 42 วรรคสองของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (4.2) ทางเลือกที่สอง หากไม่มีการยกเลิกกฎหมายตามข้อ (4.1) ควรเพิ่มเติม

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 วรรคสาม เพื่อขยายสิทธิการฟ้องคดีให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ตามข้อเสนอแนะทั้งหมดข้างต้น หากมีการทูลเกล้าฯ ถวายคำร้องตามคำสั่งทางปกครองไว้ย่อมมีผลดีทำให้ไม่มีความจำเป็น และคำนึงถึงเรื่องกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองว่าจะมีการกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์อย่างไร หรือจะใช้ระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์นานเท่าใด และในท้ายที่สุดเมื่อมีการวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว หากต่อมาได้มีการเพิกถอน แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นในภายหลัง ก็ไม่มีผลกระทบหรือเกิดความเสียหายต่อผู้ใด เพราะยังไม่มีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองใดเลย ฝ่ายปกครองย่อมสามารถแก้ไข เยียวยาถ่วงดุลคืนสู่ฐานะเดิมได้ทั้งหมดไม่ว่าทางนิตินัยหรือพฤตินัย และในขณะเดียวกันถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามเนื้อหาในคำสั่งนั้นให้เร็วขึ้น ก็ต้องเร่งรัดการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นให้เร็วขึ้นตามไปด้วย ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถพิจารณาได้เองว่า จะสมควรปฏิบัติแต่ละกรณีอย่างไร หรือต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามคำสั่งนั้นในเวลาใด และหากยังคงใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับก็ควรใช้ระบบการอุทธรณ์บังคับโดยทั่วไป เพื่อให้เกิดมาตรฐานในการปฏิบัติเหมือนกัน โดยการยกเลิกขั้นตอน และระยะเวลาการโต้แย้งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะการบัญญัติกฎหมายให้มีระบบการอุทธรณ์บังคับเฉพาะ อาจเกิดจากความจำเป็นหรือความบกพร่องของการบัญญัติกฎหมายในขณะนั้นมากกว่าความจำเป็นเฉพาะด้าน หากต้องการให้มีการอุทธรณ์บังคับเฉพาะก็คงบัญญัติเป็นข้อยกเว้นในกฎกระทรวงมากกว่า แต่กรณีกฎหมายไม่มีการบัญญัติเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ หมายความว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอน และวิธีการอุทธรณ์ไว้ ย่อมหมายถึง กฎหมายไม่ประสงค์จะให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือกำหนดการอุทธรณ์บังคับเฉพาะไว้ ซึ่งเป็นขั้นตอนในการอุทธรณ์ จะนำหลักเกณฑ์การประกันความเป็นธรรมและมาตรฐานการปฏิบัติราชการตามที่บัญญัติไว้ในระบบการอุทธรณ์บังคับทั่วไปมาใช้ไม่ได้ เพราะเป็นคนละกรณี เนื่องจากกฎหมายบัญญัติไม่ให้นำขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์มาใช้ในระบบการอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป ซึ่งจะสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณา เพราะหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องแจ้งสิทธิการโต้แย้งต่อศาลปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอยู่แล้ว ซึ่งเป็นเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองทั่วไป ที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ โดยสภาพจึงไม่อาจเป็นกรณีที่ผู้ได้รับแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ได้ จึงไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองทั่วไปนั้นก่อน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 165/2551) ดังนั้น หากมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น ย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครอง และป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลของคำสั่งทางปกครองได้ทั้งทางพฤติ

นัยและนิตินัย สอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3 (1.2) รายเอียดที่เสนอแนะให้มีการแก้ไขจะสรุปข้อเสนอแนะท้ายงานวิจัยนี้

5.2.1.3 ความเหมาะสมของระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้สรุปผลการระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ในหัวข้อ 5.1.2.3.1 (3) พบว่า ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในกฎหมายไทยนำมาใช้สองระบบ คือ ระบบระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้เฉพาะแล้ว กับระบบระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามหลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เหตุผลที่มีการบัญญัติระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ที่แตกต่างกัน ก็เพราะต้องการให้ระยะเวลาการอุทธรณ์เป็นไปตามความเหมาะสมของกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ และการยื่นอุทธรณ์ตามหลักกฎหมายทั่วไปจะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ในกฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะด้วยตนเองก็ไม่ได้เป็นมาตรฐานเดียวกัน มีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้ ในขณะที่ตราฝ่ายผู้บัญญัติกฎหมายให้เหตุผลก็เพื่อความเหมาะสมตามลักษณะเฉพาะของเรื่อง แต่เมื่อนำมาปฏิบัติไม่ได้มีเหตุผลพิเศษหรือสะท้อนความเหมาะสมตามความเป็นจริงตามแนวคิดและความต้องการของฝ่ายนิติบัญญัติ ตามที่ได้วิเคราะห์แล้วในบทที่ 4 ยิ่งทำให้เกิดมาตรฐานที่แตกต่างกันออกไป เช่น พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 48 ชั่วโมง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 117 ให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐนั้นภายใน 7 วันทำการ หรือพระราชบัญญัติมาตราชั่งตวงวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557 ให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 30 วัน หรือพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ภายใน 90 วัน เป็นต้น ส่วนระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามกฎหมายทั่วไป กำหนดให้ต้องยื่นอุทธรณ์ภายใน 15 วัน ระยะเวลาดังกล่าวข้างต้น เป็นระยะเวลาบังคับผู้อุทธรณ์ต้องใช้สิทธิภายในเวลาที่กำหนด แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายเฉพาะและกฎหมายทั่วไป ก็ได้กำหนดระยะเวลาทำหน้าที่ของผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ไว้ด้วย ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวก็มีความแตกต่างกัน เช่น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 118 ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 7 วันทำการนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ หรือพระราชบัญญัติมาตราชั่งตวงวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557 ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ จะต้องพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ให้เสร็จสิ้นภายใน 45 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ หรือพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 กำหนดให้อธิบดีหรือรัฐมนตรีวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 60 วัน ส่วนระยะเวลาการพิจารณา

อุทธรณ์ตามกฎหมายทั่วไป กำหนดให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะต้องพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จภายใน 90 วัน เป็นต้น

จากที่กล่าวข้างต้น ระยะเวลาสำหรับการพิจารณาอุทธรณ์ที่ใช้ในฝ่ายเจ้าหน้าที่ควรสั้นกว่าระยะเวลาใช้สิทธิในการยื่นอุทธรณ์ของประชาชน เพราะคำสั่งทางปกครองเกิดจากเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองด้วยกันนั่นเอง ทั้งตัวผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นหน่วยงานองคาพยพเดียวกัน ซึ่งเป็นผู้ทราบเรื่องและเนื้อหาของการทำคำสั่งทางปกครองฉบับนั้นดีอยู่แล้ว การกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลน้อยกว่าจุดประสงค์ของประสิทธิภาพในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ แต่ในสภาพความเป็นจริง กฎหมายจะกำหนดระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่มีมากกว่าระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์ ซึ่งมาตรฐานที่น้อยที่สุดที่ควรจะเกิดขึ้นในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล คือ จะต้องให้เกิดความสมดุลกัน กล่าวคือ ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่และระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ของประชาชนจะต้องเท่ากันเพื่อให้เกิดมาตรฐานเดียวกัน และเป็นการรักษาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิของบุคคล กับการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือคุ้มครองประสิทธิภาพการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ไว้ ส่วนระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ที่เหมาะสม ควรจะมีระยะเวลายาวแค่ไหน เพียงใด จากการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งฝ่ายตุลาการศาลปกครอง และฝ่ายผู้ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติ พบว่า ฝ่ายตุลาการเห็นควรกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามการอุทธรณ์แบบบังคับ ให้สอดคล้องกับระยะเวลาการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง คือ 90 วัน ส่วนความเห็นของฝ่ายผู้ปฏิบัติงานในภาคปฏิบัติ มีความแตกต่างกัน เห็นควรกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นเวลา 30 บ้าง 60 วัน บ้าง หรือแล้วแต่ความเหมาะสมบ้างแต่ต้องไม่น้อยกว่าระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายเดิม เหตุผลเพื่อให้ผู้อุทธรณ์มีเวลาปรึกษาทนายความ หรือมีเวลาเขียนคำอุทธรณ์เพราะกฎหมายบังคับต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องใช้เวลาเตรียมเอกสาร หรือขอเอกสารจากหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเพื่อสนับสนุนคำอุทธรณ์ แต่จากการศึกษาระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์โดยส่วนใหญ่จะสอดคล้องกับระยะเวลาการใช้สิทธิการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ไว้เป็นเวลา 30 วัน และการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล ก็ให้กระทำภายใน 30 วันเช่นกัน หรือสาธารณรัฐฝรั่งเศส หากกฎหมายกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์บังคับไว้เป็นเวลา 2 เดือน และการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล ก็ให้กระทำภายใน 2 เดือน หรือหากกฎหมายกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ไว้เป็นเวลา 3 เดือน และการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลก็ให้กระทำภายใน 3 เดือน แล้วแต่กรณีเช่นเดียวกัน จากที่กล่าวข้างต้น เพื่อให้ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองสอดคล้องกับการใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไทย ควรกำหนดให้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ให้กระทำภายใน 90 วัน นอกจากจะสอดคล้องกับการใช้สิทธิในการ

ฟ้องคดีต่อศาลปกครองดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังสอดคล้องกับระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ ภายใน 90 วันด้วย จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้ (1) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 44 วรรคหนึ่ง (2) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา มาตรา 3 วรรคสอง

ดังนั้น หากมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น จะทำให้ระยะเวลาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะเกิดความสมดุลกับระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ และระยะเวลาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ย่อมเป็นการคุ้มครองผู้มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเพิ่มขึ้น มีความเสมอภาคเกิดมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งสอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3 (1.3) รายละเอียดที่เสนอแนะให้มีการแก้ไขจะสรุปข้อเสนอแนะท้ายงานวิจัยนี้

จากที่เสนอแนะมาทั้งหมดในข้อ 5.2.1.1 - 5.2.1.3 ข้อเสนอแนะดังกล่าว เป็นเพียงแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพให้ระบบอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้นเท่านั้น แต่ในระยะต่อไป การยังคงใช้ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง เพื่อให้โอกาสฝ่ายปกครองทบทวนแก้ไข คำสั่งทางปกครองนั้น ถ้าต่อมาหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมในชั้นอุทธรณ์ตามความประสงค์ของผู้อุทธรณ์น้อยมาก และถึงขนาดไม่สมควรจะไว้วางใจให้มีการพิจารณาอุทธรณ์โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองต่อไป ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องมีการรวบรวมให้ได้ข้อมูลเพียงพอระดับหนึ่ง ในกรณีดังกล่าวมีข้อเสนอแนะให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการรวบรวมคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เพื่อจะได้เก็บข้อมูล สถิติและวิเคราะห์ปัญหาในภาพรวม และได้เสนอแนะรายละเอียดในหัว 5.2.4.2 ต่อไป ก็สมควรดำเนินการ ดังนี้

(1) พัฒนารูปแบบการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองอื่น ๆ ให้หลากหลาย เช่น ให้องค์กรที่เป็นอิสระจากภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ หรือคู่กรณีมีสิทธิเลือกบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องกับ สายงานบังคับบัญชาตามบัญชีที่คัดเลือกไว้เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งจะประกันความเป็นธรรมในผลของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะเสนอแนะต่อไป

(2) มีการระงับข้อพิพาททางเลือกแทนการใช้ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เฉพาะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่เรื่องที่ต้องออกกฎหมาย หรือเรื่องที่ไม่อาจประนีประนอมยอมความได้ หรือเรื่องที่ต้องให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบก่อน หรือเรื่องนั้นจะเป็นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่ง หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือเป็นเพียงเป็นทางเลือกเสริมควบคู่กับการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ตามแนวทางของราชอาณาจักรสเปน ซึ่งแม้

ราชอาณาจักรสเปน จะมีระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้นแล้ว ราชอาณาจักรสเปนยังมีระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแทนการอุทธรณ์ เพราะต้องการแก้ไขปัญหาการฟ้องต่อศาลทำให้มีคดีค้างการพิจารณาอยู่เป็นจำนวนมากกรณีหนึ่ง และอีกกรณีหนึ่งเพื่อให้ข้อพิพาทยุติลงอันสิ้นภายในฝ่ายปกครองอันเป็นการรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทในการบริหารงานบุคคล ที่เป็นข้อพิพาทฟ้องต่อศาลปกครองไทยเป็นจำนวนมากที่สุดในปัจจุบัน ซึ่งในการระงับข้อพิพาทในชั้นฝ่ายปกครอง อาจใช้วิธีการเจรจา การเรียกร้องสิทธิ การไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการ และการประนอมข้อพิพาท แม้การระงับข้อพิพาททางเลือกดังกล่าวมีการใช้ในศาลแล้วก็ตาม แต่ศาลแผนกคดีปกครองในราชอาณาจักรสเปน จะมีอำนาจระงับข้อพิพาททางเลือกได้เฉพาะมีการฟ้องคดีต่อศาลขึ้นมาแล้วเท่านั้น

ส่วนวิธีการในการระงับข้อพิพาททางเลือกจะต้องได้รับการยอมรับทั้งสองฝ่าย โดยสมัครใจและยินยอมด้วยกัน แต่เนื่องจากปัจจุบันมีคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่ง และคดีอาญาในระดับอำเภอตามกฎหมายมหาชนว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญา พ.ศ. 2553 อยู่แล้ว จากการคัดเลือกของประชาชนในอำเภอนั้นตามบัญชีรายชื่อที่มีอยู่ในระยะเริ่มแรกควรให้คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระดับอำเภอมีอำนาจไปพลางก่อน โดยเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระดับอำเภอว่า “มีอำนาจไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาททางปกครองไปด้วย” โดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการเป็นบัญชีขึ้นใหม่ เป็นการพัฒนารูปแบบและเพิ่มประสิทธิภาพไปด้วย

เมื่อมีการใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว องค์การตุลาการสามารถมีอำนาจที่จะทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ส่วนในการตรวจสอบขององค์การตุลาการ ควรจะตรวจสอบในลักษณะเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น เช่น การระงับข้อพิพาททางเลือก มีการฉ้อฉลหรือกระทำไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือเป็นเรื่องที่ไม่อาจใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกได้โดยสภาพ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม หากใช้ระงับข้อพิพาททางเลือกไม่สำเร็จ ก็ถือว่าเป็นการสิ้นสุดกระบวนการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายแล้ว สามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันที เพราะหากกลับไปให้ดำเนินการและวินิจฉัยตามกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ต่อไป ก็ยากที่จะให้ฝ่ายปกครองเปลี่ยนแปลง แก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะได้ผ่านขั้นตอนการระงับข้อพิพาททางเลือก และคู่กรณีได้มาเจรจาไกล่เกลี่ยกันแล้วแต่ไม่สำเร็จ ถือเสมือนเป็นการปฏิบัติตามขั้นตอนในการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายภายในฝ่ายปกครองแล้ว ซึ่งไม่มีความจำเป็นอันใดที่จะกลับไปดำเนินการและวินิจฉัยตามกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์อีก และในการใช้ระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกแทนการอุทธรณ์ ควรจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองราชอาณาจักรสเปน

ค.ศ. 2015 มาตรา 86 (1) มาใช้เป็นแนวทางในการยกเว้นที่บัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครองสามารถทำข้อตกลง ข้อสัญญา สนธิสัญญา หรือสัญญากับบุคคลอีกฝ่าย ทั้งตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน หากไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย หรือไม่เป็นเรื่องที่ไม่สามารถประนีประนอมยอมความได้ และเป็นไปเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะ ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละกรณี ที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับรอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการยุติกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือไม่จำเป็นต้องมีคำวินิจฉัยสุดท้ายจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองออกมา” และมาตรา 112.2 บัญญัติว่า “ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอื่นใด สามารถกำหนดให้มีมาตรการทดแทนการอุทธรณ์ ตามลำดับชั้นต่อผู้บังคับบัญชาในลำดับชั้นสูงกว่าได้ โดยกำหนดเหตุที่สามารถทำได้ไว้เป็นการเฉพาะ โดยทำการเรียกร้อง หรือประณอมข้อพิพาท หรือไกล่เกลี่ย หรือใช้ระบบอนุญาโตตุลาการต่อคณะกรรมการที่มีอยู่ในระดับชั้นการบังคับบัญชา ภายใต้หลักการและระยะเวลาที่พระราชบัญญัตินี้รับรองไว้ ต่อบุคคลและผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ด้วยเงื่อนไขเดียวกัน หากมีการอุทธรณ์เพื่อทบทวนคำสั่งที่ได้ทำการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจนถึงที่สุดแล้ว สามารถถูกแทนที่ด้วยมาตรการอื่น โดยคำนึงถึงสิทธิ ในการอุทธรณ์คัดค้านของผู้มีส่วนได้เสียด้วย และการนำมาตราเหล่านี้มาใช้บังคับต่อหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ทำให้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรส่วนท้องถิ่น ที่มาจากการเลือกตั้งตามกฎหมายบัญญัติไว้ต้องสูญเสียไป”

(3) ควรมีการแก้ไขระบบอุทธรณ์แบบบังคับ โดยการใช้นิติวิธีตีความของศาลปกครองแต่ใช้ในคดีที่ศาลปกครองจะรับฟ้องเพื่อความยุติธรรมเท่านั้น ทำให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เหตุผลก็เนื่องมาจากการอุทธรณ์ของประเทศไทยมีลักษณะบังคับ อันมีลักษณะเป็นเงื่อนไขก่อนที่จะมีการฟ้องคดี กรณีเมื่อศาลปกครองใช้นิติวิธีตีความรับฟ้องคดีที่ไม่มีการอุทธรณ์แล้ว อันเสมือนใช้ระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือกแทนการแก้ไขกฎหมายที่ต้องใช้เวลานาน หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นด้วยกับการใช้นิติวิธีตีความของศาลปกครองดังกล่าว ก็เป็นหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องแก้ไขและตรากฎหมายให้มีความชัดเจนขึ้น ตามกระบวนการตรากฎหมายในฝ่ายนิติบัญญัติต่อไป ตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ได้สรุปแล้ว

5.2.2 ข้อเสนอแนะการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้สรุปผลระบบการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ในหัวข้อ 5.1.3.2.2 พบว่า ยังไม่มีกลไก หรือมาตรการใดในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ในขณะที่เดียวกันการไม่มี

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในองค์กร ฝ่ายปกครองจะส่งผลต่ออำนาจในการตรวจสอบขององค์กรศาลปกครองด้วย ตามที่ได้สรุปและเสนอแนะแล้วในหัวข้อ 5.1.1 และหัวข้อ 5.2.1 และเป็นที่ยอมรับกันว่า หากเรื่องใดที่กฎหมายปกครองไม่ได้บัญญัติไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้มีการพัฒนากฎหมายที่สอดคล้องกับความเป็นจริงในอนาคต เพราะหลักกฎหมายนั้น เป็นศิลปะศาสตร์ที่ต้องมีการศึกษา และต้องผ่านประสบการณ์ก่อนจะตกผลึกในองค์ความรู้นั้น และต้องมีการพัฒนาให้ตรงกับปัญหาที่เกิดขึ้น

แม้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ดีจะต้องมีกฎหมายรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อต้องการความชัดเจนและลดปัญหาการโต้เถียงต่อไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด แต่สิทธิบางประการที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเป็นสิทธิที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การนับถือศาสนา สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว โดยไม่จำเป็นต้องรับรอง คุ้มครองตามกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่ทุกคนจะต้องเคารพ และแม้สิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐาน แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเพราะกฎหมายบัญญัติรับรองไว้โดยเฉพาะ เพื่อประสงค์จะคุ้มครองเพิ่มเติมนอกเหนือจากสิทธิขั้นพื้นฐานที่กล่าวข้างต้น แต่การไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของผู้มีสิทธิอุทธรณ์ อาจส่งผลกระทบต่อปัญหาเรื่องความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองได้ แม้จะไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญตามที่ได้วิเคราะห์แล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.2 เพราะฝ่ายปกครองอาศัยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดียวกันในการทำคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่กระทำต่างพื้นที่ ต่างเวลา และต่างบุคคลในการใช้อำนาจเท่านั้น ซึ่งหากข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดียวกันนั้นไม่เปลี่ยนแปลง ผลของคำสั่งทางปกครองไม่ว่าครั้งใด ๆ หรือผลของคำสั่งทางปกครองไม่ว่าพื้นที่ใด ๆ หรือผลของคำสั่งทางปกครองไม่ว่าของบุคคลผู้ใช้อำนาจ ในตำแหน่งใด ๆ ต้องมีผลเป็นอย่างเดียวกัน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดความเสมอภาคในผลสุดท้ายได้

แม้ในการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง จะให้ความเห็นว่า การที่บุคคลไม่ใช่สิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ไม่มีปัญหาเรื่องความเสมอภาค ซึ่งเป็นมุมมองทางด้านสิทธิว่าจะอุทธรณ์หรือไม่อุทธรณ์หรือไม่เท่านั้นที่กฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ แต่ไม่ได้มองในมุมมองความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครอง หากไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น เพราะผลทางกฎหมายอาจเกิดความแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองอื่นได้ เมื่อคำสั่งทางปกครองอื่นนั้นได้ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดียวกัน ซึ่งการทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองเกิดความเสมอภาคดังกล่าว เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีเป็นอย่างยิ่งในฝ่ายปกครอง เพราะการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องใด ๆ ตามกฎหมายมหาชนยังต้องอาศัยมาตรฐานที่ชัดเจน แน่นนอน และในการปฏิบัติหน้าที่จะต้องอาศัยและ

เกิดความเชื่อถือและไว้วางใจจากประชาชนเสมอ ไม่อาจนำหลักความเสมอภาคในทางกฎหมาย
เอกชนมาเทียบเคียงได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่มีบุคคลใดใช้สิทธิอุทธรณ์ จะทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองยุติ
ไปตามนั้น แต่ในการไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์อาจเกิดจากความไม่สมัครใจก็ได้ หรือแม้แต่การไม่ใช้สิทธิ
อุทธรณ์จะเกิดความสมัครใจ แต่ในนิติรัฐเรียกร้องต่อไปว่า เจ้าหน้าที่ทุกคนในทุกองค์กรจะต้อง
ผูกพันต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำต่าง ๆ เสมอ ไม่อาจยึดถือมุมมองด้านสิทธิมาก
ไปกว่ามุมมองด้านหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีหน้าที่ผูกพันตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย
ดังกล่าวได้ และขณะเดียวกันตามหลักนิติธรรม กฎหมายนั้นต้องมีความเสมอภาค มีความแน่นอน
มีความชัดเจนด้วย ซึ่งหมายความว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีบุคคลใดก็ตาม ไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์
เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง จะต้องผูกพันและทำให้คำสั่งทาง
ปกครองเกิดความชอบด้วยกฎหมายในอันจะรักษาความเสมอภาค และความแน่นอนของคำสั่งทาง
ปกครองไว้ แต่ในปัจจุบันตามที่ได้กล่าวแล้วในตอนต้นว่า ยังไม่มีกลไก หรือมาตรการใดในการ
ควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ให้เกิดความเสมอภาค และชอบด้วย
กฎหมายโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง จึงจำเป็นจะต้องมีการพัฒนาในการควบคุมตรวจสอบคำสั่ง
ทางปกครองภายในฝ่ายปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ อันเป็นหลักประกันว่า คำสั่งทางปกครองนั้น
ชอบด้วยกฎหมายและเกิดความเสมอภาคกับคำสั่งทางปกครองอื่น ๆ ที่ไม่ได้มีการอุทธรณ์ เพื่อทำ
ให้เกิดมาตรฐานเดียวกัน โดยมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่สามารถควบคุมตรวจสอบได้

การแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่
ของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองในมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติ
ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนจะมีรูปแบบหรืออำนาจควบคุมตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว
อย่างไร จะได้เสนอแนะในหัวข้อ 5.2.4.2 ต่อไป โดยใช้หลักการควบคุมตรวจสอบขององค์กร
อัยการ แม้จะเป็นการควบคุมตรวจสอบทางอาญาซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทาง
อาญาก็ตาม ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจเปรียบเทียบอันมีผลทำให้
คดีอาญาเลิกกัน ไม่อาจจะนำคดีอาญาเรื่องนั้นมาร้องทุกข์หรือฟ้องคดีได้อีก แต่ในระบบการ
ควบคุมตรวจสอบพนักงานผู้ใช้อำนาจเปรียบเทียบ จะต้องส่งสำนวนเปรียบเทียบไปให้องค์กรต่าง
องค์กร คือ พนักงานอัยการตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งว่า ได้ดำเนินการเปรียบเทียบโดยชอบด้วย
กฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นตัวอย่างที่สามารถนำมาเป็นแนวทางในการควบคุมตรวจสอบในทาง
ปกครองเรื่องดังกล่าวได้เช่นกัน

ดังนั้น หากมีการแก้ไขตามข้อเสนอแนะข้างต้น การประกันความเสมอภาคของคู่กรณี
ที่ไม่ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์เป็นมาตรฐานเดียวกัน ย่อมขจัดปัญหาความแตกต่างในผลของคำสั่งทาง

ปกครองและจะทำให้เกิดการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นซึ่งสอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3 (2)

5.2.3 ข้อเสนอแนะของการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติ

5.2.3.1 ขอบเขตการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสม

ตามที่ได้สรุปผลขอบเขตหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ในหัวข้อ 5.1.3.2.3 (1) พบว่า แนวทางของผู้บังคับบัญชาที่ต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทำคำสั่งทางปกครองเป็นไปตามความต้องการ แฝงไว้ในรูปแบบของหนังสือเวียน หรือแนวทางปฏิบัติหลายประเภท เช่น แนะนำแนวทาง สั่งให้ปฏิบัติ ชักชวนความเข้าใจ ขอความร่วมมือ อธิบาย หรือตีความหมายถ้อยคำของกฎหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่มีแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้องหรือกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจเพื่อให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ประกอบกับได้ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้ปฏิบัติงานซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครอง พบว่า ไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน หรือแนวทางปฏิบัติที่ออกภายในฝ่ายปกครองแต่อย่างใด เพราะส่วนใหญ่การออกหนังสือเวียน หรือการกำหนดแนวทางปฏิบัติ เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาสูงสุดในสายการบังคับบัญชาของหน่วยงานนั้น จึงทำให้ไม่มีผู้บังคับบัญชาชั้นใดที่สูงกว่าที่จะควบคุมตรวจสอบ แม้จะมีขั้นตอน และวิธีการในการออกหนังสือเวียน หรือกำหนดแนวทางปฏิบัติ แต่ก็เป็นการกลั่นกรองงานตามลำดับชั้นของสายการบังคับบัญชาจนถึงผู้มีอำนาจลงนามสั่งการ และแจ้งให้หน่วยงานใต้บังคับบัญชาถือปฏิบัติต่อไป อันเป็นลักษณะการทำงานโดยมีจุดมุ่งหมายเดียวคือเพื่อออกหนังสือเวียน หรือกำหนดแนวทางปฏิบัติเท่านั้นมากกว่าจะควบคุมตรวจสอบ

จากที่กล่าวข้างต้น ทำให้เมื่อผู้บังคับบัญชาวางแนวทางในการปฏิบัติงานในเรื่องใดไว้ เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่มีทางที่จะหลีกเลี่ยง หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชามีวินัยที่ควบคุมความสัมพันธ์กับผู้บังคับบัญชาอยู่ หากฝ่าฝืนคำสั่งที่ออกตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติย่อมจะถูกผู้บังคับบัญชาคำเนินเอาผิดทางวินัยทันที และยิ่งกว่านั้นเมื่อผู้ใต้บังคับบัญชาที่มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองเห็นว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชากำหนดไว้เพื่อใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ตัดอำนาจดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชา หรือมีเนื้อความไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่จะทำคำสั่งทางปกครองนั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้โดยทำคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนไป หากต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในปัจจุบันส่วนใหญ่ คือ ผู้บังคับบัญชาที่ออก

หนังสือเวียน หรือกำหนดแนวทางปฏิบัติตนเอง ย่อมจะต้องไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาได้ทำคำสั่งทางปกครองไป ผลสุดท้ายต้องเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปตามหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัตินั้น ส่วนตัวเจ้าหน้าที่จะต้องถูกดำเนินการทางวินัยเหนือตัวบุคคล อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ ขอบเขตการบังคับบัญชาเหนือการกระทำ เมื่อผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์และเป็นผู้กำหนดหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติอยู่ด้วย วินิจฉัยเปลี่ยนแปลงคำสั่งแตกต่างกับคำสั่งทางปกครองของผู้ได้บังคับบัญชา ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวเช่นกันว่า ผู้บังคับบัญชาเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ผู้อุทธรณ์ ทำให้ผู้อุทธรณ์ได้ตรงกับความต้องการของตน จึงไม่มีทางจะนำเรื่องไปฟ้องศาลปกครองให้ตรวจสอบอีกเช่นกันว่า คำสั่งทางปกครองที่อาศัยหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ผู้ได้บังคับบัญชาไม่ปฏิบัติตามนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการละเลยหรือไม่ให้ความสำคัญในการรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นของเจ้าหน้าที่ในภาคปฏิบัติ ไม่ได้เรียกร้องไม่ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแล ไม่ให้ใช้อำนาจหรือไม่ให้ทำหน้าที่ในฐานะบังคับบัญชาหรือกำกับดูแล โดยปฏิเสธหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองทุกกรณี เพียงแต่เรียกร้องให้มีการควบคุมตรวจสอบให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายต่างหาก โดยมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งควบคุมตรวจสอบมากกว่า

ดังนั้น แนวทางแก้ไขสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อพัฒนาการควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าวมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

(1) ควรให้คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง ควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐาน ในการทำคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาในราชการส่วนกลาง เพราะเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ ที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของผู้มีอำนาจออกหนังสือเวียน หรือผู้มีอำนาจกำหนดแนวทางปฏิบัติ ส่วนคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดซึ่งจะขยายโครงสร้างในทุกพื้นที่ทุกจังหวัดตามที่เสนอแนะในหัวข้อ 5.2.4.1 ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบว่าหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐาน ในการทำคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่นว่าชอบด้วยกฎหมาย ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ฝ่ายปกครองต้องใช้เป็นฐานอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรือให้นายกรัฐมนตรีมอบหมายเพิ่มเติมให้มีการควบคุมตรวจสอบอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 (6) ของพระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จากข้อเสนอแนะดังกล่าว นอกจากเป็นการแก้ไขปัญหาให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังสามารถเป็นการรวบรวมข้อมูลเป็นสถิติ และแยกประเภทของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานอำนาจในการทำคำสั่ง

ทางปกครอง อันเป็นประโยชน์ในการปรับปรุงหลักการบริหารราชการแผ่นดิน หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงต่อไป

(2) เพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบ ก็ควรประกาศและให้มีการโต้แย้งหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการพิจารณา หรือสั่งการเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง อันสอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญทั่วไป และสอดคล้องกับสิทธิได้รู้ข้อมูลข่าวสารตามกฎหมายข้อมูลข่าวสาร ตลอดจนสอดคล้องกับคู่มือประชาชนในการได้ทราบขั้นตอน การดำเนินงานตามกรอบระยะเวลาในการจัดทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558

ดังนั้น หากมีการแก้ไขปัญหาตามที่กล่าวข้างต้น ย่อมทำให้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น สอดคล้องกับกฎหมายที่ได้มอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่นั้นใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง และสอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3 (3.1) รายเอียดที่เสนอแนะให้มีการแก้ไขจะสรุปข้อเสนอแนะท้ายงานวิจัยนี้

5.2.3.2 ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียนและ แนวทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักการควบคุมตรวจสอบ

ตามที่ได้สรุปผลขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักการควบคุมตรวจสอบ ในหัวข้อ 5.1.3.2.3 (2) พบว่า เงื่อนไขที่ศาลปกครองจะตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่ได้จำกัดขอบเขตเพียงแต่รูปแบบหรือชื่อเรียก แต่ตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติว่า มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ต้องมีลักษณะเป็นกฎ ต้องมีลักษณะเป็นการกระทำหรือคำสั่งอื่นใด อันเป็นการตรวจสอบลงรายละเอียดในเนื้อหา หากศาลปกครองใช้นิติวิธีตีความแล้วว่า เป็นคำสั่งทางปกครอง ก็ตรวจสอบตามกระบวนการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามที่กล่าวในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.1 หากศาลปกครองใช้นิติวิธีตีความแล้วว่า เป็นกฎ เป็นการกระทำหรือคำสั่งอื่นใด ก็ตรวจสอบตามกระบวนการตรวจสอบในเรื่องนั้น ๆ แล้วแต่กรณี แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติบางกรณีเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป บางกรณีเป็นกฎ บางกรณีเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง แต่คำสั่งทางปกครองทั่วไปมีความใกล้เคียงกับกฎ ซึ่งนิติวิธีในการตีความควรจะต้องตีความคำว่า คำสั่งทางปกครอง โดยคำนึงถึงการจำกัดสิทธิในการได้รับการพิจารณาทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ใช่เจตนาารมณ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำที่ควรได้รับอย่างเป็นธรรมจากฝ่ายปกครอง แต่ต้องไม่สร้างภาระแก่ฝ่ายปกครองในการทำคำสั่งทางปกครองเกินสมควร ดังนั้น การตีความว่าเป็นคำสั่ง

ทางปกครองหรือไม่ขององค์กรศาลปกครอง จึงมีผลต่อการที่ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติทางปกครอง พ.ศ. 2539 ด้วย กรณีตีความแล้วว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่เป็นกฎหมายหรือไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบ ก็ควรประกาศและให้มีการโต้แย้งหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ หากมีผลกระทบที่เพียงพอ ตามที่ได้เสนอแนะแล้วในหัวข้อ 5.2.3.1

เมื่อมีการเผยแพร่ตามที่เสนอแนะข้างต้นแล้ว ในการตรวจสอบของศาลปกครอง ต้องเข้าใจหลักการบริหารราชการแผ่นดินว่า ฝ่ายปกครองจะต้องให้น้ำหนักหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติมากกว่าปัจจัยอื่น ๆ ในการใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติในประเทศไทย ส่วนใหญ่เห็นว่า เป็นการฟ้องคำสั่งทางปกครอง ที่มีผลเป็นการกระทบสิทธิบุคคลนั้น โดยตรงเสียมากกว่าที่จะเป็นการฟ้องร้องตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติโดยตรง และหลายกรณีที่ไม่สามารถฟ้องตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติได้ ต้องรอให้มีการออกคำสั่งทางปกครองกระทบสิทธิก่อน และในการพิจารณาชี้ขาดของศาลปกครองมักจะตั้งการเกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครองนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ไม่ได้ตั้งการถึงตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ ที่เป็นที่มาของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คำพิพากษาจึงไม่มีผลต่อตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ เป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองสามารถนำตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ มาเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองได้อีก เพราะยังมีตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติอยู่ หากบุคคลใดไม่ต้องการผูกพันกับตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องฟ้องคดีเป็นกรณี ๆ ไป ย่อมกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะศาลปกครองจะตรวจสอบเฉพาะมีการฟ้องคดีเท่านั้น ส่วนที่ไม่มีการฟ้องคดีก็ต้องรับตามคำวินิจฉัยนั้นอันเป็นการกระทบต่อความเสมอภาคอย่างยิ่ง อีกทั้ง เนื่องจากตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองในปัจจุบัน ไม่มีกลไก หรือมาตรการใดในการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน เว้นแต่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเสียเอง ดังนั้น กรณีนี้มีข้อเสนอแนะเพื่อเป็นการพัฒนาการควบคุมตรวจสอบให้ตรงกับสภาพความเป็นจริงในการบริหารราชการแผ่นดินภายในฝ่ายปกครองว่า หากศาลปกครองไม่เพิกถอนตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ นั้น ศาลปกครองควรตั้งเป็นข้อสังเกตในคำพิพากษา ซึ่งฝ่ายปกครองจะได้นำไปพิจารณาในยกเลิก เพิกถอนหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ นั้นเอง นับแต่วันที่ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากการตีความของศาลปกครองแล้ว ความสำคัญอยู่ที่การนิยามให้ความหมายของคำสั่งทางปกครอง ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ไป

อิงกับเรื่องของนิติกรรมมากเกินไป สิ่งหนึ่งที่เราจะไม่ได้มีการเขียนเอาไว้ แต่มีการอธิบายในทางตำรา คือ การจะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ต้องมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งลักษณะของผลโดยตรงไปภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ได้ถูกเขียนเป็นองค์ประกอบชัดเจนในนิยามความหมายของคำว่า คำสั่งทางปกครอง ทำให้หลายกรณี การสั่งการบางเรื่องที่มีลักษณะเป็นการสั่งการภายใน แต่อาจเห็นว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งความจริงไม่ใช่เป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นการสั่งการในองค์กรระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นหลัก แต่หากบัญญัติกฎหมายที่ตายตัวเกินไป จะทำให้แข็งกระด้าง ไม่ยืดหยุ่นตามความจำเป็นในแต่ละสถานการณ์ จะทำให้กฎหมายใช้บังคับไม่ตรงกับความจริง ดังเช่น การบัญญัติ ถ้อยคำคำว่า คำสั่งทางปกครอง ที่แคบจนเกินไป ทำให้ยากต่อการตีความพัฒนาต่อไปได้ โดยเฉพาะคำสั่งใดที่เกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลในทุกกรณี ควรมีการใช้นิติวิธีตีความ ให้เป็นคำสั่งทางปกครองให้เข้าปทานิยามที่บัญญัติไว้ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลซึ่งจะเป็นกรอบบังคับให้เจ้าหน้าที่ จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อความเป็นธรรม และให้มีโอกาสอุทธรณ์โต้แย้งได้ในภายหลัง เพราะความไม่ชัดเจนและไม่สมบูรณ์อาจส่งผลให้เกิดการตีความที่ไม่เป็นเอกภาพ และการมีองค์ความรู้ที่ไม่เป็นเอกภาพ เพราะมาจาก แหล่งที่มาหลากหลาย แหล่งที่มาของกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากหลัก Civil Law ซึ่งแม้แต่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบ ก็มีความแตกต่างกันในเชิงรายละเอียด เช่น สิ่งใดเป็นคำสั่งทางปกครอง สิ่งใดไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองทั่วไปกับกฎต่างกัน อย่างไร

ผลจากการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง พบว่า หากการตรวจสอบของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าว กรณีที่หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือกฎโดยสภาพ เพื่อป้องกันมิให้มีการนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติมาใช้ในการทำคำสั่งทางปกครองอีก ควรถือว่า เป็นการกระทำอื่นใดถ้ามีผลกระทบต่อบุคคลหรือต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองนั้น และเป็นการคุ้มครองตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมิให้ต้องรับโทษทางวินัยในการฝ่าฝืนหนังสือเวียน และเป็นแนวทางปฏิบัติราชการของผู้บังคับบัญชาในการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติในครั้งต่อไปด้วย

ดังนั้น เพื่อให้การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการปฏิบัติงานภายในฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ศาลปกครองควรขยายขอบเขตการตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติด้วย แม้จะตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติแล้วก็ตาม อันเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองนำหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องอื่นอีก

สรุปข้อเสนอแนะทั้งหมดในหัวข้อ 5.2.3

จากที่ได้กล่าวแล้วในบทวิเคราะห์ว่า ในสภาพความจริง ผู้บังคับบัญชา และผู้กำกับดูแล อาจมีความเข้าใจผิดในหลักกฎหมายและความมุ่งหมายในเรื่องอื่นนอกเหนือจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะในสภาพการบริหารราชการแผ่นดิน เจ้าหน้าที่ที่จะต้องนำหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ มาใช้โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และนำไปสู่ผลกระทบต่อบุคคลภายนอกในที่สุด จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมตรวจสอบความถูกต้องทางกฎหมายด้วย ซึ่งแนวทางในการควบคุมตรวจสอบจะได้เสนอแนะ และควรมีการดำเนินการ ดังนี้

(1) การแก้ไขระยะเริ่มแรก คือ ให้มีการควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่ว่าจะระดับส่วนกลาง หรือระดับจังหวัดซึ่งจะได้เสนอแนะในหัวข้อ 5.2.4 และเมื่อตรวจสอบแล้วปรากฏว่าหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นกฎ ต้องให้หน่วยงานนั้นประกาศเผยแพร่ให้ประชาชนทราบล่วงหน้าก่อนที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้

(2) การแก้ไขระยะต่อไป คือ การตีความให้อยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครอง ไม่ว่าจะรูปแบบและเนื้อหาของหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ โดยเฉพาะหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ ในการตรวจสอบจะต้องปรากฏว่า ไม่เป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือไม่ยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เพราะหากปล่อยให้ฝ่ายปกครอง ยึดติดแต่แนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเพียงอย่างเดียว โดยไม่พิจารณาข้อเท็จจริงให้รอบด้าน เท่ากับเป็นการละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายด้วย

(3) การแก้ไขระยะยาว หากเป็นกฎ ก็ต้องดำเนินการตามขั้นตอนในการออกกฎ หากเป็นคำสั่งทางปกครองก็ต้องดำเนินการตามขั้นตอนการจัดทำคำสั่งทางปกครอง สำหรับการแก้ไขตามที่กล่าวข้างต้นยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ก็ควรออกกฎหมายลำดับรองในกฎกระทรวง กำหนดให้ หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง เพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองต่อไป

ดังนั้น หากมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น ย่อมทำให้การตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติของศาลปกครองที่ฝ่ายปกครองนำมาเป็นมูลเหตุในการทำคำสั่งทางปกครอง ให้ตรงกับสภาพความเป็นจริง คาดว่าจะเป็นกลไกหนึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไปในอนาคต และสอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3 (3.2) รายเอียดที่เสนอแนะให้มีการแก้ไข จะสรุปข้อเสนอแนะท้ายงานวิจัยนี้

5.2.4 ข้อเสนอแนะการจัดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบ สอดส่อง ดูแล ให้คำแนะนำในการบังคับใช้กฎหมายปกครองและการทำคำสั่งทางปกครองให้แก่ฝ่ายปกครอง

5.2.4.1 ข้อเสนอแนะของการจัด โครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ตามที่ได้สรุปผลหลักการจัด โครงสร้างขององค์กรที่ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง หัวข้อ 5.1.2.3.4 (1) พบว่า การจัด โครงสร้างขององค์กร โดยส่วนใหญ่ พบว่า อยู่ในรูปของ คณะกรรมการและจัด โครงสร้างตามที่กฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับกำหนดขึ้น โดยจะระบุ โครงสร้างของคณะกรรมการไว้อย่างชัดเจน และองค์ประกอบของคณะกรรมการมาจากคณะกรรมการ โดย ตำแหน่งที่เป็นข้าราชการประจำ และกรรมการผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิจาก บุคคลภายนอก เช่น คณะกรรมการในสาขาวิชาชีพ หรือคณะกรรมการข้าราชการต่าง ๆ หรือ คณะกรรมการวินิจัยสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคล และการมีองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบ ฝ่ายปกครองดังกล่าว เป็นมาตรการป้องกันและแก้ไขควบคุมความบกพร่องในการปฏิบัติราชการ ให้ยุติภายในฝ่ายปกครอง และเพื่อต้องการให้เกิดความรอบคอบ และยับยั้งชั่งใจในการปฏิบัติ ราชการด้วย แต่ในการควบคุมการปฏิบัติราชการของระบบราชการไทยส่วนใหญ่ ปรากฏอยู่ในรูป ของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยอาศัยกฎหมายเฉพาะดังที่กล่าวข้างต้นที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง ส่วน องค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายทั่วไป คือ คณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นองค์กรให้คำปรึกษาทั่วไป ให้กับหน่วยงานรัฐในทุกเรื่องเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย และมีหน้าที่ตรวจพิจารณาร่าง กฎหมายตามที่หน่วยงานราชการเสนอ จะจัด โครงสร้างโดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน คณะกรรมการกฤษฎีกาโดยตำแหน่ง มีอำนาจหน้าที่ดูแลกิจการทั่วไปของคณะกรรมการกฤษฎีกา ส่วนกรรมการกฤษฎีกาจำนวน 140 คน เป็นผู้มี ความเชี่ยวชาญในทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน หรือมีความชำนาญและความสามารถ เป็นประโยชน์แก่งานของกรรมการกฤษฎีกา เป็นต้น สำหรับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง มีโครงสร้างประกอบด้วย ประธานกรรมการคนหนึ่ง ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงมหาดไทย เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้ทรงคุณวุฒิอีก 5 - 9 คน ที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมี ความเชี่ยวชาญในทางนิติศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ รัฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหาร ราชการแผ่นดิน เป็นกรรมการ ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่งตั้งข้าราชการของ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการ

ส่วนการจัดโครงสร้างองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในต่างประเทศนั้น มีการจัดโครงสร้างแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ซึ่งผลจากการสรุปในหัวข้อ 5.1.2.3.4 พบว่า มีสภาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง (Council on Tribunals) เพื่อควบคุมตรวจสอบคณะกรรมการทางปกครองอีกชั้นหนึ่งเพียงแต่ในปัจจุบันสภาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง (Council on Tribunals) มีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างเป็น Administrative Justice and Tribunal Council (AJTC) โดยมีคณะกรรมการประกอบด้วยสมาชิก 10-15 ได้รับการแต่งตั้งทั้งจาก Lord Chancellor ของอังกฤษ รัฐมนตรีของสกอตแลนด์ และเวลส์ ส่วนคณะกรรมการออมбудสแมน (Ombudsman) มีการจัดโครงสร้าง โดยได้รับการแต่งตั้งจากรัฐสภาจำนวน 4 คน โดยคนหนึ่งเป็นหัวหน้า มีหน้าที่ เป็นผู้รับผิดชอบประสานงานและจัดการในสำนักงาน คณะกรรมการออมбудสแมน แต่ละคนจะถูกกำหนดอำนาจหน้าที่ ให้กำกับดูแลราชการเฉพาะส่วน แยกจากกัน โดยคู่มือปฏิบัติงาน การจัดทำคู่มือการปฏิบัติงานเป็นหน้าที่ของหัวหน้าคณะกรรมการออมбудสแมน โดยปรึกษารัฐสภาหรือกับผู้แทนของรัฐสภา คู่มือการปฏิบัติงานกำหนดให้หัวหน้าคณะกรรมการออมбудสแมน รับผิดชอบเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร การบังคับคดี ราชการพลเรือนทั่วไป ส่วนอีกสามคนรับผิดชอบกระบวนการยุติธรรมคือศาล อัยการ ราชทัณฑ์ ตำรวจ การปกครอง ราชการส่วนท้องถิ่น ราชการทหาร สวัสดิการและการศึกษา สำนักงานของคณะกรรมการออมбудสแมน เป็นหน่วยงานสังกัดรัฐสภา สำหรับสถาบัน Médiateur มีการจัดโครงสร้างให้เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง เพราะได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหารคือประธานาธิบดี มีวาระครั้งละ 6 ปี Médiateur มีอำนาจเต็มในการจัดการสำนักงาน และเลือกผู้ร่วมงาน โดยปกติจะยืมตัวข้าราชการจากหน่วยงานต่าง ๆ โดยจัดตั้งผู้ประสานงานขึ้นในระหว่างหน่วยงานแต่ละจังหวัด

จากการศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.5 พบว่า การจัดโครงสร้าง กลไกของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติราชการกับประชาชนว่า กฎหมายปกครองมหภาค ส่วนองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปฏิบัติราชการไปสู่ความมุ่งหมายของเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย มติใดขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่นั้นเรียกว่า กฎหมายปกครองจุลภาค หากกฎหมายปกครองมหภาคไม่ดี เช่น โครงสร้าง กลไกของหน่วยงานของรัฐไม่เหมาะสม ระบบการแต่งตั้งไม่ถูกต้อง คุณสมบัติข้าราชการไม่เหมาะสมกับงานในหน้าที่ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจหน้าที่ของข้าราชการประเภทต่าง ๆ ไม่ถ่วงดุลและควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน ผลคือ การบริหารและการใช้อำนาจของกฎหมายปกครองจุลภาค เช่น คำสั่ง คำวินิจฉัย มติต่าง ๆ ก็จะผิดพลาด ลำช้า เกิดความไม่เป็นธรรม อาจกระทบประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนหรือประโยชน์สาธารณะได้ ในทางกลับกัน หากกฎหมายปกครองจุลภาคไม่ดี เกิดข้อผิดพลาด ลำช้า ย่อมสะท้อนถึงข้อบกพร่องของกฎหมายปกครองมหภาคได้อีกเช่นกัน การ

บริหารราชการแผ่นดินจะสมบูรณ์เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายปกครองมหภาคและกฎหมายปกครองจุลภาคทั้งสองส่วนประกอบกัน

จากที่กล่าวข้างต้นย่อมสะท้อนปัญหาเช่นเดียวกับปัญหาคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้เป็นอย่างดี เมื่อมีปัญหาโครงสร้างย่อมมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ด้วย ตามที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.4.1 ทั้งปัญหาโครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยตำแหน่ง โดยแต่งตั้งข้าราชการประจำและในการปฏิบัติหน้าที่ก็แต่งตั้งผู้แทนเป็นการถาวร ซึ่งไม่ได้มาปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเองแต่อย่างใด และมีงานประจำต้องปฏิบัติอยู่เป็นจำนวนมาก ในประจำวันอยู่แล้ว ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นเรื่องที่ตนเองเป็นปัญหาของหน่วยงานของตนและมาพิจารณาลงมติให้ความเห็นอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งโครงสร้างมีเพียงแห่งเดียวไม่ได้กระจายโครงสร้างสำนักงานไปสู่ส่วนภูมิภาคทั้งที่ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายปกครอง อยู่ในส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการมีคณะกรรมการดังกล่าว และทำให้ฝ่ายปกครองขอคำแนะนำ ปรีกษาหารือน้อย และได้ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้ปฏิบัติงานในราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่นว่า หากมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดจะเป็นการช่วยเหลือแบ่งเบาภาระในการบังคับใช้กฎหมายปกครองได้เป็นอย่างดี แต่ที่มาของคณะกรรมการดังกล่าว ต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ในเรื่องนั้น โดยไม่มีข้าราชการประจำเป็นกรรมการ เพื่อให้การทำงานเป็นกลางและอิสระ

ดังนั้น ควรปรับเปลี่ยน โครงสร้างคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้เหมาะสม และนำโครงสร้างขององค์กรที่ปรึกษาของต่างประเทศมาประยุกต์ใช้ แต่เนื่องจากองค์กรของต่างประเทศที่กล่าวข้างต้น มีความแตกต่างกัน จึงมีข้อดีข้อด้อยแตกต่างกันด้วย แต่ควรนำมาแนวทางแบบผสมผสานเพื่อปรับเปลี่ยน โครงสร้างคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ให้สอดคล้องและเหมาะสมกับอำนาจหน้าที่ด้วย ดังนี้

(1) ปรับเปลี่ยนโครงสร้างคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยการยกเลิกโครงสร้างคณะกรรมการโดยตำแหน่งออก เพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมจากการบังคับบัญชา และมีความเป็นกลาง ไม่เกี่ยวข้องในฐานะที่ตนเป็นผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองอยู่ด้วย เหลือไว้แต่คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นบุคคลภายนอก และให้มีจำนวน 11-13 คน โดยให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาทำหน้าที่ เป็นฝ่ายเลขานุการดั้งเดิม เนื่องจากมีประสบการณ์และรับผิดชอบการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปอยู่แล้ว ส่วนที่มาของคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ มาจากการคัดเลือกและแต่งตั้งจากคณะรัฐมนตรี ตามแนวทางของ Tribunals ในประเทศอังกฤษ จากผู้ที่มีคุณสมบัติและความเชี่ยวชาญในทางนิติศาสตร์จำนวน 1 คน รัฐประศาสนศาสตร์ หรือรัฐศาสตร์จำนวน 1 คน สังคมศาสตร์จำนวน 1 คน การบริหารราชการแผ่นดิน

ส่วนกลางจำนวน 1 คน ส่วนภูมิภาคจำนวน 1 คน ส่วนท้องถิ่นจำนวน 1 คน การสาธารณสุขจำนวน 1 คน สิ่งแวดล้อมจำนวน 1 คน วิศวกรรมจำนวน 1 คน และด้านอื่น ๆ นอกจากนี้ที่กล่าวข้างต้น แต่ควรหลีกเลี่ยงผู้ทรงคุณวุฒิที่มีงานในหน้าที่ประจำอยู่แล้ว เพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญได้ใช้ความรู้และประสบการณ์ในเรื่องที่ตนเชี่ยวชาญนั้น และยังเป็นตัวแทนในการรักษาความเป็นธรรมให้กับกลุ่มของตนด้วย เช่น การบริหารงานบุคลากรภาครัฐ การสาธารณสุขปโภคหรือสาธารณสุขปลการ การเกษตร การศึกษา อุตสาหกรรม ภาษี ผังเมือง เป็นต้น อีกจำนวน 2-4 คน โดยการจัดทำบัญชีเรียงลำดับการดำรงตำแหน่งก่อนหลัง ตามแบบอย่างของการมีระบบการสร้างบัญชีของคณะกรรมการอย่าง Tribunals ของประเทศอังกฤษ และเพื่อความต่อเนื่องและความมั่นคงในการดำรงตำแหน่ง คณะกรรมการควรมีวาระ 6 ปี ไม่อาจได้รับการแต่งตั้งได้อีก และไม่อาจถูกถอดถอนได้ หากจะถอดถอนจะต้องมีคณะกรรมการที่น่าเชื่อถือ โดยข้อเสนอของคณะรัฐมนตรี เห็นว่า มีการกระทำผิดอย่างร้ายแรง อันมีลักษณะเดียวกันกับสถาบัน Médiateur ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

(2) ควรขยายโครงสร้างให้มีคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ทุกจังหวัด ยกเว้นกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นที่ตั้งของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองกลาง ตามหลักการของประเทศแคนาดา ที่จัดตั้งผู้ตรวจการมณฑล (Quebec) โดยปรับเปลี่ยนกรรมการใหม่ โดยให้มีลักษณะสอดคล้องและเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องการบังคับใช้กฎหมายปกครองที่เกิดขึ้นในพื้นที่อย่างแท้จริง ซึ่งการขยายโครงสร้างให้มีคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดทุกจังหวัด ไม่ได้จัดตั้งหน่วยงานขึ้นใหม่ ที่ต้องใช้งบประมาณและบุคลากรจำนวนมาก อีกทั้ง หน่วยงานที่เป็นฝ่ายเลขานุการในส่วนภูมิภาคซึ่งจะได้เสนอแนะต่อไป มีหน่วยงานที่เป็นราชการสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีที่ประจำอยู่ในส่วนภูมิภาคอยู่แล้ว เช่น ประชาสัมพันธ์จังหวัด สำนักงานสถิติจังหวัด เป็นต้น ซึ่งเป็นราชการเดียวกับคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนกลาง อยู่ในคณะกรรมการกฤษฎีกาอันเป็นสังกัดเดียวกันอยู่แล้ว เพียงแต่ขยายโครงสร้างให้ครอบคลุมและใกล้ชิดกับปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายปกครองของราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และรองรับกฎหมายใหม่ ๆ เพราะยิ่งนานวันฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายมอบอำนาจหน้าที่ให้ฝ่ายบริหารปฏิบัติเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก อันเป็นการช่วยเหลือ ควบคุมตรวจสอบ แนะนำฝ่ายปกครองในพื้นที่ต่างจังหวัด สอดคล้องกับความต้องการของราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่น ตามผลสัมภษณ์ผู้ปฏิบัติในภาครัฐทั้งราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่นที่ต้องการหน่วยงานมาคอยช่วยเหลือ ปรีกษาหารือจริง ๆ ที่ฝ่ายปกครองมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายปกครองซึ่งได้วิเคราะห์และสรุปแล้วข้างต้น โดยที่มาของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดทุกจังหวัด เมื่อมีการยกเลิกโครงสร้างคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง

ส่วนกลาง โดยตัดตำแหน่งออกเพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมจากการบังคับบัญชา และมีความเป็นกลาง โครงสร้างและที่มาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ควรสอดคล้องกับโครงสร้างและที่มาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองส่วนกลางด้วย กล่าวคือ องค์ประกอบคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดมีเฉพาะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และมาจากการคัดเลือกโดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองส่วนกลาง มีคุณสมบัติเช่นเดียวกับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้เสนอในข้อ (1) โดยจัดทำบัญชีเรียงลำดับการดำรงตำแหน่ง โดยมีวาระ 6 ปีเช่นเดียวกัน หากมีตำแหน่งว่างก็แต่งตั้งจากบัญชีลำดับถัดมาทำหน้าที่แทนจนกว่าจะครบวาระ 6 ปี โดยเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่าง ๆ ตามที่ได้เสนอแนะในข้อ (1) ได้รับค่าตอบแทนเช่นเดียวกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองส่วนกลาง ส่วนฝ่ายเลขานุการจะมาจากข้าราชการสังกัดคณะกรรมการกฤษฎีกาจำนวนหนึ่งคน ผู้ช่วยเลขานุการยืมตัวมาจากข้าราชการที่ประจำอยู่ในส่วนภูมิภาค หรือส่วนท้องถิ่นตามแนวทางของสถาบัน Mediateur ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส นอกจากนี้เป็นผู้ช่วยเลขานุการแล้ว ยังทำหน้าที่ประสานงานกับหน่วยงานในการบังคับใช้กฎหมายปกครองนั้น ๆ และเป็นการเรียนรู้และเตรียมความพร้อมไปปฏิบัติงานทางปกครองที่ถูกต้องต่อไป เนื่องจากฝ่ายผู้ช่วยเลขานุการสามารถปรับเปลี่ยนกันมาทำหน้าที่ตามวาระ ซึ่งควรกำหนดไว้คนละ 3 ปี

ในระยะเริ่มแรกการจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด หากมีปัญหาเรื่องตัวบุคคล ก็ควรเตรียมความพร้อมจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองส่วนกลางก่อน ไม่ว่าจะวางแผน กำลังคน อุปกรณ์ การจัดตั้งงบประมาณ การคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิระดับจังหวัด เมื่อมีการเตรียมพร้อมแล้ว ก็จัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด และจัดทำบัญชีแบ่งเป็นคณะ ตามสาขาและความชำนาญเฉพาะด้าน คณะหนึ่งประมาณห้าคน ประกอบด้วยหัวหน้าคณะหนึ่งคน และกรรมการสี่คน การพิจารณาอาจมีเหตุคัดค้านได้ ตามรูปแบบคัดค้านกรรมการที่มีหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง

ดังนั้น หากมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น ย่อมช่วยลดข้อผิดพลาดในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งสอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3 (4.1) รายเอียดที่เสนอแนะให้มีการแก้ไขจะสรุปข้อเสนอแนะท้ายงานวิจัยนี้

5.2.4.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลางและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดที่เหมาะสม

ตามที่ได้สรุปผลอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง ในหัวข้อ 5.1.2.3.4 (2) พบว่า องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง มีอำนาจหน้าที่หลากหลายเช่น มีอำนาจในการให้คำปรึกษา ให้ความเห็นชอบ ให้การอนุมัติ ก่อนที่

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น และคณะกรรมการบางคณะก็ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายรวมอยู่ในคณะกรรมการเดียวกันด้วย ส่วนอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบในการบังคับใช้กฎหมายในการทำคำสั่งทางปกครอง ทั้งรูปแบบ ขั้นตอน วิธีการ และเนื้อหา ก่อนและหลังการทำคำสั่งทางปกครอง แต่เนื่องจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นองคาพยพหนึ่งภายในฝ่ายปกครอง ในการควบคุมตรวจสอบแม้จะมีเพียงอำนาจให้ความเห็นแนะนำ แต่ในการให้ความเห็น ให้คำแนะนำในปัญหาการบังคับใช้กฎหมายปกครองของฝ่ายปกครอง ก็ต้องกระทำอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักการควบคุมตรวจสอบ เช่นเดียวกับการตรวจสอบของศาลปกครอง ตามหลักการ แนวคิดทางทฤษฎีในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3 เพราะหากมีการอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ในท้ายที่สุดก็อาจนำไปสู่การตรวจสอบของศาลปกครอง จึงมีความจำเป็นที่ต้องใช้หลักการควบคุมตรวจสอบเดียวกันเพื่อให้สอดคล้องกับการตรวจสอบของศาลปกครองด้วย และตามที่กล่าวแล้วว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นหน่วยงานองคาพยพหนึ่งภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมตรวจสอบอยู่ในขอบเขตที่กว้างกว่าการตรวจสอบของศาลปกครอง ที่ศาลปกครองตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมาย องค์การดังกล่าวสามารถควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองได้ด้วย รวมถึงให้การสอดคล้อง ให้คำแนะนำ ช่วยเหลือฝ่ายปกครองด้วย เสมือนเป็นการควบคุมตรวจสอบตามหลักการทั่วไปตามสายบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ไม่ว่าจะตรวจสอบข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายว่า มีองค์ประกอบของข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายครบถ้วนหรือไม่ ขั้นตอนนี้ฝ่ายปกครองอาจมีความสำคัญผิด ทั้งในข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย หรือมีการปรับข้อเท็จจริง หรือปรับข้อกฎหมายผิดก็ได้ ส่วนการควบคุมตรวจสอบตัวคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องเจตนาธรรมณ์แท้ ๆ ของความมุ่งหมายในการทำคำสั่งทางปกครองว่า สามารถบรรลุผลของกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้อย่างในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบเจตนาธรรมณ์ของกฎหมายนี้ ย่อมหมายถึงการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมอันเป็นดุลพินิจด้วย แต่จุดอ่อนสำคัญในการควบคุมตรวจสอบทางเนื้อหา ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะทำคำสั่งทางปกครอง โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าว ต้องปรากฏว่า เกิดข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้นครบถ้วนและยุติแล้ว มิอาจคาดเดาข้อเท็จจริงนั้นล่วงหน้าได้ เพราะมีฉะนั้นแล้ว อาจทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองนั้นเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น ในการควบคุมตรวจสอบแนะนำโดยวิธีนี้จึงมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง การมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดตามที่ได้เสนอแนะข้างต้น จะมีส่วนที่มิใช่เฉพาะ ความยุติธรรมทางปกครองจะทั่วถึง การปฏิบัติราชการทางปกครองของฝ่ายปกครองในส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น

จะเกิดประสิทธิภาพ โดยให้ฝ่ายเลขานุการซึ่งเป็นข้าราชการจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รวบรวมข้อเท็จจริง เสนอแนะเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมาย ส่วนการตัดสินใจยังอยู่ในความ รับผิดชอบของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองนั้นโดยตรงเช่นเดิม

เมื่อจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดขึ้นแล้ว ก็เป็นการ กระจายอำนาจหน้าที่ทั่วถึงงานของฝ่ายปกครองในแต่ละพื้นที่ มีประธานกรรมการซึ่งรับผิดชอบ ความเรียบร้อยทั่วไป และแจกจ่ายงานให้แก่แต่ละองค์คณะรับผิดชอบ หากเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ คณะกรรมการทั้งคณะก็ทำหน้าที่พิจารณาซึ่งทุกคนต้องเข้าร่วม หรือหากเกินอำนาจหรือเกิน ศักยภาพ ก็ส่งเรื่องให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลางดำเนินการพิจารณาต่อไป หรือให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลาง ควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดก็ได้ เพราะเป็น ผู้รับผิดชอบงานในภาพรวมอยู่แล้ว ตลอดคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ตั้งอยู่ ส่วนกลาง สามารถกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ให้กับคณะกรรมการวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด อันสอดคล้องกับสภากรรมการของประเทศอังกฤษด้วย ซึ่งจะเป็นองค์การส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายปกครอง ควบคู่กับกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ในการ ตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครองให้บรรลุผลเป็นไปตามเจตารมณ์ของกฎหมาย และช่วยตรวจสอบ การใช้อำนาจรัฐในการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่มีประสิทธิภาพและพัฒนาให้สมบูรณ์ แบบยิ่งขึ้น และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลาง มีคณะกรรมการกฤษฎีกาควบคุม ตรวจสอบอีกต่อหนึ่ง แม้ต่างฝ่ายต่างมีอิสระในการทำหน้าที่ก็ตาม เพราะหากคณะกรรมการวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครองกลางมีความเห็นฝ่ายปกครองไปอย่างไร ก็สามารถนำเรื่องนั้นให้ คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นได้อีก เพราะคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ใน การจัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติ ของคณะรัฐมนตรี รับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ หรือตามคำสั่งของ นายกรัฐมนตรี หรือมติของคณะรัฐมนตรี เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการ ให้มีกฎหมาย หรือแก้ไขปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมายอยู่ด้วย อีกทั้ง มีมติคณะรัฐมนตรีกำกับ อยู่ว่าหากคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นทางกฎหมายเป็นอย่างไรก็ให้ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติไป ตามนั้น

หากจะเปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามที่กฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ จัดตั้งขึ้น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะมีอำนาจคล้ายกับคณะกรรมการทาง ปกครองตามกฎหมายเฉพาะ โดยไม่ได้มีหน้าที่เป็นองค์การที่ปรึกษาเพียงอย่างเดียว เช่น ทำหน้าที่ งานนโยบาย งานที่ปรึกษา งานบริหาร หรืองานปฏิบัติการ หรือเสนอแนะปรับปรุงกฎหมายต่อผู้มี อำนาจตรากฎหมายด้วย สำหรับงานที่ปรึกษาของกฎหมายเฉพาะนั้น กฎหมายจะบังคับให้ต้อง

ปฏิบัติตามขั้นตอนในการปรึกษาหารือ ก่อนที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะทำคำสั่งทางปกครอง หากไม่ปฏิบัติตามก่อนทำคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่าเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ เพื่อให้ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองเกิดความรอบคอบ แต่การปรึกษาหารือกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนในการปรึกษาหารือก่อน ที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะทำคำสั่งทางปกครอง เป็นเรื่องความสมัครใจของเจ้าหน้าที่เอง หากไม่ปฏิบัติตามก็ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีผลปฏิบัติ เมื่อฝ่ายปกครองขอให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นแล้ว ความเห็นดังกล่าวต้องผูกมัดฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามด้วยอันสอดคล้องกับคณะกรรมการออมบุดสแมนของราชอาณาจักรสวีเดน

นอกจากนั้นจากการสรุปอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการต่าง ๆ ในต่างประเทศ พบว่าอำนาจหน้าที่ของออมบุดสแมนแต่ละคนจะถูกกำหนดให้กำกับดูแลราชการเฉพาะส่วน แยกจากกัน โดยคู่มือปฏิบัติงาน การจัดทำคู่มือการปฏิบัติงานเป็นหน้าที่ของหัวหน้าคณะกรรมการออมบุดสแมน โดยปรึกษาหารือกับผู้แทนของรัฐสภา คู่มือการปฏิบัติงานกำหนดให้หัวหน้าคณะกรรมการออมบุดสแมน รับผิดชอบเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร การบังคับคดี ราชการพลเรือนทั่วไป ส่วนอีกสามคนรับผิดชอบกระบวนการยุติธรรม ส่วนอำนาจหน้าที่ของสภากรรมการของสหราชอาณาจักรนั้น มีหน้าที่ให้คำแนะนำ ปรึกษา กำหนดกระบวนการพิจารณา และควบคุมดูแลการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Tribunals) ในคณะต่าง ๆ เพื่อแก้ปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะแต่ละ Tribunals มีลักษณะ ประเภท ของข้อพิพาท รวมถึงเขตอำนาจ มาตรฐานและวิธีการทำงานที่แตกต่างกัน ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งใกล้เคียงกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา (The Administrative Conference of United State (ACUS) ที่คอยควบคุมการออกระเบียบพิจารณา และให้ข้อเสนอแนะ เกี่ยวกับการปรับปรุงประสิทธิภาพและความเป็นธรรมของวิธีพิจารณาความ ส่วน Médiateur มีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างประชาชนกับหน่วยงานของรัฐ หน่วยท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ รวมถึงองค์กรเอกชนที่ทำงานในการบริการสาธารณะ ที่ไม่ชอบ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ค่าเช่า บกพร่องต่าง ๆ และห้ามมิให้พิจารณาเรื่องใด ๆ ที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ที่กว้างขวาง ในการควบคุมตรวจสอบ ตั้งแต่รัฐมนตรีลงมาถึงเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ หากมีการฝ่าฝืน Médiateur มีอำนาจประกาศให้สาธารณชนรับทราบได้ แต่ Médiateur มีอำนาจคือทำข้อเสนอแนะ เพื่อเสนอให้หน่วยงานที่ถูกร้องทุกข์ทำการแก้ไขข้อบกพร่อง โดยส่งให้รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบทำการแก้ไขข้อบกพร่องต่อไป ความเห็นของสถาบัน Médiateur ย่อมมีผลต่อตัวเจ้าหน้าที่ไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง กล่าวคือ หากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ ให้สถาบัน Médiateur กำหนดเวลาต้องปฏิบัติต่อหน่วยงานนั้นอีกครั้งหนึ่ง หากไม่มี

การปฏิบัติอีก นอกจากมีอำนาจตีพิมพ์เผยแพร่ และรายงานประธานาธิบดีทราบแล้ว สามารถดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนนั้นฟ้องศาลที่มีอำนาจต่อไป อันเป็นสภาพบังคับอย่างหนึ่ง ซึ่งหากนารูปแบบดังกล่าวที่ใช้ในต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทยจะต้องประยุกต์และผสมผสานให้เหมาะสมกับบริบทของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทย ไม่ว่าจะโครงสร้างอำนาจหน้าที่ และสภาพบังคับต่าง ๆ ที่เหมาะสม ควรให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง ในการให้คำแนะนำ การให้คำปรึกษาและให้มีผลไปถึงเนื้อหาสาระที่จะเกิดขึ้นในตัวคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม เพื่อรักษาคุณภาพและประสิทธิภาพในการจัดทำคำสั่งทางปกครองที่ถูกต้อง กล่าวคือ หากสมัครใจที่จะปรึกษาหารือกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป เมื่อองค์กรที่ให้ความเห็นมีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้สั่งการต้องสั่งการไปตามนั้น จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามย่อมทำให้การสั่งการหรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีนี้ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ถ้าไม่เห็นด้วยกับข้อหารือนั้นก็ไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองนั้นเลยหรือขอให้เสนอมาใหม่ และถ้าเห็นด้วยแต่ไม่ออกคำสั่งทางปกครองตามคำปรึกษาหารือ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเป็นการทำให้อำนาจของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ

ดังนั้น ในระยะต้นการลดหลักเกณฑ์และผ่อนคลายความเคร่งครัดลง เช่น ไม่ต้องผ่านจากการหารือจากผู้บังคับบัญชาสูงสุดในหน่วยงานมาก่อนตามระเบียบการปรึกษาหารือของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (รายละเอียดดูในภาคผนวก ค.) ย่อมทำให้ฝ่ายปกครองเกิดความสะดวกและไว้วางใจปรึกษาหารือจำนวนมากขึ้น ส่วนในระยะต่อไป หากการจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ทำให้ฝ่ายปกครองได้เข้าถึงหน่วยงานมากขึ้น สำหรับในระยะยาว อาจมีการเพิ่มประสิทธิภาพของคณะกรรมการระดับจังหวัด เมื่อได้มีการประเมินผลการปฏิบัติงานมาเป็นเวลาหนึ่ง เพื่อปรับปรุงกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป และเนื่องจากในขณะนี้ หน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐภายในฝ่ายปกครองมีจำนวนมากอยู่แล้ว และมีองค์กรในการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองโดยอาศัยการบังคับบัญชาตามที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.1 อยู่แล้ว และกฎหมายไม่ต้องการให้มีคณะกรรมการโดยไม่จำเป็น ดังนั้น เพื่อมิให้มีการจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่โดยไม่จำเป็น เพียงแต่ปรับปรุงโครงสร้าง ขยายขอบเขตการทำงานขององค์กรควบคุมตรวจสอบเดิมให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

จึงขอเสนอแนะให้มีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ควบคุมตรวจสอบองค์กรภายใน ฝ่ายปกครอง หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่ออกจากราชการส่วนกลาง หากเป็น

หนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติที่ออกจากราชการส่วนภูมิภาค ให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ควบคุมตรวจสอบ อันเป็นประโยชน์ในการนำมารวบรวมไว้ในรูปของประมวลแนวปฏิบัติ ให้เป็นหมวดหมู่ที่ชัดเจนอย่างเช่นที่ใช้ในประเทศอังกฤษ เพื่อเป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบ และใช้เป็นประโยชน์ในเรื่องอื่นต่อไป สำหรับความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด หากเรื่องนั้นมีการทำคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว และหากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดมีความเห็นเป็นอย่างไร ก็ควรส่งเรื่องให้ผู้ที่ทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์พิจารณาต่อไปด้วย เพราะผู้พิจารณาอุทธรณ์มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในงานที่ตนต้องปฏิบัติ และถือว่าเป็นองค์ประกอบเดียวที่ต้องช่วยเหลือ ดูแลร่วมกันอยู่แล้ว ส่วนกรณีที่กรรมการวิธีปฏิบัติราชการปกครอง เห็นว่า คำสั่งทางปกครองเกิดจากฐานมาจากตัวหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือมาตรการภายในอื่น ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีข้อสังเกตหรือข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขคำสั่งทางปกครองแล้ว อาจเสนอแนะเกี่ยวกับตัวหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ หรือมาตรการภายในอื่น ๆ อันเป็นต้นเหตุของการทำคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยนั้นด้วย

ข้อเสนอแนะอีกประการหนึ่ง คือ การเพิ่มอำนาจให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการปกครอง กรณีการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีไม่มีการอุทธรณ์หรือโต้แย้ง และผู้ทำคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ ไม่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ผลทางกฎหมาย คือ คำสั่งทางปกครองก็มีผลทางกฎหมายต่อไปจนกว่าจะมีการเพิกถอนหรือสิ้นสุดลงตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขถ้าหากมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขนั้นกำหนดไว้ สิ่งที่แน่นอนคือการบังคับใช้กฎหมายย่อมไม่เสมอภาคสองมาตรฐาน หากมีองค์กรภายนอกเข้ามาควบคุมตรวจสอบดังกล่าวข้างต้น ย่อมเป็นการคุ้มครองความเสมอภาคของประชาชนดีขึ้น และเป็นมิติใหม่ในการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบด้วย สำหรับเนื้อหาในการควบคุมตรวจสอบคงให้พิจารณาว่า ฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายถูกต้องหรือไม่ รวมถึงการใช้ดุลพินิจมีความเหมาะสมด้วย หากข้อเท็จจริงไม่เพียงพอก็มีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองส่งเอกสาร หรือข้อมูลมาเพิ่มเติม หรือไปแสวงหาเพิ่มเติมแล้วส่งมาให้พิจารณา มีความเห็นว่า ฝ่ายปกครองควรต้องดำเนินการแก้ไขอย่างไร หากเห็นว่าถูกต้องแล้ว ก็ยุติเรื่องเก็บรวบรวมสถิติ เสนอคณะรัฐมนตรีทราบ เพื่อแก้ไขกฎหมายหรือวิธีปฏิบัติงานที่เป็นอุปสรรคต่อไป และในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น ส่งคำสั่งทางปกครองมาให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตรวจสอบความถูกต้อง

สำหรับข้อเสนอแนะ ขอบเขตหน่วยงานที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีอำนาจควบคุมตรวจสอบ หากเป็นการกระทำของราชการส่วนกลาง หรือราชการที่มีที่ตั้งอยู่ใน

พื้นที่กรุงเทพมหานคร ควรให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลางเป็นผู้มีอำนาจ อนุมัติหน่วยงานที่ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหน่วยงานภายในจังหวัด ไม่ว่าจะราชการส่วนภูมิภาคหรือ ราชการส่วนท้องถิ่น ควรให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดเป็นผู้มี อำนาจ และในการพิจารณาในเรื่องที่ตรวจสอบควรเป็นเรื่องที่ไม่มีแนวทางปฏิบัติอยู่หรือศาลได้ ตัดสินเป็นบรรทัดฐานแล้ว กรณีเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่มีความเห็นไปแล้ว หรือศาลได้ตัดสินเป็น บรรทัดฐานแล้ว ก็แนะนำแนวทางปฏิบัติหรือส่งคำพิพากษาไป และให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองส่วนกลาง ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองระดับจังหวัดตามแนวทางที่สภากรรมการในประเทศอังกฤษควบคุมตรวจสอบ การปฏิบัติงานของ Tribunals ต่าง ๆ และเนื่องจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็น องค์กายนึ่งภายในฝ่ายปกครอง ในการสอดส่อง ช่วยเหลือดูแล การบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการปฏิบัติหน้าที่ควรแบ่งเป็นคณะตามความชำนาญ เฉพาะด้าน โดยจัดทำคู่มือหน้าที่ความรับผิดชอบแต่ละคณะตามแนวทางของออมบุดสแมนใน ราชอาณาจักรสวีเดน แต่ไม่ควรเพิ่มอำนาจในรับคำร้องเรียนจากบุคคลภายนอก อย่างออมบุดสแมน ในประเทศสวีเดน หรือสถาบัน Médiateur ให้รับคำร้องทุกข์จากรายกร โดยตรงอันจะเสียความเป็น องค์กรภายในฝ่ายปกครองไป ซึ่งควรนำแต่ข้อดีมาใช้เท่านั้น เพื่อให้การตรวจสอบมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น หากมีการแก้ไขปัญหาดตามที่กล่าวข้างต้น ย่อมเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการ ปฏิบัติงานให้แก่ฝ่ายปกครองในการทำคำสั่งทางปกครองเกิดความชอบด้วยกฎหมายและเป็นที่ยอมรับจากประชาชนซึ่งสอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3 (4.2) รายเอียดที่ เสนอแนะให้มีการแก้ไขจะสรุปข้อเสนอแนะทำงานวิจัยนี้

จากข้อเสนอแนะทั้งหมดข้างต้นในบทที่ 5 หัวข้อ 5.2 สามารถจำแนกข้อเสนอแนะได้ สองแนวทาง คือข้อเสนอแนะให้มีการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบ และข้อเสนอแนะให้มี การพัฒนาหลักการของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ

เสนอแนะในการพัฒนารูปแบบ คือ การพัฒนารูปแบบการตรวจสอบ และพัฒนารูปแบบขององค์กร ให้สอดคล้องกับบริบทของระบบกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินไทย เสนอแนะการมีระบบอุทธรณ์ภายในที่เหมาะสม การมีระบบควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มี ฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่เหมาะสม รวมถึงการที่ศาล ปกครองขยายขอบเขตการตรวจสอบกรณีดังกล่าวด้วย การมีโครงสร้าง องค์ประกอบ และอำนาจ หน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เหมาะสม เป็นการพัฒนารูปแบบขององค์กร กับการพัฒนารูปแบบการตรวจสอบควบคู่ไปด้วย

เสนอแนะการเพิ่มประสิทธิภาพ คือ การพัฒนาหลักกฎหมาย โดยอาศัยการตีความข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ เป็นการควบคุมตรวจสอบตัวคำสั่งทางปกครองตามหลักการทางทฤษฎีที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 และหลักการประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 3

เห็นว่า หากมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องตามข้อเสนอแนะทั้งหมด หรือปรับเปลี่ยนวิธีการทำงาน จะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ตรงกับสภาพความเป็นจริงของบ้านเมือง และเกิดการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบให้สอดคล้องกับแนวคิด หลักการทางทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย และหากฝ่ายผู้มีอำนาจตรากฎหมายมีความประสงค์บัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นใหม่ในอนาคต ก็ไม่จำเป็นต้องมากำหนดขึ้นตอน และระยะเวลาการอุทธรณ์ หรือเรื่องอื่นใหม่อีก เพราะจะเกิดปัญหาใหม่ขึ้นและเกิดความแตกต่างตามมาอีก ดังนั้น การแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพียงฉบับเดียวย่อมสะดวกและรวดเร็วกว่า และจะไม่ทำให้กฎหมายดังกล่าว สูญเสียความเป็นกลางและไม่มีที่บังคับใช้ เพราะยกเว้นให้ใช้กฎหมายเฉพาะเรื่องนั้นไป

สรุปข้อเสนอแนะในหัวข้อ 5.2 ในภาพรวมตามประเด็นปัญหาทั้งหมด ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ปัญหาการอุทธรณ์สองชั้นภายในฝ่ายปกครอง เสนอแนะให้มีแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

(1) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 44 จากข้อความที่บัญญัติเดิมในวรรคหนึ่งเป็น“ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเพื่อส่งต่อให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือยื่นต่อผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ได้โดยตรง”

(2) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 45 วรรคหนึ่ง จากข้อความที่บัญญัติเดิมเป็น“ให้เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง รีบส่งคำอุทธรณ์และเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาเจ็ดวัน”

(3) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 45 วรรคสอง จากข้อความที่บัญญัติเดิมเป็น“ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว ในการนี้ ให้ขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว”

(4) ข้อเสนอแนะต่อเนื่องเพิ่มเติม

(4.1) ควรแก้ไขผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ด้วย กล่าวคือ หากผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นองค์กรเดียวซึ่งเป็นผู้มีอำนาจคนเดียว ผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ต้องเป็นองค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการเท่านั้น เพื่อให้การวินิจฉัยอุทธรณ์เกิดความรอบคอบเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการให้มีระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และกรณีที่มีผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นองค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องเป็นองค์กรกลุ่มเท่านั้น

(4.2) ในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง คือ เมื่อมีการวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แล้ว คำวินิจฉัยอุทธรณ์ถือเป็นการทำคำสั่งทางปกครองใหม่ในชั้นอุทธรณ์ และควรให้คำวินิจฉัยอุทธรณ์เข้าไปแทนที่คำสั่งทางปกครองคำสั่งแรก เพราะคำสั่งทางปกครองแรกสิ้นผลไปโดยคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ไม่มีคำสั่งทางปกครองเดิมต่อไป อันเป็นการสอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบต่อผลในสิ่งที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้น ตามหลักความรับผิดชอบในการบังคับบัญชาที่มีต่อตัวผู้ได้บังคับบัญชาในการบริหารราชการแผ่นดิน

(4.3) พัฒนารูปแบบการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองอื่น ๆ ให้หลากหลาย เช่น ให้องค์กรที่เป็นอิสระจากภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ หรือคู่กรณีมีสิทธิเลือกบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องกับสายงานบังคับบัญชาตามบัญชีที่คัดเลือกไว้เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งจะประกันความเป็นธรรมในผลของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะเสนอแนะต่อไป

(4.4) มีการระงับข้อพิพาททางเลือกแทนการใช้ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เฉพาะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่เรื่องที่ขัดต่อกฎหมาย หรือเรื่องที่ไม่อาจประนีประนอมยอมความได้ หรือเรื่องที่ต้องให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบก่อน หรือเรื่องนั้นจะเป็นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่ง หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง

(4.5) ควรมีการแก้ไขระบบอุทธรณ์แบบบังคับ โดยการใช้นิติวิธีตีความของศาลปกครอง แต่ใช้ในคดีที่ศาลปกครองจะรับฟ้องเพื่อความยุติธรรมเท่านั้น ทำให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้

ประการที่สอง ปัญหาการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

(1) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 44 วรรคสาม จากข้อความที่บัญญัติเดิม เป็น “การอุทธรณ์เป็นเหตุให้มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยทันที เว้นแต่จะมีการสั่งไม่ให้มีการทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง และในการสั่งไม่ให้มีการทุเลาการบังคับให้อยู่ในอำนาจของผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์”

(2) เพิ่มเติมมาตรา 44 วรรคสี่ โดยบัญญัติเพิ่มเติมว่า “ในระหว่างการทูลเกล้าฯ ถวายตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อป้องกันความเสียหาย หรือประวิงการบังคับตามคำสั่ง โดยไม่มีเหตุอันสมควร เจ้าหน้าที่อาจกำหนดให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์วางเงินตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควรกำหนดไว้ แต่ไม่เกินความเสียหายถ้าหากมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น”

(3) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 63/2 จากข้อความที่บัญญัติเดิมเป็น “ในระหว่างระยะเวลาการอุทธรณ์ให้พักใช้มาตรการบังคับทางปกครองไว้จนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาอุทธรณ์ หรือจนกว่าเจ้าหน้าที่จะมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ โดยไม่มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมแล้วแต่กรณี เว้นแต่ผู้มีส่วนพิจารณาอุทธรณ์มีคำสั่งไม่ทูลเกล้าฯ ถวาย เฉพาะมีเหตุฉุกเฉิน เร่งด่วน หรือมีเหตุจำเป็นที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างร้ายแรง หรือมีเหตุจำเป็นร้ายแรงอื่น ๆ” ในการกำหนดเงื่อนไขข้อยกเว้นของการไม่ทูลเกล้าฯ ถวายควรจะต้องกำหนดขอบเขตและมีการอธิบายตัวบทข้อยกเว้นไว้ด้วย

(4) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 40 วรรคหนึ่ง จากข้อความเดิมที่บัญญัติเดิมเป็น “คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ ให้ระงับการปฏิบัติที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นอุทธรณ์หรือโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือโต้แย้ง และการทูลเกล้าฯ ถวายไว้ชั่วคราวด้วย และต้องระงับเงื่อนไขที่จะยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงผลของทูลเกล้าฯ ถวายนั้นได้ หากต่อมาปรากฏว่า การยื่นอุทธรณ์เป็นการประวิงเวลาในการใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง หรือกรณีมีเหตุข้อยกเว้นเกิดขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63/2” เพื่อแจ้งให้ผู้ยื่นอุทธรณ์ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองทราบและระมัดระวัง เช่น อาจระบุว่า หากไม่ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองทันที หรือมีการยื่นอุทธรณ์แล้ว แต่เป็นการประวิงเวลาในการใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งเจ้าหน้าที่อาจจะยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลง และใช้มาตรการบังคับโดยทันทีเช่นกัน เป็นต้น

(5) ข้อเสนอแนะเป็นทางเลือก

(5.1) ยกเลิกความในมาตรา 42 วรรคสองของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ข้อความบัญญัติว่า “ในกรณีที่มิได้กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

(5.2) หากไม่มีการยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายตามข้อ (5.1) ควรบัญญัติเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 วรรคสาม เพื่อขยายสิทธิ

การฟ้องคดีให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยบัญญัติเพิ่มเติมว่า “การดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้รวมถึง การพิจารณาคำสั่งทางปกครองตามคำร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองตามหลักการบริหารราชการแผ่นดิน หรือการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกหรือวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายอื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539”

ประการที่สาม ปัญหาความไม่เหมาะสมของระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

(1) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 44 วรรคหนึ่ง จากข้อความที่บัญญัติเดิมเป็น “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว”

(2) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 3 วรรค 2 จากข้อความที่บัญญัติเดิมเป็น “ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนที่ไม่ใช่การยื่นอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม และระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เฉพาะระยะเวลาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมที่สูงกว่าระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัตินี้” เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและมีมาตรฐานเดียวกัน และหากกฎหมายเฉพาะมีการบัญญัติระยะเวลาการอุทธรณ์มีมาตรฐานสูงกว่าก็ให้นำกฎหมายเฉพาะนั้นมาใช้ แต่หากระยะเวลาการอุทธรณ์มีมาตรฐานต่ำกว่าก็ต้องนำเรื่องระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นหลักทั่วไปมาใช้ ตามช่องทางมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ให้คงเหลือแต่ขั้นตอนการอุทธรณ์ในกฎหมายเฉพาะที่ไม่ใช่ขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์ของตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมนั้น ซึ่งเป็นการยอมรับลักษณะเฉพาะตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายขององค์กรพิจารณาอุทธรณ์ในความสัมพันธ์เฉพาะด้านให้เกิดตามสภาพความเป็นจริง

ประการที่สี่ ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีไม่มีการอุทธรณ์ เสนอแนะให้มีการพัฒนาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ประการที่ห้า ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

(1) เสนอแนะให้มีการพัฒนาการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองโดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ให้แก่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครองตามมาตรา 11 และมาตรา 11/1 หรือให้นายกรัฐมนตรีมอบหมายเพิ่มเติมให้มีการควบคุมตรวจสอบอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 (6) ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(2) ข้อเสนอแนะเพิ่มเติม ควรประกาศและให้มีการโต้แย้งหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการพิจารณาและสั่งการเพื่อทำคำสั่งทางปกครอง

ประการที่หก ปัญหาการจัดโครงสร้างคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

(1) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 7 จากที่บัญญัติเดิมเป็น “ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ประธานกรรมการคนหนึ่ง และผู้ทรงคุณวุฒิสิบเอ็ดถึงสิบสามคนเป็นกรรมการ

ให้คณะรัฐมนตรี แต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จากการคัดเลือกบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในทางการบริหารราชการแผ่นดิน นิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ สังคมศาสตร์ ศึกษาศาสตร์ แพทยศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ การเกษตร สิ่งแวดล้อม ด้านละหนึ่งคน หรือด้านอื่น ๆ ที่เห็นว่าจำเป็นจนครบสิบสามคน ซึ่งต้องไม่เป็นข้าราชการที่มีตำแหน่งและเงินเดือนประจำ หรือเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยมีวาระหกปี

ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่งตั้งเลขานุการคนหนึ่ง และผู้ช่วยเลขานุการ ที่เป็นข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ให้ประธานกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จัดทำบัญชีเรียงลำดับผู้ที่มีความรู้ความสามารถในทางการบริหารราชการแผ่นดิน นิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ สังคมศาสตร์ ศึกษาศาสตร์ แพทยศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ การเกษตร สิ่งแวดล้อม เพื่อสับเปลี่ยนหมุนเวียนในทุก ๆ หกปี ในกรณีกรรมการตามวรรคหนึ่งหมดวาระ หรือว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ”

(2) บัญญัติเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 7/1 ว่า ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ประธานกรรมการคนหนึ่ง และผู้ทรงคุณวุฒิสิบเอ็ดถึงสิบสามคนเป็นกรรมการ

ให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองคัดเลือกและแต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จากการคัดเลือกบุคคลในจังหวัดนั้น ที่มีความรู้ความสามารถในทางการบริหารราชการแผ่นดิน นิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ สังคมศาสตร์ ศึกษาศาสตร์ แพทยศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ การเกษตร สิ่งแวดล้อม สาขาละหนึ่งคน และอื่น ๆ ที่เห็นว่าจำเป็นจนครบจำนวน ซึ่งต้องไม่เป็นข้าราชการที่มีตำแหน่งและเงินเดือนประจำ หรือเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยมีวาระหกปี

ให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่งตั้งเลขานุการคนหนึ่ง และผู้ช่วยเลขานุการจำนวนห้าคน โดยเลขานุการมาจากข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้ช่วยเลขานุการมาจากข้าราชการในส่วนภูมิภาค ข้าราชการส่วนท้องถิ่น ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ข้าราชการสาธารณสุข ข้าราชการของสำนักงานอัยการที่ปฏิบัติงานภายในจังหวัดนั้น ประเภทละหนึ่งคน ในลักษณะยืมตัวมาปฏิบัติงานชั่วคราว โดยหมุนเวียนสลับเปลี่ยนกันคราวละสามปี และมีอำนาจขอยืมตัวข้าราชการอื่น ๆ มาปฏิบัติงานตามแต่จะเห็นสมควร โดยคำนึงถึงปริมาณงานของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในจังหวัดนั้น

ให้ประธานกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จัดทำบัญชีเรียงลำดับผู้ที่มีความรู้ความสามารถในทางการบริหารราชการแผ่นดิน นิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ สังคมศาสตร์ ศึกษาศาสตร์ แพทยศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ การเกษตร สิ่งแวดล้อม เพื่อสลับเปลี่ยนหมุนเวียนในทุก ๆ หกปี ในกรณีกรรมการตามวรรคหนึ่งหมดวาระ หรือว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ

ประการที่เจ็ด ปัญหาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

(1) แก้ไขเพิ่มเติมอำนาจนอกจากอำนาจที่มีอยู่เดิมตามมาตรา 11 ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองปัจจุบัน ดังนี้

1) ให้คำปรึกษาหารือปัญหาการบังคับใช้กฎหมายปกครองของราชการส่วนกลาง หรือราชการที่มีที่ตั้งอยู่ในพื้นที่กรุงเทพมหานคร หรือราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่นที่ส่งมา โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด

2) ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ถูกกรณีไม่มีฝ่ายใดอุทธรณ์ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยราชการส่วนกลาง หรือราชการที่มีที่ตั้งอยู่ในพื้นที่กรุงเทพมหานคร

3) ควบคุมตรวจสอบ รวบรวม หรือให้คำแนะนำเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา การออกหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ และมาตรการภายในอื่น ๆ ที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยราชการส่วนกลาง หรือราชการที่มีที่ตั้งอยู่ในพื้นที่กรุงเทพมหานคร

4) ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด

(2) ควรเพิ่มเติมให้มีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด โดยมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 11/1 ดังนี้

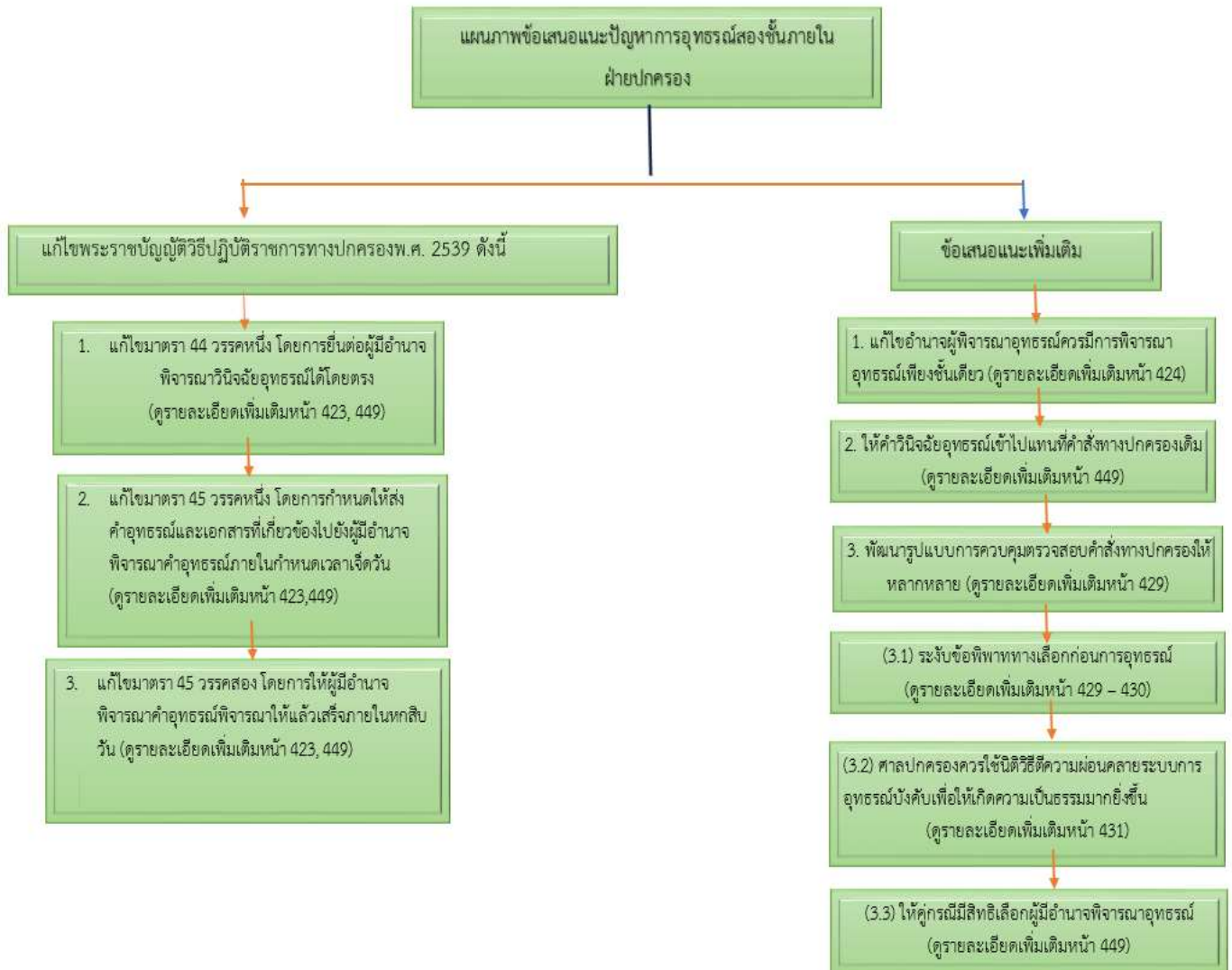
1) สอดส่อง ดูแล ให้คำปรึกษาหารือ ให้คำแนะนำ แก่ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือราชการที่มีที่ตั้งอยู่ในพื้นที่จังหวัดที่มีปัญหาการบังคับใช้กฎหมายปกครอง

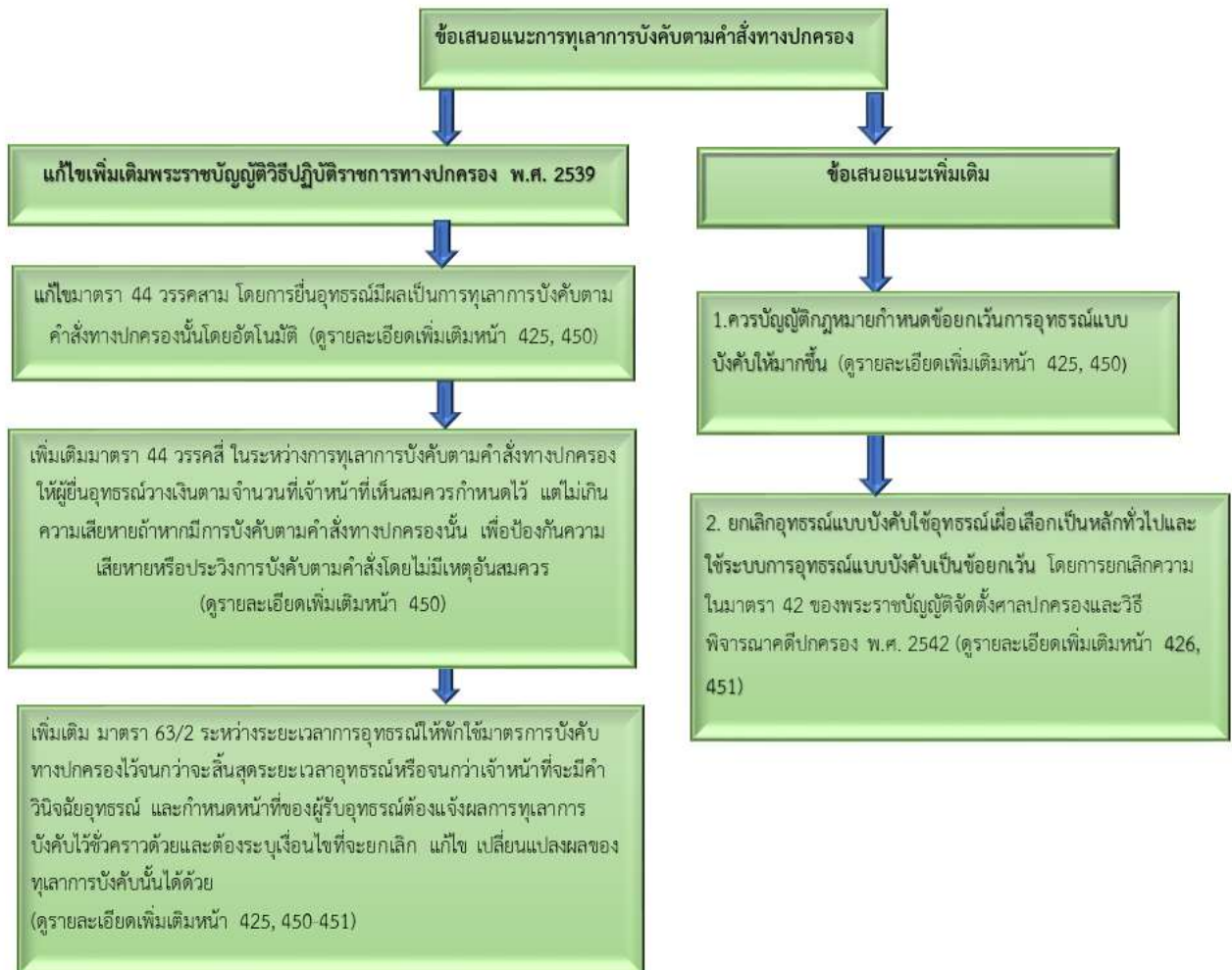
2) ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดอุทธรณ์ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือราชการที่มีที่ตั้งอยู่ในพื้นที่จังหวัด

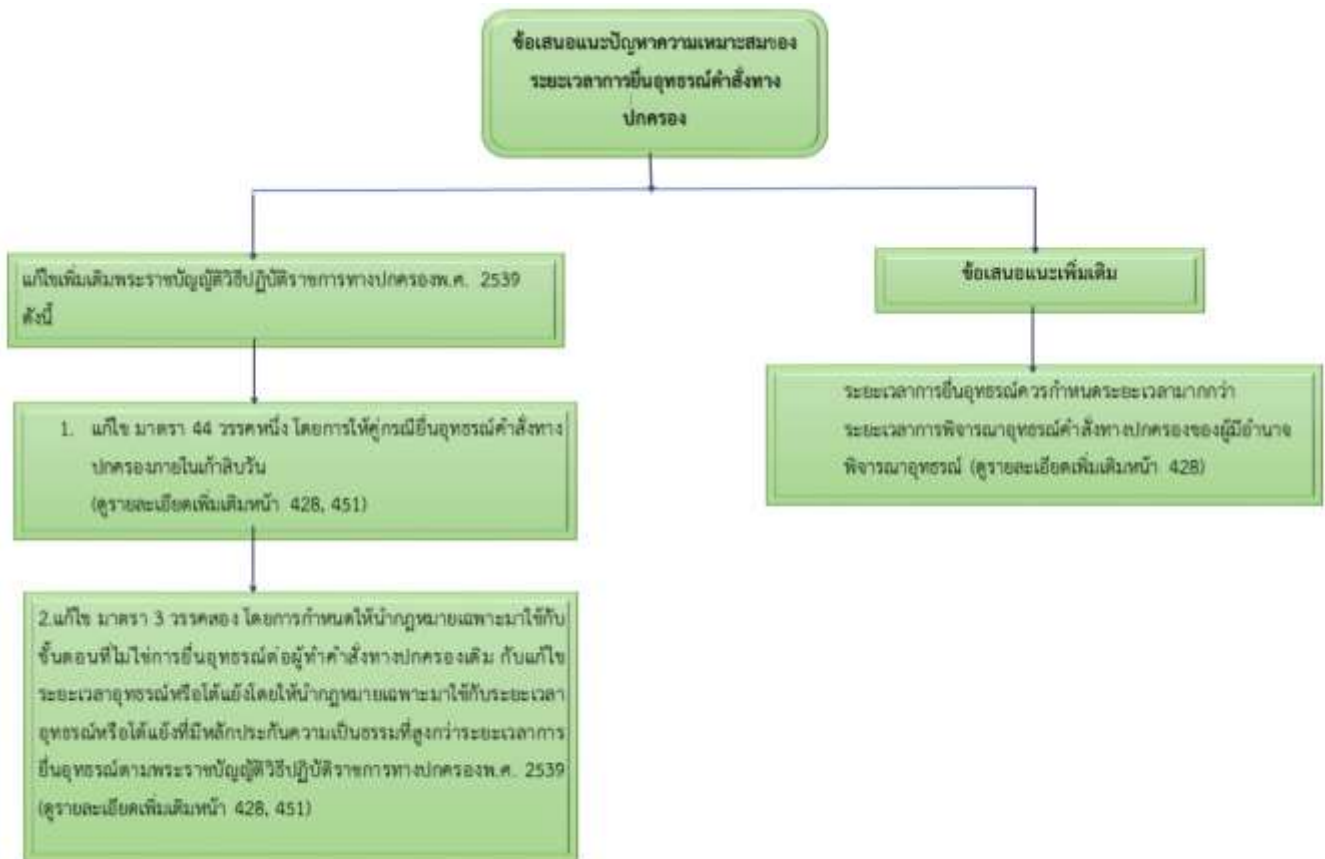
3) ควบคุมตรวจสอบ รวบรวม หรือให้คำแนะนำเกี่ยวกับกระบวนการออกหนังสือเวียนแนวทางปฏิบัติ และมาตรการภายในอื่น ๆ ที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือราชการที่มีที่ตั้งอยู่ในพื้นที่จังหวัด

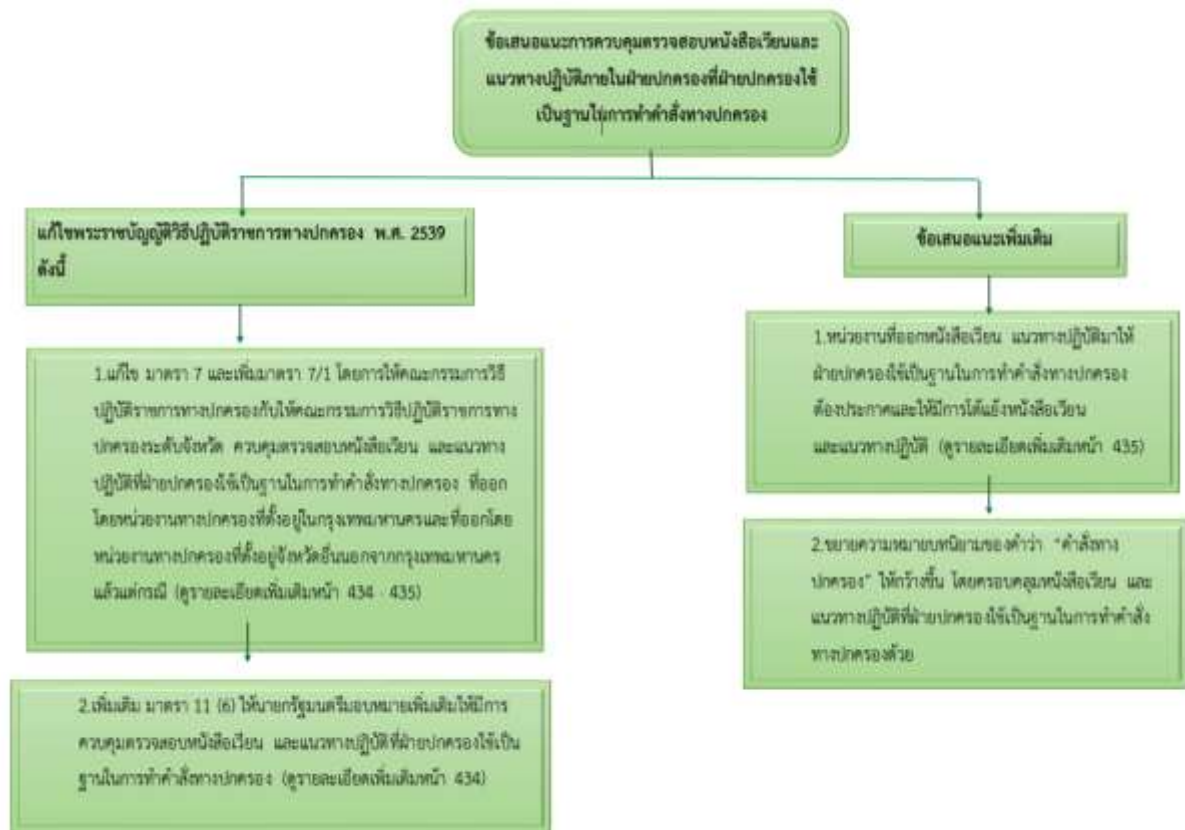
4) หน้าที่อื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดเพิ่มเติม หรือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมอบหมาย

แผนภาพข้อเสนอแนะประกอบบทที่ 5







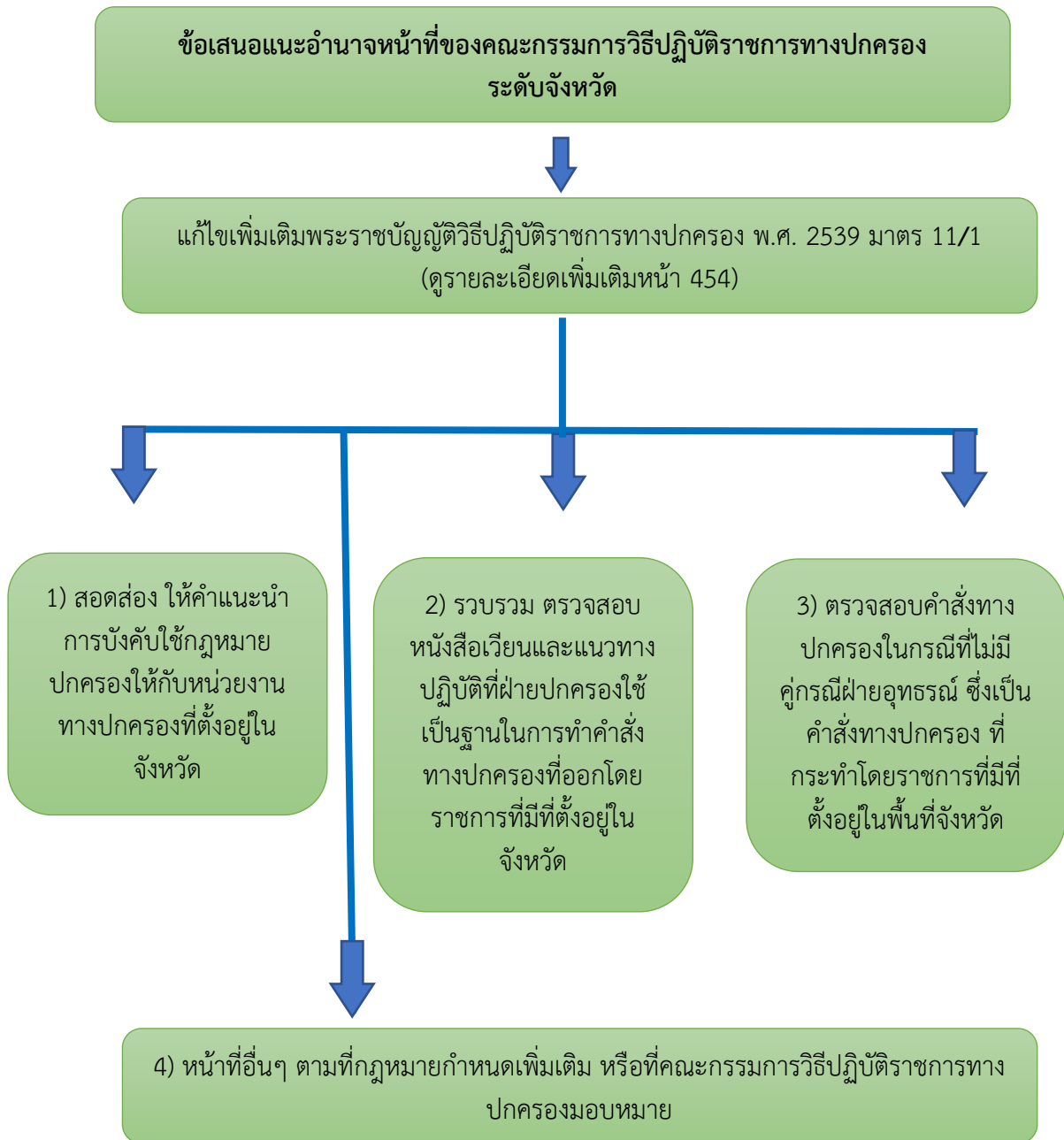












บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2542). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิศิษฐ์สรรจร.
- กิจบดี ก้องเบญจกฤษ. (2547). *กฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- กิตติวัฒน์ รัตนดิถก ณ ภูเก็ต. (2551). *กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เสมารธรรม.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2555). *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เกรียง ไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ขวัญชัย สันตสว่าง. (2539). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ขวัญชัย สันตสว่าง. (2542). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ขุนประเสริฐศุกมาตรา. (2480). *กฎหมายปกครองคำสอนชั้นปริญญาตรี*. ม.ป.ท.: ม.ป.พ.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา. (2542). *สารความรู้เกี่ยวกับกฤษฎีกา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- คณะวิชาการ The Justice Group. (2560). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2553). *หลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2541). *ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2540). *การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2539). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2556). *คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2558). คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2538). พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและของไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2557). วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนไทยและต่างประเทศ (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2541). วิสัยทัศน์ด้านการพัฒนากฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อการพัฒนาประเทศไทยในทศวรรษหน้า. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ชูชาติ อัสวโรจน์. (2553). คำอธิบายพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เดือนตุลา.
- ชนินทร์ ติชาวัน. (2552). สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย รวมบทความกฎหมายมหาชน : สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย. กรุงเทพฯ: พี เพรส.
- จิรนิติ หะวานนท์. (2556). คำอธิบายกฎหมายปกครองภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- จรัญ ภัคดิชานกุล. (2532). การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษวันรพี 32. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ฐิติพร ลิ้มแหลมทอง. (ม.ป.ป.). เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ณัชชา คุณาทัณฑ์. (2554). เอกสารประกอบการสอนกฎหมายปกครอง คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา. กรุงเทพฯ: ต้นบุญ.
- ณัฐกร วิทิตานนท์. (2554). หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิ. พรินท์.
- ถาวร เกียรติทับทิว. (2532). คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- ดิเรก ควรสมาคม. (2559). ถาม-ตอบ กฎหมายมหาชนและประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (พิมพ์ครั้งที่ 4. แก้ไขเพิ่มเติม) กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2555). กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2557). กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2555). มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติ ในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 4).
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมนี*. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์เดือนตุลา.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2556). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5).
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2).
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
ตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
(พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
(พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2544). *กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะ
ของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2547). *ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย*.
กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2537). *รูปแบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ*.
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, และนันทชัย เพียรสนอง. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*.
กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2538). *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2553). *ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย*.
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- บุญลือ พิมพ์ทองงาม. (2552). *ความเสมอภาคและความเป็นธรรมในการจัดเก็บรายได้บุคคลธรรมดาจากสามภริยา รวบรวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 8: ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- ประยูร กายจนกุล. (2523). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประยูร กายจนกุล. (2533). *คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประยูร กายจนกุล. (2538). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 4)*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประยูร กายจนกุล. (2553). *หลักนิติธรรมไทย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี พนมยงค์. (2526). *ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี พนมยงค์, หลวงประดิษฐมนูธรรม. (2543). *ความหมาย หลักและข้อบังคับ ซึ่งว่าด้วยระเบียบและวิธีดำเนินการของราชการฝ่ายธุรการ และว่าด้วยความเกี่ยวข้อซึ่งเอกชนจะพึงมีแก่ราชการ คำอธิบายกฎหมายปกครอง พ.ศ. 2474 (แก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2513)*. กรุงเทพฯ: สภานายความ.
- ปรีดี พนมยงค์, หลวงประดิษฐมนูธรรม. (2543). *หนังสืออธิบายกฎหมายปกครอง พ.ศ. 2474 (แก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2513)*. กรุงเทพฯ: สภานายความ.
- ปิยนุตร แสงกนกกุล. (2553). *นิติรัฐไม่เหมือนนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, และณัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์. (ม.ป.ป.). *หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี*. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- กูริชญา วัฒนรุ่ง. (ม.ป.ป.). *ปรัชญาและกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- กูริชญา วัฒนรุ่ง. (2554). *หลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- มหาวิทยาลัยรามคำแหง. (2549). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (พิมพ์ครั้งที่ 4)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช (2543). *เอกสารการสอน การบริหารราชการไทย*. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช คณะรัฐศาสตร์. (2555). *สถาบันและกระบวนการทางการเมืองไทย*. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- มานิตย์ จุมปา. (2549). *การกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- มานิตย์ จุมปา. (2549). *การกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1*.
กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มานิตย์ จุมปา. (2549). *การกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 2*.
กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2561). *การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: ประชาชน.
- มานิตย์ จุมปา. (2534). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิ.พรีนซ์.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2562). *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย ศึกษาเปรียบเทียบ
ระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- มีชัย ฤชุพันธุ์. (ม.ป.ป.). *กฎหมายระเบียบราชการแผ่นดิน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟิก ดีไซน์
และการพิมพ์.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมาย
ปกครองและการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เดือนตุลา.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐาน
ของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3)*.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2552). *หลักนิติรัฐและนิติธรรม. สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย:
รวมบทความกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: พี เพรส.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. (2543). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. (2562). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง
(พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. (2544). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2)*.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- วิชา มหาคุณ. (2553). *อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ : ความมั่นคงของชาติและหลักนิติธรรม*.
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วัชรวิชัย สาร. (2544). *สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- วิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการ
ทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟิค ดีไซน์และการพิมพ์.
- วิภาวรรณ ตูยานนท์. (2528). *แปลเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิษณุ เครืองาม. (2523). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์.
- วรนาธิ สิงห์โต. (ม.ป.ป.). *หลักสูตรจิต. เอกสารการสอนหน่วยที่ 1 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาชิราช*.
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาชิราช.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2548). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมยศ เชื้อไทย. (2555). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551 ฉบับใช้เรียน
(พิมพ์ครั้งที่ 9)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สมยศ เชื้อไทย. (2536). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สมยศ เชื้อไทย. (2562). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 13)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุรพล นิติไกรพจน์. (2561). *กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539:
รวมบทความทางวิชาการ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุรพล นิติไกรพจน์. (2553). *สังคมแห่งนิติรัฐ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรพล ทิพย์เสนา. (ม.ป.ป.). *การประกวดราคาในหน่วยงานของรัฐเฉพาะนิติสัมพันธ์ทางปกครอง
ในกฎหมายปกครองกับสัญญาทางแพ่ง*. ม.ป.ท.: ม.ป.พ.
- สุรียา ปานแป้น, และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2560). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เสนาะ เอกพจน์. (2553). *The Rule of Law*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กองการวิเคราะห์กฎหมายและร้องทุกข์. (2539).
การพัฒนากระบวนการควบคุมการยุติธรรมทางปกครองของไทย. กรุงเทพฯ:
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- สำนักงานศาลปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ. (2547). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ:
ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ.
- สำนักงานศาลปกครอง. (2550). *ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ
รวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 1-8*. กรุงเทพฯ:
สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง.

- สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2543). *คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง*.
กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.
- หยุด แสงอุทัย. (2523). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อำพน เจริญชีวินทร์. (2545). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่*. กรุงเทพฯ :
สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- อักษราทร จุฬารัตน. (2553). *รวมบทความกฎหมายของประธานศาลปกครองสูงสุด*
สำนักงานศาลปกครอง. กรุงเทพฯ: ดินดีไซน์.
- อมร จันทร์สมบูรณ์. (2520). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- อมร รักษาสัตย์. (2544). *การเมืองการปกครองไทยตามรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน*. กรุงเทพฯ :
วี.เจ. พรินต์ติ้ง.
- อิสสระ นิตินันท์ประกาศ. (2521). *คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ เล่ม 1*. ม.ป.ท.: ม.ป.พ.
- อิสสระ นิตินันท์ประกาศ. (2526). *คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (พิมพ์ครั้งที่ 3).
กรุงเทพฯ: รุ่งศิลป์การพิมพ์.

บทความ

- กุลพล พลวัน. (2529, มกราคม). บรรณาการแถลง. *วารสารอัยการ*, 9(97), 7.
- จรัญ ภัคดีชนากุล. (2533, มกราคม-กุมภาพันธ์). การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครอง
ของอังกฤษ. *ศุลพาหะ*, 37, 98.
- จรัญ ภัคดีชนากุล. (2553, มกราคม - กุมภาพันธ์). การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครอง
ในประเทศอังกฤษ. *นิตยสารกระทรวงยุติธรรม*, 17(1), 96-108.
- เชาวนะ ไตรมาส. (2545, มกราคม - เมษายน). องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใหม่:
คนไทยใช้ประโยชน์ได้อย่างไร. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 4 (10), 501.
- ชอง-ปีแอร์ เตรง. (2549, มกราคม - เมษายน). หลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ.
วารสารวิชาการศาลปกครอง, 6(1), 82.
- ณัฐพร อรุณทอง. (2556, เมษายน - มิถุนายน). การมีส่วนร่วมของประชาชนในโครงการที่มี
ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 13(2), 25.
- นวพรพล ไชยศิริ. (2552, ตุลาคม). คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง
ในสหราชอาณาจักร. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, (ฉ.พิเศษ), 243-244.

- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2542, พฤษภาคม - สิงหาคม).
หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส.
วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 1(2), 40-70.
- ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์. (2558, ตุลาคม - ธันวาคม). การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส:
สถานะและผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 15(4), 53-54.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2558, กันยายน - ธันวาคม). ความหมายและองค์ประกอบ
ของหลักนิติธรรม. *วารสารสถาบันพระปกเกล้า*, 13(3), 7.
- ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. (2532, ธันวาคม). หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมาย
ปกครองไทย. *วารสารนิติศาสตร์*, 19(4), 148-149.
- ปาลีรัฐ ศรีวรรณพุกษ์. (2558, ตุลาคม-ธันวาคม). Professeur Christophe Alonso,
เอกสารการบรรยาย เรื่อง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับคดีปกครองของ
สาธารณรัฐฝรั่งเศส. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 15(4), 1-28.
- ปวีศร เลิศธรรมเทวี. (2560). นิตินิติว่าด้วยการตีความ: หลักการทั่วไป กรอบทฤษฎีและแนว
ปฏิบัติ. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 46(3), 730.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2507). หลักทั่วไปของกฎหมาย. *คูลพาหะ*, 11(2), 6.
- เพลินตา ดันรังสรรค์. (2552, กันยายน - ตุลาคม). กฎหมายภายใต้หลัก conflict of interest.
จูลนิตี, 53-65.
- โกคิน พลกุล. (2524, มิถุนายน). รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง.
วารสารนิติศาสตร์, 12(1), 41.
- มนตรี รูปสุวรรณ. (2530, ธันวาคม). หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย.
วารสารกฎหมายปกครอง, 6(3), 585-587.
- รัชดาพร นิมพงษ์ศักดิ์. (2552, ตุลาคม). การปฏิรูประบบการศาลของประเทศอังกฤษ:
จาก House of Lords สู่ Supreme Court of the United Kingdom.
วารสารวิชาการศาลปกครอง, (จ.พิเศษ), 250-267.
- โรม ทีปะปาล. (2556, ตุลาคม-ธันวาคม). องค์กัรตุลาการที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีปกครอง
สเปน. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 13(4), 23.
- โรม ทีปะปาล. (2560, มกราคม-มีนาคม). การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง
ของประเทศสเปน. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 17(1), 50-62.

- โรม ทีปะปาล. (2562, กรกฎาคม-สิงหาคม). การระงับข้อพิพาททางเลือกของประเทศสเปน และข้อสังเกตจากการเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศสเปนกับประเทศไทย. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 3(3), 24-32.
- วิชัย วิวิตเสวี. (2533, มิถุนายน). การควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองและการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในสหรัฐอเมริกา. *รัฐศาสตร์*, 38(6), 2.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555, มกราคม-กุมภาพันธ์). หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม. *จลนिति*, 9(1), 49-67.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2537, กันยายน). ศาลปกครองกับการแบ่งแยกอำนาจ. *วารสารนิติศาสตร์*, 24(3), 574.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กองหลักนิติบัญญัติ. (2560, พฤศจิกายน - ธันวาคม). หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. *จลนिति*, 31-32.
- สำนักงานศาลปกครอง. (2543). รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 427.
- สำนักงานศาลปกครอง. สำนักวิจัยและวิชาการ. (2548). หลักความได้สัดส่วน. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 5(1), 2.
- สำนักงานศาลปกครอง. (2548). การควบคุมตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครองตามกฎหมายเยอรมัน. รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, 425-436.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2553, ธันวาคม). หลักแห่งความได้สัดส่วน. *วารสารนิติศาสตร์*, 20(4), 100.
- สมยศ เชื้อไทย. (2528). ปัญหาในทางทฤษฎีในการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการ. *วารสารนิติศาสตร์*, 15(4), 150.
- สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). การกระทำในทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*, 17(3), 66.
- สุรพล นิติไกรพจน์. (2532, ธันวาคม). ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (tutelle). *วารสารนิติศาสตร์*, 19(4), 81.
- สุรรัตน์ พิทยาภรณ์. (2531, ธันวาคม). สถาบัน Médiateur ของฝรั่งเศส. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 18(4), 104-110.
- เอกสิทธิ์ จันตะมา. (2561, มกราคม-มีนาคม). องค์ประกอบของคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส เปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลปกครองไทย. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 18(1), 72.

- อัญชริกา มุลมา. (2558). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
ที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง. *วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 8(1), 130.
- อนันต์ คงเรือพันธุ์, (2561, กันยายน). ประโยชน์สาธารณะในแง่มุมคดีปกครอง.
วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 47(3), 722-726.
- อนันต์ คงเรือพันธุ์ (2560, เมษายน - มิถุนายน). ข้อความคิดเกี่ยวกับถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว
และความแตกต่างกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 17(2),
8-10.
- อนันต์ คงเรือพันธุ์. (2559, มกราคม - มีนาคม). ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง
โดยการนิ่งเฉยในระบบกฎหมายปกครองสเปน. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 16(1),
1-20.

รายงานการวิจัย

- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). *การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ*
(รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: มิสเตอร์ก๊อปปี้.
- วิษณุ วรรณุญ. (2538). *องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ:
สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2555). *การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ
แห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน* (รายงานผลการวิจัย).
กรุงเทพฯ: มิสเตอร์ ก๊อปปี้.

เอกสารการประชุมวิชาการ

- กรพจน์ อัสวินวิจิตร. (ม.ป.ป.) *หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ*.
เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 (น. 7).
กรุงเทพฯ: วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2539). *กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี*.
ในเอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง เตรียมการรองรับกฎหมาย
ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง : ประสพการณ์ของเยอรมัน. ครั้งที่ 5
มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง 2551 :
หลักปฏิบัติราชการเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในรายงานการอบรมหลักสูตร

กฎหมายปกครอง. (107 - 123). ณ โรงแรมเดอะทวิน ทาวเวอร์ ถนนรองเมือง เขตปทุมวัน. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2554). การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่. ในเอกสารวิชาการอบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บยส) รุ่นที่ 15 (น. 7). กรุงเทพฯ : วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

เอกสารงานแปล

นฤมล ฆณะรัตน์. (2562, มิถุนายน). คำพิพากษาคดีปกครองต่างประเทศ.
เอกสารงานแปลวิชาการต่างประเทศ.
วิษณุพาส พิมพ้อักษร. (2562, กันยายน). หลักการรับฟังความสองฝ่าย (*audi alteram partem*) กับข้อ 61 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิพิจารณาาคดีปกครอง พ.ศ. 2543. เอกสารงานแปลวิชาการต่างประเทศ สำนักวิจัยและวิชาการ ศาลปกครอง.

วิทยานิพนธ์

กาญจนา โนนทวงศ์. (2544). ปัญหาวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). องค์การและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
เผด็จ โชคเรืองสกุล. (2543) ระยะเวลาในฐานะที่เป็นขั้นตอนในการจัดทำนิติกรรมทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ) กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์. (2538). สถาบัน Ombudsman : ศึกษาเปรียบเทียบและแนวทางในการจัดตั้งในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Website

- กฎหมายแพ่ง นิติกรรม. (ม.ป.ป.). สืบค้น 6 กรกฎาคม 2563, จาก
<https://sites.google.com/site/kdhmaynisangkham/2-kdhmay-phaeng/2-3-nitikrrm>.
- จร พันธ์เป็รื่อง. (ม.ป.ป.). การบริหารราชการแผ่นดิน. สืบค้น 25 มิถุนายน 2561, จาก
<http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title>.
- ชำนาญ จันทร์เรือง. (ม.ป.ป.). หลักกฎหมายปกครองวันละเรื่อง นิติสัมพันธ์ภายในองค์กร
ฝ่ายปกครอง. สืบค้น 18 มิถุนายน 2562, จาก
<https://web.facebook.com/DroitAdministrative/photos/>.
- ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. (ม.ป.ป.). หลักกฎหมายปกครองวันละเรื่อง บทบาทหน้าที่
และความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา. สืบค้น 15 มิถุนายน 2561, จาก
<https://www.facebook.com/DroitAdministrative/posts/872447266104518>.
- บทบรรณาธิการ. (2504). สืบค้น 5 พฤษภาคม 2562, จาก
<http://www.krisdika.go.th/web/bureau-of-administrative-law/act3#>.
- บทบรรณาธิการ. (ม.ป.ป.). การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง.
สืบค้น 6 กรกฎาคม 2563, จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1068>
- ประเทศสหราชอาณาจักร. (ม.ป.ป.). ปกครองท้องถิ่นสหราชอาณาจักร.
สืบค้น 22 พฤษภาคม 2563, จาก <http://www.local.moi.go.th/document%204.pdf>.
- มนิรัตน์ สุวรรณาวารี. (ม.ป.ป.). ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของโครงการการ
บริหารงานบุคคล. สืบค้น 1 เมษายน 2561, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/456536>.
- วรรณารี สิงโต. (ม.ป.ป.). หลักสุจริต. สืบค้น 1 เมษายน 2562, จาก
<http://www.stou.ac.th/schools/s/w/upload/ex40701-1.pdf>.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กองกฎหมายปกครอง. (ม.ป.ป.). ความเห็นของคณะกรรมการ
วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. สืบค้น 5 พฤษภาคม 2563, จาก
<http://www.krisdika.go.th/web/bureau-of-administrative-law/act3>.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กองกฎหมายปกครอง. (ม.ป.ป.). ความเห็นของคณะกรรมการ
วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. สืบค้น 13 มิถุนายน 2563, จาก
<http://www.krisdika.go.th/web/bureau-of-administrative-law/act3>.
- สำนักงานศาลปกครอง (30 เมษายน 2563). สถิติคดีปกครอง. สืบค้น 1 มิถุนายน 2563, จาก
<http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/03stattotalcourttotal.html>.

สำนักงานศาลปกครอง. (ม.ป.ป.). รายงานผลการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาล
ปกครอง. สืบค้น 1 มิถุนายน 2563, จาก
<http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/03stattotalcourttotal.html>.
สำนักงานที่ปรึกษาอัยการสูงสุด. (ม.ป.ป.). เงื่อนไขการตอบข้อหารือ.
จาก <http://www2.ago.go.th/index.php/csel/45-central/about-csel/876-stepcsel>.
สุภัชชา พันเลิศพาณิชย์. (ม.ป.ป.). บริการสาธารณะ ตอนที่ 1. สืบค้น 15 พฤษภาคม 2561, จาก
<https://www.gotoknow.org/posts/422463>.

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560
พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497
พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534
พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518
พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558
พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542
พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535
พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558
พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540
พระราชบัญญัติการขุดดิน และถมดิน พ.ศ. 2543
พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522
พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4)
พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522
พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522
พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539
พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535
พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

- พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496
- พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545
- พระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518
- พระราชบัญญัติมาตราซึ่งดวงวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2557
- พระราชบัญญัติระเบียบการบริหารราชการการเมือง พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534
- พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 (2545)
- พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551
- พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติเชื้อโรคพิษภัย พ.ศ. 2545
- พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
- พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560
- พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509
- พระราชบัญญัติสถานบริการพ.ศ. 2509 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542
- พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ประมวลรัษฎากร
- กฎ ก.พ.ว่าด้วยการเลื่อนเงินเดือน พ.ศ. 2552
- กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
- กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
- กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
- กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2545
- กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2556
- กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2553
- กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน สำนักงานนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2552
- ระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมาย พ.ศ. 2522

ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543
ประกาศสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง โครงสร้างและการจัดหน่วยงาน อำนาจหน้าที่
วิธีการดำเนินงาน และสถานที่ติดต่อเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสารของสำนักเลขาธิการ
คณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 16 มีนาคม 2560

ประกาศกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการอนุญาตให้คนต่างด้าวบางจำพวกเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร
เป็นกรณีพิเศษ ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2562

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งนายทะเบียน เจ้าพนักงานและเจ้าหน้าที่
ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง
และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490

มาตรฐานและขั้นตอนในการให้ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
สำนักกฎหมายปกครอง

คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1440/2493 (ศาลฎีกา 2493).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446/2501 (ศาลฎีกา 2501).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 767/2503 (ศาลฎีกา 2503).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2505 (ศาลฎีกา 2505).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2106/2505 (ศาลฎีกา 2505).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 338/2506 (ศาลฎีกา 2506).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1389/2509 (ศาลฎีกา 2509).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 146-147/2510 (ศาลฎีกา 2510).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 557/2510 (ศาลฎีกา 2510).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2520 (ศาลฎีกา 2505).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1787/2524 (ศาลฎีกา 2524).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1787/2524 (ศาลฎีกา 2524).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 704/2531 (ศาลฎีกา 2531).

มติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6 /2544

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 (ศาลปกครองสูงสุด 2546).

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 69/2547 (ศาลปกครองสูงสุด 2547).

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547 (ศาลปกครองสูงสุด 2547).

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 347/2559 (ศาลปกครองสูงสุด 2559).
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 517/2559 (ศาลปกครองสูงสุด 2559).
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 42/2560 (ศาลปกครองสูงสุด 2560).
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 785/2560 (ศาลปกครองสูงสุด 2560).
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. 66/2562 (ศาลปกครองสูงสุด 2562).

เอกสารอื่น ๆ

- มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความในกฎหมาย ลงวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2482
- หนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0410.3/ว.125 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2561
- หนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0405.7/ว.86 ลงวันที่ 9 สิงหาคม 2562
- หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0201.2/ว.3675 ลงวันที่ 31 สิงหาคม 2554
- หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0307.1/ว.0707 ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2558
- หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0309.1/ว.19113 ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2562
- หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร 0108/10865 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2527
- หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร 0709.2/ ล 266 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2541
- หนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร 0508.2/ ว(ท) 7080 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2558
- หนังสือกรมการปกครอง ค่วนที่สุด ที่ มท 0307.3/ 4893 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2546
- หนังสือกรมบัญชีกลาง ค่วนที่สุด ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว 54 ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2562
- หนังสือกรมบัญชีกลางที่ กค 0514/4561 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2529
- หนังสือกรมโยธาธิการและผังเมือง ที่ มท 0710.1/ว.3006 ลงวันที่ 18 เมษายน 2551
- หนังสือกรมสรรพากร ที่ กค 0702.1/5983 ลงวันที่ 10 สิงหาคม 2554
- คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 419/2556 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2556
- คำแถลงการณ์ของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน(นายชาญชัย แสวงศักดิ์)
- ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 5900 /2549
- ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1360 /2561
- เห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 722/2562
- ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 672/2544
- ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 836/2546
- ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 590/2549

พจนานุกรม

ราชบัณฑิตยสถาน. (2546). พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์.

ภาษาต่างประเทศ

Book

Albert Colliard-Claude. (1982). *Libertés publiques* (6e edition). Paris: Dalloz.

Allen, M., & Thompson, B. (1990). *Constitutional and administrative Law*. New York: Blackstone Press.

André de Laubadère., Jean-Claude Venezia & Yves Gaudemet. (1988). *Traité de droit administratif. Tome 1* (10e edition). Paris: Librairie Générale de Droit et. de Jurisprudence.

André de Laubadère., Jean-Claude Venezia & Yves Gaudemet. (1990). *Traité de droit administratif. Tome 1*. 11e édition. Paris: LGDJ.

Arbonnier, J.& Jean arbonnier. (1994). *Sociologie juridique*. Paris : PUF.

Brain R., Nelson. (1982). *Western political thought*. New Jersey: Prentice-Hall.

Bleckmann, A. (1996). *Ermessensfehlerlehre*. N.P.: Koln.

Brewer-Carias, A.R. (1992). *Les Principes de la procrdure administrative non contentieuse*. N.P.: n.p.

Chapus, R. (1987). *Droit administratif général* (3e edition). Paris: Editonns Montchrestien.

Chapus, R. (1988). *Droit administratif Général Tome 1* (4e edition). Paris: Editonns Montchrestien.

Chapus, R. (2001). *Droit administratif general. Tome II* (15e edition). Paris: Editonns Montchrestien.

Craig, P. P. (1983). *Administrative law*. London: Sweet & Maxwell.

Dicey, A. V. (2428). *Introduction to the study of the law of the constitution*. N.P.: n.p..

Emery, C. T. & B. Smythe, Stythe. (1986). *Judicial review: Legal limits of official Power*. UK: Sweet & Maxwell.

Endicott, Timothy. (2015). *Administrative law* (3rd ed). Oxford: Oxford University Press.

Flamme, M. - A. (1989). *Droit administratif tome premier*. Bruxelles: Bruylant.

Foulkes, D. (1982). *Administrative law* (5th ed). London: Butterworths.

Friedhelm, Hufen. (1994). *Verwaltungsprozebrecht*. Munchen.: n.p.

- Fuller, L. (1964). *Morality of law*. (rev. ed). New Haven: Yale University Press.
- Galligan, D. J.. (1976). *The nature and function of policies within discretionary power, public law*. Winter: n.p.
- Garant, M. (1973). *De le protection du citoyen québécois au médiateur*. N.P.: A.J.D.A.
- García de Enterría, Eduardo.Tomás-Ramón Fernández. (2000). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- Genevois, B. (1988). *La jurisprudence du conseil constitutionnel principes directeurs*. Paris: STH.
- Hartley, T. C., & Griffith, J .A. G. *Government and law* (2nd ed). London: Weidenfeld and Nichoson.
- J. - M. Auby & R. Drago. (1983). *Traité des recours en matière administrative*. Paris: Litec.
- Jean Carbonnier. (1994). *Sociologie juridique*. Paris : PUF.
- Jean Rivero & Jean Waline. (1996). *Droit administratif* (16e edition). Paris: Dalloz.
- Juss, S., & Sunkin, M., (2017). *Landmark cases in public law*. North America: Hart Publishing.
- Mahendra P. Singh. (1985). *German administrative law in common law perspective*. German Springer: Verlag Berlin Heidelberg.
- Maurer, H. (1994). *Droit administratif allemand*, traduit de l'allemand par M. fromont. Paris: L.G.D.J.
- Maurer, H. (2001). *Staatsrecht I*. (2nd ed). Munchen: n.p.
- McLean, Lain. (2009). *The concise oxford dictionary of politics*. New York: University Press.
- Montesquieu. *The spirit of law*. book XI. ch 6. N.P.: n.p.
- Mowbray, A.R. Alastair R. Mowbray. (1987). *The parliamentary commissioner and administrative guidance, public law*. Nottingham University: n.p.
- Nedjati, Z. M. (1974). *Administrative law*. Cyprus: Nicosia.
- Nedjati, Z. M., & Trice, J. E. (1987). *English and continental system administrative law*. Neterlands: North-Holland Publishing Company.
- Nelson, B. R. (1982). *Western political thought*. New Jersey: Prentice-Hall.
- Prévédourou, E. Eugenie. (1996). *Les recours administratifs obligatoires: é tude comparée des droits allemande et français*. Paris: L.G.D.J.
- Raymond Carré de Malberg. (1920). *Contribution à la théorie générale de l'état*. Paris: n.p.

- S. A. de Smith. (1983). *Constitutional and administrative law* (3rd ed).
Great Britain: Penguin Book.
- S. A. de Smiths. (1981). *Judicial review of administrstion*. Administrstion. New York: Sage.
- Sueur, A. Le., Sunkin, M., Eric, J., Jo Eric & Murkens,
K. Khushal Murkens. (2010). *Public law text cases and materials*. New York: Oxford University Press.
- Vedel, Georges, et Pierre Delvolvé. (1988). *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Vedel, Georges, et Pierre Delvolvé. (1992). *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Vile, Maurice M. J. C. (1967). *Contitutionalism and separation of power* (2nd ed). Indianapolis:
Liberty Fund.
- Wade, H. W. R. (1980) *Constitutional fundamentals*. London: Stevens & Sons.
- Wade, H. W. R. (2009). *Constitutional & administrative law*. London and New York: Rockledge
Taylor @ Francis Group.
- Waline, M. (1950). *Traité élémentaire de droit administratif* (5e edition). Paris: Sirey.
- Webley, L., & Samuels, H. (2012). *Public law*. United Kingdom: Oxford University Press.
- Whitmore, H. (1980). *Principles of australian administrative law* (5th ed). Sydney: The Law
Book Company.
- Wolff, H. J., and R. Stober, & O. Bachof. (1994). *Verwaltungsrecht i* (10th ed). Muenchen: n.p.

Articles

- Mads Andenas & Stenfan Zleptnig, Proportionality: WTO law: in comparative perspective
taxas international law, 42, 371.

Thesis

- Khongkruephan, Anan. (2013). Aspecto jurídico de la privatización de empresas públicas:
Un estudio comparativo del modelo español con el tailandés. (Doctoral lissextation).
Madrid: Univesidad Carlos III.

Laws

- Constitución del Reino de España (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน)
Human Rights Act 1998 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1998)

La Loi L'institution Médiateur, version Modifié e 1978

(รัฐบัญญัติจัดตั้งสถาบัน Médiateur ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1978)

Ley 2015, de Regimen Juridico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento

Administrativo Comun (LRJPAC)

(พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 2015)

Ley 1992, de Regimen Juridico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento

Administrativo Comun (L.R.J.P.A.C)

(พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสเปน ค.ศ. 1992)

Magna Carta Charter (กฎบัตร Magna Carta)

Procedimiento Administrativo Común.1992

Tribunals and Inquiries Act 1958 and 1971

(พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและการไต่สวน ค.ศ. 1958
และค.ศ.1971)

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO Principal Regional

for Asia and the Pacific. The Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of
Human Rights (UDHR) on 10 December 1998 (Bankok: Regional Unit for Social
and Human Sciences in Asia and the Pacific (RUSHSAP), 1998.

Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) 1960

(ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี)

Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG, 1976

(รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976)

Verfassung der Bundesrepublik Deutschland (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี)

Jurisprudence

BVerwG 1 C 232/79, Urteil vom 15.12.1981.

(คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี).

Conseil d'État, (C.E.) 1 Mai 1874, Lezeret de la Maurinerie. rec. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1874).

Conseil d'État, (C.E.) Chapman (1939) 1 All E.R. R.V. RotherHam Licensing Justice ex.p.

(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1939).

Conseil d'État, (C.E.), Langneur 10 Novembre 1944. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1944).

Conseil d'État, (C.E.) 29 mars 1968, Sect. Fevrier 1955, Rodde. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1955).

Conseil d'État, (C.E.) 24 Octobre 1956, Delzant, rec. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1956).

Conseil d'État, (C.E.) 5 Mai 1961, Société Librairie Aristide Quillet et Société Cabus & Raulot.
(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1961).

Conseil d'État, 7 Juillet 1965, Fédération National des Transports Routiers, Req., n° 61958.
(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1965).

Conseil d'État, (C.E.) 11 Décembre 1970, Credit Foncier de France. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1970).

Conseil d'État, (C.E.) British Oxygen Co. Ltd. V. Minister of Technology (House of Lords)
(1971) A.C.610. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1971).

Conseil d'État, (C.E.) Section. Avis. 17 Mars 1972, Mme Figaroli. Rec.
(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1972).

Conseil d'État, (C.E.) Societe Gea, 19 June 1973 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1973).

Conseil d'État, (C.E.) 19 Mars 1980, Delmas. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1980).

Conseil d'État, (C.E.) R.V. Home Secretary ex.p. Mangoo Khon (1980) W.L.R. 569
(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1980).

Conseil d'État, (C.E.) R.V. Helborne Licensing Justice, ex parts Stranfort Catering Co. Ltd
(1982) 42 Times Law Reports. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1982).

Conseil d'État, (C.E.) 5 Octobre 1983, SA Transports en Commun Agglomeration Bayonnete
(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1983).

Conseil d'État, (C.E.) Sect. 16 Mars 1984, X. n° 50878 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1984).

Conseil d'État, (C.E.) Sect. 16 mars 1984, Moreteau : Rec (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1984).

Conseil d'État, (C.E.) Sect. 13 juin 1984, Assoc. Hand-ball Club de Cysoing
(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1984).

Conseil d'État, (C.E.) 23 Octobre 1985, Ste Sodico-Quest. (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1985).

Conseil d'État, (C.E.) Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food (1986) 7 All E.R.
(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1986).

Conseil d'État, (C.E.) 29 Avril 1987, Stekassbohrer - France (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1987).

Conseil d'État, (C.E.) 12 Juin 1987, steGantois. n° 72388 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1987).

Conseil d'État, (C.E.) sect. 6 Juillet 1990, Ste Clinique Les Martinets. n° 77546
(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1990).

Conseil d'État, (C.E.) 1 Octobre 1993, SA Hyperallye. n° 45924 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1993).

Conseil d'État, (C.E.) 10 Mars 1997, Dias. n° 169830 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1997).

Conseil d'État, (C.E.) Assemblee. 26 Novembre 2001, Ternon. n° 197018)

(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2001).

Conseil d'État, (C.E.) Sect. Avis. 15 Juillet 2004, Met Mme Damon, A.J.D.A 2004

(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2004).

Conseil d'État, (C.E.) 28 septembre 2005, Louis. n° 266208 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2005).

Conseil d'État, (C.E.) Sect. 10 Mars 2006, Ste Leroy Merlin. n° 278220

(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2006).

Conseil d'État, (C.E.) 13 Février 2006, Hipopay. n° 281840 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2006).

Conseil d'État, (C.E.) 10 Janvier 2007, Renou. n° 277418 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2007).

Conseil d'État, (C.E.) 30 Mai 2007, SteLesaffre. n° 287280 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2007).

Conseil d'État, (C.E.) 19 Décembre 2008, Francoise P. n° 297187 (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2008).

Conseil d'État, (C.E.) 3 Décembre 2008, min. Defense. n° 301435) (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2008).

Conseil d'État, (C.E.) 26 Septembre 2008, Assistance Publique des Hôpitaux de Paris. n° 306922

(คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2008).

RJ 1982/2170 (พิพากษาศาลฎีกาสเปน ลงวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 1982).

Report

Tribunals for Users One Sytem One service. (March 2001). Report of the review of tribunals

by Sir Andrew Leggatt,

The Rule of Law in a Free Society. (1959). A report on the international congress of jurists.

New Delhi India, Geneva.

Ministry of Justice. (2013-2016). Administration of justice and tribunals: A strategies work programme

Whyatt, J. (1961) *The Citizen and the administration: the redress of grievances.*

A Report by Justice. London: Steven.

Website

Conseil d'État, (C.E.) 29 Octobre 1945, Arrêt Aramu, R. 213. สืบค้น 4 ธันวาคม 2561, จาก

<http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/03stattotalcourttotal.html>.

Local Government Law, Free State of Bavaria (Bayerische Gemeindeordnung. (1993).

สืบค้น 6 กรกฎาคม 2563 จาก <http://www.local.moi.go.th/document%208.pdf>

Dictionary

Lain Mclean. (2009). *The concise oxford dictionary of politics*. New York:

Oxford University Press.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก.

บันทึกการให้สัมภาษณ์

.....
ตามที่ผู้วิจัยได้ตั้งคำถามเป็นกรอบในการสัมภาษณ์เพื่อให้ได้คำตอบครอบคลุมตามวัตถุประสงค์และประเด็นปัญหาที่ต้องการ กรอบคำถามที่สร้างขึ้นจะนำเสนอให้อาจารย์ที่ปรึกษาตรวจสอบความถูกต้องด้านเนื้อหา และนำมาปรับปรุงแก้ไขตามคำแนะนำเพื่อนำไปใช้ในการเก็บข้อมูลจริงต่อไป ในการสร้างกรอบของคำถามนั้น ประกอบด้วยข้อคำถามจำนวน 3 ตอน ได้แก่

ตอนที่ 1 ข้อมูลของผู้ให้สัมภาษณ์

ตอนที่ 2 คำถามปลายเปิดตามประเด็นปัญหาที่ตั้งไว้ในบทที่ 1 ของงานวิจัย

ตอนที่ 3 ข้อคิดเห็น และข้อเสนอแนะอื่น ๆ

โดยมีสาระสำคัญในการกำหนดกรอบข้อคำถามในกระบวนการสัมภาษณ์สำหรับตุลาการศาลปกครอง ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อวิจัยในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วยสองส่วน ดังนี้

ส่วนที่ 1 ประวัติส่วนตัวของผู้ให้ข้อมูลในการสัมภาษณ์ มีชื่อและตำแหน่ง ดังนี้

1.1 ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ตำแหน่ง ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด

1.2 ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ตำแหน่ง ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด

1.3 ดร.โรม ทีปะปาล ตำแหน่ง พนักงานคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

1.4 ดร.เอกพงษ์ สารน้อย ตำแหน่ง ประธานคณะทำงานนายกสมาคมสหภาพนายความประจำสหภาพนายความ

1.5 นาย วีระศักดิ์ วิจิตรแสงศรี ตำแหน่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดสมุทรสาคร

1.6 นาย วุฒิพงษ์ สุภักควนิช ตำแหน่ง นายอำเภอเมืองสมุทรสาคร จังหวัด สมุทรสาคร

1.7 ผศ. เชาว์วัศน์ เสนพงศ์ ตำแหน่ง นายกเทศมนตรี เทศบาลนครนครศรีธรรมราช

1.8 นายชัชวาล วิริยะเขตต์ ตำแหน่ง อัยการจังหวัดประจำสำนักงานอัยการสูงสุดสำนักงานคดีปกครองเพชรบุรี

1.9 นางสุพินดา เกิดมาลี ตำแหน่ง ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลท่าไม้อำเภอกระทุ่มแบน จังหวัดสมุทรสาคร

ส่วนที่ 2 คำถามปลายเปิดในประเด็นหลักตามปัญหาการวิจัย แต่ในการสัมภาษณ์จะมีประเด็นย่อย ๆ ซึ่งผู้สัมภาษณ์จะตั้งคำถามเพิ่มเติม ตามความเหมาะสมในแต่ละสถานการณ์ จากการ

ตอบคำถามของผู้ให้สัมภาษณ์แต่ละคน เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในข้อเท็จจริงนั้นในแต่ละประเด็น แต่อยู่ในกรอบตามประเด็นหลัก ที่ต้องการข้อมูลและความคิดเห็นตามประเด็นปัญหาดังนี้

ปัญหาประเด็นที่ 1 ปัญหาความไม่เหมาะสมของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

คำถาม การอุทธรณ์โดยให้อุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ โดยตรง โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองก่อน ท่านมีความเห็นอย่างไร

คำถาม หากท่านเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในฐานะที่เป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเหตุให้มีการอุทธรณ์ขึ้นต้น ท่านจะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ และจะวินิจฉัยอุทธรณ์ไปในทิศทางใด

คำถาม การอุทธรณ์ไม่มีเหตุในการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เหมาะสมกับระบบอุทธรณ์แบบบังคับ ที่ใช้อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ อย่างไร

คำถาม การนำระบบอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไปมาใช้กับประเทศไทย เหมาะสมหรือไม่ อย่างไร หรือจะนำระบบอื่น ๆ เช่น การอุทธรณ์เพื่อเลือก หรือการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ เช่น การไกล่เกลี่ย ประนีประนอม แทนการอุทธรณ์ ได้หรือไม่ อย่างไร

คำถาม การกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง 15 วัน ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เหมาะสมหรือไม่ อย่างไร

คำถาม การมีให้นำระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ หากกฎหมายเฉพาะมีการกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ไว้แล้ว จะมีปัญหาเกิดความแตกต่างของสิทธิการอุทธรณ์หรือไม่ อย่างไร

คำถาม ท่านมีความเห็นอย่างไร หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายเฉพาะ กำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์เดียวกัน เพื่อให้เกิดความสมดุลในระยะเวลาดังกล่าว

ปัญหาประเด็นที่ 2 ปัญหาการขาดหลักประกันความเสมอภาคของคู่กรณีที่ไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์

คำถาม การสละสิทธิไม่ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง จะมีปัญหาความเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ อย่างไร

คำถาม ท่านคิดว่าจะมีวิธีการคุ้มครองสิทธิ และประกันความเสมอภาคในกรณีเดียวกันและมีข้อเท็จจริงเดียว แต่ผลของคำสั่งทางปกครองมีความแตกต่างกัน เพราะคู่กรณีไม่ได้ใช้สิทธิอุทธรณ์

คำถาม ท่านคิดว่า ควรจะมีองค์กรในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่มีการอุทธรณ์หรือไม่ อย่างไร

ปัญหาประเด็นที่ 3 ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

คำถาม ท่านคิดว่า ศาลปกครองควรใช้หลักเกณฑ์ใด ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ

คำถาม ควรจะมีองค์กรในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่มีฐานมาจากหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติหรือไม่ อย่างไร

ปัญหาประเด็นที่ 4 ปัญหาคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ถาม โครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยตำแหน่ง เหมาะสมหรือไม่ อย่างไร และควรแก้ไข ปรับปรุง หรือไม่ อย่างไร

ถาม ท่านมีความเห็นอย่างไร หากมีการขยายโครงสร้างของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการไปสู่ระดับจังหวัด ครอบคลุมจังหวัด

ถาม อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปัจจุบัน เหมาะสมหรือไม่ อย่างไร และควรแก้ไข ปรับปรุง หรือไม่ อย่างไร

ถาม หากท่าน คิดว่า ควรมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดทุกจังหวัด คณะกรรมการดังกล่าว ควรมีองค์ประกอบ และอำนาจหน้าที่ อย่างไร

ส่วนที่ 3 ข้อคิดเห็น และข้อเสนอแนะอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ถ้าหากมี.....

จากตัวอย่างคำถามทั้งหมด ผู้วิจัยจะใช้วิธีการสรุปเป็นภาพรวมจากผลที่ได้ในการสัมภาษณ์ ดังนี้

ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ตำแหน่ง ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด ให้ข้อมูล และความเห็นในการสัมภาษณ์ว่า การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไปยังผู้ทำคำสั่งเบื้องต้น ต้องพิจารณาว่า เราจะเชื่อมั่นต่อผู้ทำคำสั่งชั้นต้นแค่ไหน เพียงใด เช่น หากมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองแล้ว ผู้ทำคำสั่งทางปกครองใหม่ในชั้นอุทธรณ์ ไม่ว่าจะ ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม หรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นต่อไป เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง มากน้อยเท่าใด คุ่มค่าหรือไม่ ที่เราจะไว้วางใจผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม หรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นต่อไป ถ้าผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมยังคงยืนยันที่จะไม่แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้น เกินร้อยละ 70 ก็สมควรให้มีการยื่นอุทธรณ์ต่อเฉพาะผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นต่อไป โดยไม่จำเป็นต้องให้มีการยื่นต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม และหากจะให้ยื่นอุทธรณ์เฉพาะผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นต่อไป แต่หากผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นต่อไป ยังคงยืนยันที่จะไม่แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้น มีสัดส่วนเกินร้อยละ 70 เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ทำคำสั่งทางปกครองชั้นต้น ก็ควรยกเลิกระบบการอุทธรณ์แบบบังคับก่อนยื่นฟ้องคดี

โดยใช้ระบบการไม่อุทธรณ์คำสั่งก่อนจะมีการยื่นฟ้องคดี เป็นหลักทั่วไป และให้การอุทธรณ์แบบ บังคับก่อนยื่นฟ้องคดีเป็นเพียงข้อยกเว้น ในระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของประเทศไทย ใช้ระบบผสมผสานระหว่าง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ถูกต้องสมควร เลือกลงไปในทางใดทางหนึ่ง กล่าวคือจะเลือกระบบจะอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีหรือไม่ก็ได้ หากเลือกระบบดังกล่าวก็ควรไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับ หากจะเลือกระบบการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี ก็ควรให้มีผลทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไปในตัว และทำให้อายุความการฟ้องร้องคดี สะดุดหยุดลง และเมื่อเลือกจะใช้ระบบการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีแล้ว การกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ ไม่ควรบังคับต้องอุทธรณ์ภายในระยะเวลาอันสั้น เช่น ภายใน 15 วัน ที่ใช้กันอยู่ในพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการทางปกครอง แต่ควรใช้ระบบเดียวกันกับระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ที่ กำหนดไว้ให้กระทำภายใน 90 วัน ดังนั้น ควรจะให้มีการอุทธรณ์ต่อตัวผู้ทำสั่งทางปกครองเดิม หรือ ไม่ หรือจะให้มีการอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นต่อไปทีเดียว โดยไม่ต้องผ่านการอุทธรณ์ต่อตัวผู้ทำสั่งทางปกครองเดิมก่อนหรือไม่ อยู่ที่เราจะเชื่อมั่นฝ่ายปกครองให้ พิจารณาอุทธรณ์ต่อไปหรือไม่ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงในปัจจุบันว่า เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทาง ปกครองภายในฝ่ายปกครองแล้ว มีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง ไปจากเดิมมากน้อยเพียงใด หากมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปจากเดิมน้อยมาก ไม่คุ้มค่ากับความเสียหาย หรือความ ล่าช้าของผู้ที่ถูกผลกระทบจากคำสั่งนั้น ก็ไม่สมควรไว้วางใจให้ฝ่ายปกครองพิจารณาอุทธรณ์ต่อไป ส่วนควรจะมีการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองให้เกิดความเสมอภาคกับคำสั่งทางปกครองที่ มีการอุทธรณ์หรือที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปจาก เดิม และแตกต่างกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ แม้จะมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เดียวกัน ถ้าจะใช้หลักการเดียวกันกับให้พนักงานอัยการตรวจสอบ จำนวนเปรียบเทียบของ พนักงานสอบสวนทำให้ผลของคดีเล็กลง ไม่อาจนำมาดำเนินคดีซ้ำได้อีก ไม่ว่าในชั้นเจ้าพนักงาน หรือนำไปฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบถ่วงดุล และคานอำนาจต่างองค์กร หากจะ นำมาใช้กรณีนี้ ย่อมไม่เกิดการถ่วงดุล และคานอำนาจกันตามที่กล่าวข้างต้น เพราะเป็นองค์กรฝ่าย ปกครองเดียวกัน ทางที่ควรจะเป็นควรมีการถ่วงดุล และคานอำนาจกันต่างองค์กร หรือควรเป็น องค์กรที่มีความเป็นกลางและอิสระที่เพียงพอ

ส่วนประเด็นปัญหาหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติของฝ่ายปกครอง ในปัจจุบันองค์กร ผู้บังคับบัญชา มีอำนาจออกหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ และศาลปกครองเพียงจะใช้หลัก ตรวจสอบว่า หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติเป็นกฎ มีสภาพบังคับหรือไม่ มีสถานะเป็นคำสั่งทาง ปกครองหรือไม่ และอยู่ในเงื่อนไขอื่นในการรับฟ้องคดีหรือไม่ โดยถือหลักกระทบสิทธิในผลของ กฎหมาย เพราะศาลปกครองมีหน้าที่ชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น ปัญหาต่อไปคือ หาก

หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่ตัดอำนาจดุลพินิจ หรือตัดอำนาจดุลพินิจให้แคบลง ก็สมควรต้องมีการเข้าควบคุมตรวจสอบ เมื่อควบคุมตรวจสอบแล้ว ต้องพิจารณาต่อไปว่า ที่มีลักษณะตัดดุลพินิจขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ด้วย

สำหรับประเด็น โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ควรจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือไม่ เห็นว่า หากมีปัญหาไม่อาจทำงานให้สำเร็จได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ก็ต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข ไม่ว่าโครงสร้าง หรือเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ หากมีการเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขแล้ว ก็ไม่อาจแก้ปัญหาได้ ก็สมควรยกเลิกองค์กรไป แต่ในการจัดตั้งองค์กรใดขึ้นใหม่ อันดับแรกต้องพิจารณาให้รอบคอบว่า ควรจะจัดองค์กรให้มีลักษณะหรือสถานะอย่างไร โดยคำนึงถึงงบประมาณ และความคุ้มค่าของการจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่ แต่หากจัดตั้งแล้ว เช่น มีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดทุกจังหวัด และเมื่อมีอำนาจหน้าที่ เช่น ให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ให้ความเห็นหรือเสนอแนะในปัญหาบังคับใช้กฎหมายปกครอง โดยเฉพาะการออกคำสั่งทางปกครอง อาจะบังคับให้ความเห็นหรือข้อเสนอแนะนั้น มีผลเป็นการผูกพันฝ่ายปกครองด้วย แต่ต้องมีให้องค์กรเหล่านี้มาร่วมรับผิดชอบกับฝ่ายปกครอง ในลักษณะเป็นการบังคับให้หน่วยงานอื่นมาต้องร่วมรับผิดชอบ เพราะไม่ได้เป็นผู้รับผิดชอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตั้งแต่ต้น โดยตรง

นอกจากนี้ผู้ให้การสัมภาษณ์มีความเห็นเพิ่มเติมว่า การแก้ไขการอุทธรณ์ต้องแก้ไขให้สอดคล้องกันทั้งระบบ กลไกที่เหมาะสมควรจะเป็นอย่างไร แต่ไม่ควรหดกลไกใดลง ส่วนการที่ศาลปกครองตั้งข้อสังเกตในคำพิพากษานั้น ข้อสังเกตของศาลปกครองดังกล่าวไม่ควรให้มีสภาพบังคับ และมากกว่านั้น ข้อสังเกตในคำพิพากษาไม่ควรจะมีด้วย เพราะศาลปกครองมีหน้าที่วินิจฉัยสิทธิจากข้อเท็จจริงเท่านั้น เพราะถ้าให้ข้อสังเกตในคำพิพากษามีสภาพบังคับ อาจจะเป็นการกระทำที่เกินเลยอำนาจ ในลักษณะเกินกว่าคำขอของผู้ฟ้องคดี เพื่อรักษาสสมดุลระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง แต่หากฝ่ายปกครองซึ่งเป็นฝ่ายแพ่คดี มีปัญหาในการปฏิบัติตามคำพิพากษา ก็ใช้สิทธิขอให้ศาลปกครองอธิบายความตามคำพิพากษานั้นได้อยู่แล้ว

ดร.ประสาธ พงษ์สุวรรณ ตำแหน่ง ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด ให้ข้อมูลและความเห็นในการสัมภาษณ์ว่า ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองที่ควรจะเป็น คือ ควรลดขั้นตอนภายในฝ่ายปกครองลง โดยเฉพาะขั้นตอนการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม และระหว่างการอุทธรณ์ควรมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองทันที และในระบบการอุทธรณ์ควรมีการระงับข้อพิพาททางเลือกแทนการอุทธรณ์ แม้จะไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ทั้งหมด แต่ก็เป็นกลไกทางเลือกหนึ่งทำให้คำสั่งทางปกครองยุติลงภายในฝ่ายปกครอง ทำให้ทุกฝ่ายเกิดความพอใจ ดังที่ศาลปกครองเริ่มใช้การระงับข้อพิพาท

ทางเลือกในปัจจุบัน ส่วนระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ของผู้มีสิทธิยื่นอุทธรณ์นั้น ต้องมาพิจารณาว่า ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ในกฎหมายนั้น กฎหมายบังคับต้องให้มีการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลหรือไม่ หากกรณีที่กฎหมายบังคับให้มีการอุทธรณ์ก่อนที่จะฟ้องคดี ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ควรมีระยะเวลายาวกว่าที่กฎหมายกำหนดในปัจจุบัน อย่างน้อยที่สุด ควรขยายเป็นเวลาอย่างน้อย 30 วัน ส่วนหากกฎหมายไม่ได้บังคับให้มีการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้เหมาะสมอยู่แล้ว เพราะให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์เลือกแล้วว่า จะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเลยก็ได้ หรือเลือกจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อนก็ได้ เมื่อเลือกแล้วก็หมายความว่า สมัยรับผลของการเลือกแล้วนั้น โดยปริยาย ซึ่งก็คือรับผลของการต้องยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลาอันสั้นนั้นด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ให้การสัมภาษณ์ไม่เห็นด้วยกับระบบการอุทธรณ์บังคับ ที่ใช้ในประเทศไทยอยู่ปัจจุบัน สมควรให้มีระบบการอุทธรณ์แบบเพื่อเลือกเป็นหลักทั่วไป การมีระบบอุทธรณ์แบบบังคับอยู่ในลักษณะเป็นเพียงข้อยกเว้น ที่สอดคล้องกับระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือกที่ใช้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยหากเลือกที่จะอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครองแล้ว จะต้องรอให้กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์จบสิ้น หากเลือกจะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยตรง โดยไม่ผ่านขั้นตอนอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อน ก็ต้องยอมรับเรื่องความล่าช้าในการพิจารณาคดีของศาลปกครองด้วย และเมื่อใช้ระบบอุทธรณ์เพื่อเลือกดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปแล้ว ในการรับฟ้องคดีของศาลปกครอง เพียงตัดความในวรรคสองของมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ออก ที่ว่า “ในกรณีที่มิได้กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะการฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการตั้งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการตั้งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด” โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในเรื่องการอุทธรณ์แต่อย่างใด

ส่วนปัญหาความเสมอภาคของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ กับคำสั่งทางปกครองที่มีการอุทธรณ์หรือที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปจากเดิม ทำให้เกิดผลของคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกัน เห็นว่า ประเด็นการที่คู่กรณีเลือกจะไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ไม่ได้ขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลในการใช้สิทธิตามกฎหมาย เพียงแต่เมื่อไม่มีการใช้สิทธิอุทธรณ์ ผลของคำสั่งทางปกครองอาจมีความแตกต่างกับคำสั่งทางปกครองที่ออกในภายหลังได้ แม้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน เพราะต้องยอมรับว่า การใช้ดุลพินิจตีความ หรือการตีความหรือปรับข้อเท็จจริง กับข้อกฎหมายของเจ้าหน้าที่อาจมีความแตกต่างกัน และทำให้ผลทางกฎหมายแตกต่างกันได้ ทางที่ดีที่สุดคือมีการพัฒนาระบบการควบคุม

ตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวภายในฝ่ายปกครองเอง เพื่อให้ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งไม่ใช่เรื่องความเสมอภาคที่ศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบ

สำหรับปัญหาเรื่องหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่ออกภายในฝ่ายปกครองเอง มีปัญหาให้ศาลตรวจสอบเช่นกัน แต่หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ที่มีสภาพเป็นกฎ หรือมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ย่อมไม่มีปัญหาในการตรวจสอบของศาลปกครอง เพราะอยู่ในเงื่อนไขการรับฟ้องคดีอยู่แล้ว กรณีหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่ไม่มีลักษณะดังกล่าว ศาลปกครองจะระมัดระวังในการตรวจสอบ ซึ่งอาจก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายปกครองได้ ปัญหาของหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ และเจ้าหน้าที่นำมาใช้ทำคำสั่งทางปกครอง โดยไม่พิจารณาว่ากฎหมายให้ผู้ใดใช้ดุลพินิจ หากเกิดคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการใช้ดุลพินิจมิชอบ ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ ส่วนกรณีอื่น ๆ ไม่ว่าจะหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่เป็นการตีความ หรืออธิบายกฎหมายหรืออื่นใด ศาลจะรับตรวจสอบต้องอยู่ในเงื่อนไขของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับช่องทางที่ให้ศาลปกครองตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติได้ คือตีความว่าเป็นการกระทำอื่นใด และมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายเหมือนกับ ความไม่ชอบของการออกกฎ หรือความไม่ชอบของการทำคำสั่งทางปกครอง หรือมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 (6) ของพระราชบัญญัติดังกล่าว

ส่วนปัญหาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หากมีปัญหาดังกล่าว ควรแก้ไขที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก่อนที่จะจัดตั้งหรือขยายคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด และเมื่อมีการจัดตั้งขึ้นแล้ว จะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวของฝ่ายปกครองได้จริงหรือไม่ ต้องพิจารณาให้เกิดความรอบคอบ เพราะองค์กรสุดท้ายที่จะแก้ไขปัญหาคือพิพากษาให้ยุติ คือ ศาลปกครอง แม้จะมีความล่าช้าก็ตาม

นอกจากนี้ผู้ให้การสัมภาษณ์มีความเห็นเพิ่มเติมในประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องว่า กฎหมายอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 สามารถแก้ไขปัญหาในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้เป็นอย่างดี แต่ต้องใช้ประกอบกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนองค์กรที่ควรแก้ไข คือ ในการออกคำสั่งทางปกครองจะมีการเรียกรับประโยชน์ต่าง ๆ เช่น กฎหมายควบคุมอาคาร กฎหมายสิ่งแวดล้อม ส่วนข้อสังเกตในคำพิพากษาของศาลปกครอง ไม่ควรเป็นข้อบังคับเพิ่มเติมของศาลปกครอง

ดร.โรม ทิปะปาล ตำแหน่ง พนักงานคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง ให้ข้อมูลและความเห็นในการสัมภาษณ์ว่า เห็นด้วยเป็นอย่างมาก หากจะลดขั้นตอนการอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม แต่ส่งให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ชั้นเหนือขึ้นไปเป็นผู้

พิจารณาอุทธรณ์ เพราะในทางปฏิบัติหากอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองคนเดิม ผลการวินิจฉัยก็คงไม่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เนื่องจากเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นมาแต่ต้น ซึ่งควรใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับราชอาณาจักรสเปน ที่ให้ทำการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาในลำดับชั้นสูงกว่า

ส่วนการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างการอุทธรณ์ เห็นว่า เจ้าหน้าที่จะทุเลาการบังคับตามคำสั่งนั้น ไว้ก่อนหรือไม่ก็ได้ แต่หากมีการฟ้องคดีปกครอง จำเป็นต้องมีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในชั้นการพิจารณาทางปกครอง ตามหลักกฎหมายโรมันเรื่อง *periculum in demora* หรือเรียกในภาษาอังกฤษว่า “Danger in Delay” หมายความว่า หากไม่สั่งระงับหรือคุ้มครองชั่วคราวแล้วจะทำให้เกิดความเสียหาย ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานของวิธีการคุ้มครองชั่วคราว หากเปรียบเทียบกับกฎหมายสเปน มาตรา 117 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 2015 (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) กำหนดให้การบังคับตามคำสั่งทางปกครองต้องระงับชั่วคราว หากมีการฟ้องคดีปกครอง

ส่วนควรมีการกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ให้เป็นมาตรฐานเดียวกันหรือไม่ เพราะระยะเวลาดังกล่าวอยู่ในระบบอุทธรณ์บังคับ นอกจากเป็นระยะเวลาตัดสิทธิอุทธรณ์แล้ว ยังเป็นระยะเวลาตัดสิทธิการฟ้องคดีด้วย มีความเห็นว่า หลักเกณฑ์เรื่องนี้คืออยู่แล้ว การกำหนดในกฎหมายเฉพาะก็มีความจำเป็น เพราะในบางเรื่องอาจมีความยุ่งยากซับซ้อนที่ต้องใช้ระยะเวลาอุทธรณ์มากกว่าหรือน้อยกว่า 15 วัน ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติ ราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า กฎหมายเฉพาะไม่สามารถกำหนดให้อุทธรณ์ในระยะเวลาต่ำกว่า 15 วันได้

สำหรับประเด็นหากจะยกเลิกระบบอุทธรณ์ แต่มีการนำระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้แทนที่โดยไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้น ไม่เห็นด้วย หากยกเลิกระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเพราะหน่วยงานทางปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้น แต่ในราชอาณาจักรสเปน ให้ทางเลือกรับคำสั่งทางปกครองว่าจะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยวิธีปกติ หรือให้นำการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ แต่ส่วนตัวไม่เห็นด้วยที่จะนำมาใช้ในประเทศไทยเพราะประเทศไทยยังมีปัญหาการรับสินบนอยู่มาก อีกทั้ง บุคคลที่มีเป็นผู้ระงับข้อพิพาททางเลือกอาจไม่มีความเชี่ยวชาญมากพอในเรื่องนั้น

ส่วนประเด็นที่ว่า ควรจะมีการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้อุทธรณ์นั้น ภายในฝ่ายปกครองหรือไม่ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในผลของคำสั่งในข้อเท็จจริงที่เป็นอย่างเดียวกัน ดังเช่นในกรณีคดีอาญาหากพนักงานสอบสวนเปรียบเทียบปรับแล้ว คดีอาญาลดลง แต่ต้องส่งสำนวนให้อัยการตรวจสอบการเปรียบเทียบว่าถูกต้องหรือไม่ด้วย เห็นว่า ไม่ควร เพราะเป็นการเพิ่มภาระให้กับหน่วยงานทางปกครอง หากต้องมีการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทุกคำสั่งที่ตนเองออกมา ฝ่ายปกครองมี “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” ซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ที่มีเหนือเอกชนใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ก็กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยชัดเจนอยู่แล้ว ทั้งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องดำเนินการอย่างเช่นในคดีอาญา

สำหรับประเด็นไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ภายในฝ่ายปกครอง หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หากให้มีการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติดังกล่าวภายในฝ่ายปกครอง ก่อนจะนำมาใช้นั้น ไม่เห็นด้วย ควรให้มีคำสั่งทางปกครองที่ใช้อำนาจตามหนังสือเวียนฉบับนั้นออกมาก่อน แล้วจึงดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งฉบับนั้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ประเด็นสุดท้าย เนื่องจากในแต่ละปีฝ่ายปกครอง มีการขอคำแนะนำ ปรัชญาหรือ ปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ต่อคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจำนวนน้อย แต่กลับมีการนำคำสั่งทางปกครองไปฟ้องศาลปกครองเป็นจำนวนมาก ซึ่งไม่สะท้อนปัญหาที่แท้จริงของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก อาจเป็นเพราะในการให้คำปรึกษาหารือมีขั้นตอนหลายขั้นตอน เช่น จะต้องผ่านการหารือจากองค์กรผู้บังคับบัญชาหรือผู้รักษาการตามกฎหมายนั้นมาก่อน ซึ่งมีความล่าช้าทำให้ระยะเวลาในการปฏิบัติของฝ่ายปกครองเกินกรอบเวลาตามกฎหมาย หากจะจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด หรือระดับภูมิภาคนั้น โดยส่วนตัวแล้วเห็นว่า การที่หน่วยงานทางปกครองส่วนใหญ่ไม่หารือกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น เป็นที่ตัวหน่วยงานทางปกครองเองที่ไม่ต้องการเสียเวลาในการหารือ ซักถามปัญหา เพราะหน่วยงานทางปกครองส่วนใหญ่อาจมีความคิดว่าตนเองก็มีอำนาจอยู่แล้ว หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยก็ให้ไปฟ้องศาลปกครอง จึงทำให้คดีขึ้นสู่ศาลปกครองมากมาย แต่หากมีการตั้งคณะกรรมการปกครองระดับจังหวัด หรือระดับภูมิภาคจริง และมีกำหนดหลักเกณฑ์การหารือที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน ก็อาจทำให้หน่วยงานทางปกครองหารือกับคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดมากขึ้น และทำให้คดีปกครองในศาลปกครองลดลงก็ได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ควรต้อง

กำหนดให้มีตัวแทนที่มีความรู้ด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์มากกว่า 1 คน และต้องให้มีข้าราชการประจำในท้องถิ่นนั้นด้วย เพราะคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ชุดนี้เป็นเสมือน “ที่ปรึกษา” ของหน่วยงานทางปกครอง หากไม่มีข้าราชการประจำที่เป็นฝ่ายปกครองเข้าร่วมด้วย คำวินิจฉัยที่ออกมาก็คงไม่มีหน่วยงานทางปกครองที่ไหนเชื่อถือปฏิบัติตาม

ดร.เอกพงษ์ สารน้อย ตำแหน่ง ประธานคณะทำงานนายกสถทนายความ ประจำสภาทนายความ ให้ข้อมูลและความเห็นในการสัมภาษณ์ว่า ไม่เห็นด้วยที่จะตัดการอุทธรณ์ให้เหลือเพียงชั้นเดียว เหตุเพราะการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ไม่ได้ถือหลักการวางวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เป็นระบบการอุทธรณ์ 2 ชั้นแต่เพียงอย่างเดียว และในส่วนของผู้พิจารณาอุทธรณ์ก็เช่นเดียวกัน ก็จะกำหนดให้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการหรือผู้บังคับบัญชาตำแหน่งใดซึ่งจะกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะอยู่แล้ว นั่นเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าหากเรื่องใดเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น โดยเฉพาะในเรื่องของเงื่อนไขหรือความเร่งรีบ กฎหมายก็กำหนดระบบอุทธรณ์โดยตรงต่อผู้พิจารณาอุทธรณ์ โดยไม่ต้องผ่านเจ้าหน้าที่อยู่แล้วซึ่งมันไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 44 ถึง 48 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่มาตรา 44-48 มีประโยชน์ในแง่ว่าหากเจ้าหน้าที่พบว่าคำสั่งทางปกครองของตนอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อคู่กรณีอุทธรณ์ เช่น ไม่ได้ให้สิทธิในการอุทธรณ์หรือไม่ได้ให้เหตุผล หรือกรณีอื่นใดที่แก้ไขความบกพร่องได้ก่อนสิ้นระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 41

ดังนั้น เมื่อมีกฎหมายเฉพาะเห็นสมควรให้มีการอุทธรณ์ด้วยความรวดเร็ว ก็จะกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ที่แตกต่างออกไปจากผู้ปฏิบัติเช่นภายใน 48 ชั่วโมง ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง เจ้าหน้าที่ที่สามารถที่จะแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่งเดิมของตนได้ อันแสดงให้เห็นว่าการเยียวยาความเดือดร้อนของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ก็สามารถสำเร็จลงได้โดยตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเอง ซึ่งถ้าให้การอุทธรณ์ทุกเรื่องขึ้นสู่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ การพิจารณาอุทธรณ์ก็จะไปช้ำอยู่ในชั้นดังกล่าว เพราะกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ไว้เพียงเพื่อกำหนดช่วงของการใช้สิทธิ์ฟ้องคดีต่อศาลปกครองของผู้อุทธรณ์ บางครั้งการอุทธรณ์ไม่มีผลเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนของผู้รับคำสั่งเลย เพราะไม่มีการตอบอุทธรณ์ในชั้นผู้พิจารณาอุทธรณ์ เพราะฉะนั้น การให้มีระบบอุทธรณ์ 2 ชั้นไว้คงเดิมจะมีประโยชน์ในแง่การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง โดยเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์ได้ตั้งแต่ในชั้นเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งซึ่งเป็นผู้รู้เรื่องที่ออกคำสั่งมากกว่าผู้ใด จึงไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการอุทธรณ์โดยตรงต่อผู้วินิจฉัยอุทธรณ์

ส่วนประเด็นปัญหาการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์นั้นเห็นว่า ไม่สามารถมีองค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ ด้วยเหตุในตัวของ

คำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นการเฉพาะเจาะจง ดังนั้น ผู้รับคำสั่งทางปกครองจึง ไม่มีโอกาสหรือไม่ มีทางที่จะไปบอกให้ผู้ใดทราบ หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่สั่งในครั้งเดียว แต่มีผลกับผู้รับเสมอภาคกันโดยส่วนรวมแล้ว ก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปซึ่งก็ไม่ต้องอุทธรณ์ด้วยตัวของคำสั่งทางปกครองทั่วไปเอง ในขณะที่เดียวกันคำสั่งทางปกครองเฉพาะเจาะจงมีบทบัญญัติมาตรา 40 กำหนดไว้เรียบร้อยแล้ว เจ้าหน้าที่ที่จะต้องแจ้งการอุทธรณ์ให้ผู้รับคำสั่งทราบ ถ้าไม่แจ้งมีผลเป็นการขยายระยะเวลาอุทธรณ์สูงสุดถึง 1 ปี ดังนั้น การที่บางกรณีมีผู้อุทธรณ์และไม่มีผู้อุทธรณ์ อย่างเช่น คดีเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ก็เกิดจากการไม่ปกป้องสิทธิของตนเองทั้งที่ทราบในหนังสือแจ้งสิทธิอุทธรณ์อยู่แล้ว อุปมาได้ดั่งไม่สามารถสร้างกลไกหรือองค์กรใดมาปกป้องไม่ให้เกิดอาชญากรรมได้ ถ้าผู้ที่อยู่แล้วยังคงแบ่งรับความเสี่ยง หรือไม่ใส่ใจต่ออาชญากรรมที่จะเกิดขึ้น เพราะฉะนั้นประเด็นนี้ ไม่ต้องมีองค์กรใด ๆ ต้องควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ทั้งสิ้น เพราะเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล ถ้าไม่อุทธรณ์ก็ยอมรับผลร้ายของการไม่ได้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไป การไม่อุทธรณ์ก็สะท้อนหลักที่ว่า ไม่ประสงค์จะโต้แย้ง เพราะฉะนั้นต่อให้มีองค์กรใดขึ้นมาศาลก็พิพากษาให้ไม่ได้อยู่ดี เพราะในชั้นเจ้าหน้าที่คุณไม่ได้โต้แย้ง อย่างเช่นกรณีเวนคืนดังกล่าวข้างต้น

ส่วนประเด็น หนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัติ มันเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง มันเป็นนิติสัมพันธ์ คือความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย ที่กฎหมายบังคับจะต้องทำตามหรือปฏิบัติตาม จึงเป็นนิติสัมพันธ์ แต่เป็นนิติสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ไม่ได้มีมิติสัมพันธ์ออกมาสู่ภายนอก ดังนั้น เมื่อแนวปฏิบัติหนังสือเวียน มันเป็นเรื่องมิติสัมพันธ์ภายในการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาสั่งผู้ใต้บังคับบัญชาผู้บังคับบัญชาย่อมจะต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำของตนอยู่แล้ว และเป็นไปตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนว่า คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งโดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการแล้วนั้นผู้ใต้บังคับบัญชาก็จะต้องปฏิบัติตามอยู่ดี

นายวิระศักดิ์ วิจิตรแสงศรี ตำแหน่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดสมุทรสาคร ให้ข้อมูลและความเห็นในการสัมภาษณ์ว่า ควรจะตัดขั้นตอนการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งทางปกครองเดิม สำหรับตัวผู้ให้การสัมภาษณ์เอง ในฐานะดำรงตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นผู้ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครอง และเป็นผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ ทั้งสองฐานะ กล่าวคือ วินิจฉัยอุทธรณ์ในฐานะเจ้าหน้าที่ชั้นต้น คือ เป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม และในฐานะเป็นผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นถัดไป จากประสบการณ์ในการวินิจฉัยอุทธรณ์ในฐานะเจ้าหน้าที่ชั้นต้น ไม่เคยวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปตามความการของผู้อุทธรณ์เดิมเลย ถ้าจะแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบ้าง ก็ในฐานะใช้อำนาจในกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นที่สอง ต่อจากผู้พิจารณาอุทธรณ์ชั้นแรกซึ่งเป็นบุคคลคนละคนกัน เพราะหากเห็นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่

ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่คงไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และบางกรณีในการทำคำสั่งทางปกครองแต่ละครั้ง ผู้บังคับบัญชามักจะวางแนวทางปฏิบัติไว้ล่วงหน้าไปแล้ว ไม่อยู่ในฐานะจะแก้ไขอะไรได้ หากเกิดความเสียหาย จากการไม่ปฏิบัติตามแนวทางที่ผู้บังคับบัญชากำหนดไว้ ย่อมเป็นความรับผิดชอบในทางส่วนตัวด้วย ไม่ว่าจะมีส่วนต่อการแต่งตั้ง โยกย้าย รับผิดชอบละเมิดด้วย และอีกประการหนึ่ง แม้การพิจารณาอุทธรณ์ขัดต่อสภาพความเป็นกลางตามหลักความยุติธรรมตามชาติ แต่จะไม่มีผลต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่ถึงขั้นจะต้องมีการเพิกถอน หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลง ในการควบคุมตรวจสอบก็ควรใช้วิธีการตรวจสอบตัวผู้ทำคำสั่งนั้น อันเป็นการใช้มาตรการทางการบริหารกับตัวเจ้าหน้าที่นั้นด้วย เพื่อป้องกันมิให้กระทำการพิจารณาทางปกครองขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกรณีอื่น ๆ อีก

ส่วนประเด็นการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองระหว่างการอุทธรณ์ ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ข้อมูลและความเห็นว่า หากกฎหมายไม่ได้บังคับตัวผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ จะไม่ได้พิจารณาสั่งในประเด็นการทูลเกล้าการบังคับแต่อย่างใด และในการพิจารณาว่า สมควรมีคำสั่งทูลเกล้าการบังคับหรือไม่ ก็จะพิจารณาขณะที่มีการยื่นอุทธรณ์มาแล้ว และอุทธรณ์นั้นต้องเป็นอุทธรณ์ที่ครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมาย ไม่ว่าจะรูปแบบ เนื้อหาของการคัดค้าน และระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์อยู่ในเงื่อนไขนั้นด้วย ซึ่งเมื่อเป็นอุทธรณ์ที่ครบถ้วนตามเงื่อนไขของกฎหมายแล้ว จะมาขังน้ำหนักว่า จำเป็นจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งให้เกิดผลในทันทีหรือหรือไม่ เช่น ความเสียหายในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ประโยชน์ส่วนรวม ความจำเป็นเร่งด่วนอื่น ๆ โดยทั่วไป หรือถึงแม้การสั่งให้มีการทูลเกล้าการบังคับ จะไม่เกิดความเสียหายในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ประโยชน์ส่วนรวม หรือมีความจำเป็นเร่งด่วน เจ้าหน้าที่จะไม่พิจารณามีคำสั่งให้ โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้ใด เพราะหากผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการบังคับตามคำสั่งนั้น ก็สามารถใช้สิทธิขอคุ้มครองต่อศาลปกครองได้อยู่แล้ว และแม้เจ้าหน้าที่จะเห็นว่า สมควรทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งไว้ก่อน ก็จะไม่มีการแจ้งให้ผู้ใดทราบ แม้กระทั่งผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่รอการบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ เพราะคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นถึงที่สุดแล้ว ไม่สามารถร้องขอให้หน่วยงานใดบังคับให้เพิกถอนคำสั่งนั้น ได้ตามกฎหมาย โดยเฉพาะศาลปกครอง เพราะประเทศไทยใช้ระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ และการบังคับให้ต้องอุทธรณ์อยู่ภายใต้เงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลปกครอง และผู้ให้สัมภาษณ์ในฐานะที่เป็นผู้ที่ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อมีการทำคำสั่งทางปกครอง จะไม่มีการสั่งทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ตนออกเลย เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บังคับให้ฝ่ายปกครองพิจารณาการทูลเกล้าการบังคับไว้ชัดเจน เป็นเพียงแต่ขอร้อง ให้ใช้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่จะสั่งทูลเกล้าการบังคับหรือไม่เท่านั้น เสมือนเป็นสิทธิของเจ้าหน้าที่จะพิจารณาหรือไม่ก็ได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ยกเรื่องการทูลเกล้าการบังคับขึ้นมาพิจารณาเอง ย่อมเป็นภาระ

ต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการ และทำให้จุดประสงค์ของการออกคำสั่งทางปกครองล่าช้าออกไป ทั้งที่กฎหมายไม่ได้บังคับเจ้าหน้าที่ไว้ อีกทั้ง กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้สิทธิคู่กรณีสามารถยื่นคำขอได้ด้วย

สำหรับประเด็นผลของคำสั่งทางปกครองที่อุทธรณ์มีความแตกต่างกันกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ข้อมูลและความคิดเห็นว่า เมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ถ้าไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้ออกคำสั่งจะไม่มีกรหิยขกคำสั่งเรื่องนั้น มาพิจารณาทบทวนอีก อันเป็นการสร้างภาระกับผู้ออกคำสั่งโดยไม่จำเป็น แม้จะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นคำสั่งที่ยุติโดยสมบูรณ์แล้ว แม้แต่องค์กรศาลปกครองจะไม่มีอำนาจตรวจสอบคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้นได้อีก เพราะหากไม่มีการอุทธรณ์มาก่อนฟ้องคดี ศาลปกครองก็ไม่รับฟ้องคดีอยู่ดี ส่วนกรณีที่เกิดคำสั่งทางปกครองกรณีอื่น ๆ ที่เป็นข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่ผลของคำสั่งมีความแตกต่างกัน ไม่ได้ทำให้เกิดความไม่เสมอภาค เพราะความไม่เสมอภาค จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายรับรอง คู่กรณีสิทธิและเสรีภาพไว้ ในลักษณะเป็นการตัดสิทธิของบุคคลให้เกิดความแตกต่างกันมากกว่า คือ การปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน หรือเลือกปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างกัน เพราะที่กำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม ความคิดเห็นทางการเมือง แต่การไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ ไม่ได้เกิดจากฝ่ายเจ้าหน้าที่ และไม่ได้เลือกปฏิบัติให้เกิดความแตกต่างข้างต้น แต่เป็นความสมัครใจรับผลตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับตามคำสั่งนั่นเอง แต่ไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ จึงถือว่าไม่ใช่ความไม่เสมอภาค และในความเป็นจริง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้พิจารณาตกลงไปถึงความไม่เสมอภาคของผลของคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น แม้จะทำคำสั่งหลายๆ คำสั่งต่างเวลากันก็ตาม เพราะผู้ออกคำสั่งมุ่งพิจารณาเพียงความชอบด้วยขั้นตอน วิธีการ และในเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครองนั้นว่า ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่เท่านั้น ส่วนในการพัฒนาคุ้มครองสิทธิของประชาชน ให้เกิดมาตรฐานของคำสั่งทางปกครองเดียวกัน ในข้อเท็จจริงข้อกฎหมายเดียวกัน เป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในภาคปฏิบัติเห็นด้วย หากมีมาตรการการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ แต่ปัญหาจะให้องค์กรใดเป็นผู้ตรวจสอบเห็นว่า การไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ไม่ขัดต่อความเสมอภาคทางกฎหมาย แต่เจ้าหน้าที่ควรดำเนินการให้ถูกต้อง ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการทำคำสั่งทางปกครองอยู่แล้ว และสามารถตรวจสอบย้อนหลังได้

สำหรับปัญหาหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ในฐานะผู้รับหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติมาปฏิบัติให้เกิดผลได้จริง ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาระดับสูงกว่า ไม่ว่าจะรัฐมนตรี หรือปลัดกระทรวง

แต่ในปัจจุบันผู้บังคับบัญชามีการสั่งการผ่านหนังสือดังกล่าวเป็นจำนวนมาก บางครั้งเกิดปัญหาในการปฏิบัติและเป็นปัญหากับตัวผู้ใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครอง และเมื่อผู้บังคับบัญชาสั่งการใดแล้วต้องปฏิบัติตาม แม้จะมีความเห็นแตกต่างไปที่ตาม เพราะเมื่อผู้บังคับบัญชาสั่งการใดแล้วหน้าที่ต่อไปก็ต้องปฏิบัติตามและรายงานผลกลับไปยังผู้สั่งการว่า ได้ปฏิบัติไปในแนวทางใด หากฝ่าฝืนยอมส่งผลต่อผู้ปฏิบัติในทางใดทางหนึ่ง ซึ่งในส่วนตัวแล้วเห็นด้วยที่ให้มีการตรวจสอบการออกหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากกรณีดังกล่าวศาลปกครองไม่ตรวจสอบ

ส่วนประเด็นระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์นั้น ไม่อาจจะให้ความเห็นได้ว่า ควรจะมีระยะเวลาที่วัน แต่ขอให้เป็นระยะเวลาที่กำหนดแล้วมีมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งหากมีการแก้ไขกฎหมายแล้ว ปล่อยให้ทำหน้าที่ของผู้ตราจะพิจารณาถึงความเหมาะสมในระบอบเวลานั้น จึงไม่ควรกำหนดไว้ว่าจะมีกี่วัน แต่กระบวนการทบทวนตรวจสอบคำสั่งครั้งใหม่ไม่ว่าระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์หรือระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ ควรให้สั้นที่สุดภายในฝ่ายปกครอง

ประการสุดท้าย เห็นด้วยหากมีการจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด แต่เมื่อมีการจัดตั้งขึ้นแล้ว ไม่ควรเป็นภาระกับจังหวัดอย่างเช่นหลาย ๆ หน่วยงานที่เกิดขึ้นใหม่ เมื่อจัดตั้งแล้วจะเป็นภาระกับราชการส่วนภูมิภาคไม่ว่า ในการจัดโครงสร้าง หรือการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ และไม่ควรรู้ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีส่วนร่วมในคณะกรรมการ เพราะงานในหน้าที่มากมายอยู่แล้ว อีกทั้ง จะทำให้การทำหน้าที่ไม่เป็นกลาง เพราะผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ใช้อำนาจเกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองในสามฐานะ คือ ฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองโดยตรง ฐานะเป็นผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นต้น และฐานะเป็นผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นถัดไปด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดขึ้นแล้ว คณะกรรมการดังกล่าวควรมีหน้าที่ช่วยแบ่งเบา ช่วยเหลือ ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายปกครองมากกว่า หากจะให้คณะกรรมการชุดนี้ มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบของการออกหนังสือเวียน หรือตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ ให้เกิดความชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อตรวจสอบแล้ว ควรจะแจ้งกลับมายังผู้ใช้อำนาจเหล่านั้นเพื่อแก้ไขต่อไป อันเป็นการช่วยเหลือและแบ่งเบาภาระของจังหวัดได้เป็นอย่างดี

นอกจากนี้ ผู้ให้การสัมภาษณ์ยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่า จุดอ่อนของการบังคับใช้กฎหมายปกครอง คือการตีความ ไม่ว่าจะองค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจตีความ ควรตีความให้เกิดความเป็นธรรมให้มากที่สุด เพราะความเป็นธรรมไม่ได้เกิดจากตัวเจ้าหน้าที่ฝ่ายเดียว แต่เกิดจากประชาชนขาดความเป็นธรรมด้วย มีการต่อสู้กันในทางกฎหมายมากเกินไปในบางเรื่อง พยายามเอาชนะกัน และเห็นแต่ประโยชน์ส่วนตน ไม่คิดถึงผลประโยชน์แก่ชุมชนหรือประโยชน์แก่ส่วนรวม โดยใช้ช่องทาง

กฎหมายเป็นเครื่องมือ บางกรณีเป็นเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ สมควรไต่ถามไต่สวนให้ยุติ จะเป็นการรักษาความสัมพันธ์อันดีและอยู่ร่วมกันได้ในสังคมต่อไป ยกตัวอย่างเช่น ผู้ให้การสัมภาษณ์เคยไต่ถามไต่สวนเรื่องการทำการฟาร์มเลี้ยงสัตว์ แล้วส่งกลิ่นรบกวนชาวบ้านข้างเคียงตลอดเวลา ต่อมามีการไต่ถามไต่สวน สามารถตกลงกันได้ ต่างฝ่ายต่างจะดำเนินการให้เป็นไปตามข้อตกลง ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงมีการออกคำสั่งทางปกครองไปตามข้อตกลงนั้น แต่ต่อมาในภายหลังมีการนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองกันอีก เพราะคู่กรณีเห็นว่า แม้มีการไต่ถามไต่สวนและสามารถตกลงกันได้ แต่ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิของคู่กรณีที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองได้อีก เพราะผลของการไต่ถามไต่สวนดังกล่าวยังไม่มีกฎหมายรองรับ ถ้าจะไต่ถามไต่สวนได้ก็เฉพาะทางแพ่ง และทางอาญาเฉพาะคดีบางประเภทเท่านั้น ดังนั้น หากมีกฎหมายรองรับการไต่ถามไต่สวนในเรื่องพิพาททางปกครองภายในฝ่ายปกครอง จะเป็นเรื่องที่ดี และเมื่อไต่ถามไต่สวนยุติแล้ว จะต้องไม่นำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองอีก อันจะเป็นการทำให้ระบบการไต่ถามไต่สวนไม่มีความหมายและไร้ประโยชน์ดังที่ยกตัวอย่างข้างต้น เว้นแต่มีการคัดค้านว่าการไต่ถามไต่สวนเป็นไปโดยไม่ชอบ ในการฟ้องคดีควรให้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เฉพาะเรื่องสำคัญที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะจริง ๆ ด้วยการมีระบบการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองให้มีประสิทธิภาพมากกว่านี้ สำหรับตัวของเจ้าหน้าที่ที่ยังมีปัญหาการทุจริต คอร์รัปชันกันอยู่ บางครั้งเรียกรับ ผลประโยชน์ก่อนที่จะออกคำสั่งอนุญาต อนุมัติในเรื่องใด บางครั้งเป็นการสมยอม หรือเป็นการตกลงผลประโยชน์ทั้งสองฝ่าย ที่ไม่ถูกต้อง ส่วนการพิจารณาในขั้นตอนก่อนการทำการคำสั่งทางปกครอง ไม่ควรกำหนด หรือแต่งตั้งคณะกรรมการเพิ่ม โดยไม่จำเป็น เพราะทำให้การทำการคำสั่งทางปกครองล่าช้าออกไป ถ้าจะมีคณะกรรมการควรมีเพื่อช่วยตรวจสอบให้การออกคำสั่งทางปกครองเกิดความรอบคอบขึ้นเท่านั้น สำหรับปัญหาอื่น ๆ ในการทำการคำสั่งทางปกครอง คือ ปัญหาการตีความแล้วจะให้ความสำคัญหรือยึดติดกับหลักกฎหมายมากเกินไป ควรจะตีความอย่างยืดหยุ่น ซึ่งจะกระทบต่อการบริหารแผ่นดินที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการ และไม่สมควรให้มีการตรากฎหมาย โดยไม่พิจารณาถึงหลักการบริการสาธารณะ

นาย วุฒิพงษ์ สุภักควนิช ตำแหน่ง นายอำเภอเมือง จังหวัดสมุทรสาคร ให้ข้อมูลและความคิดเห็นในการสัมภาษณ์ว่า จากประสบการณ์ในการทำงาน เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว ผู้ให้การสัมภาษณ์ไม่เคยเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิม ที่เคยมีคำสั่งก่อนที่จะมีการอุทธรณ์ เห็นควรลดขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองครั้งแรก ที่เป็นเหตุให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น เนื่องจากมีสภาพขัดต่อความเป็นกลางในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ และทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นยากที่จะเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมของตน

ส่วนปัญหาที่ว่าควรมีการทูลเกล้าฯตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างเวลาอุทธรณ์หรือไม่ ผู้ให้การสัมภาษณ์ ให้ความเห็นว่า ไม่สมควรที่จะมีการทูลเกล้าฯตามคำสั่งทางปกครอง เพราะจะทำให้การบริหารราชการกระทบกระเทือน และหากเมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว มีผลเป็นการทูลเกล้าฯตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนโดยทันที จะเป็นช่องทางให้มีการประวิงการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพราะผู้กรณีจะต้องยื่นอุทธรณ์ทุกกรณีหากเห็นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นกระทบต่อตน และจะเป็นภาระแก่ฝ่ายปกครองในการต้องมาพิจารณาอุทธรณ์โดยไม่จำเป็น

สำหรับปัญหาระยะเวลายื่นอุทธรณ์นั้น เท่าที่ปฏิบัติงานไม่เห็นความจำเป็นต้องกำหนดระยะเวลายื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่างกัน และมีเหตุผลใดกันแน่ เห็นว่า คงเป็นความต้องการของฝ่ายผู้มีส่วนออกกฎหมายมากกว่า และไม่ได้หมายความว่า การกำหนดระยะเวลายื่นอุทธรณ์อันสั้น จะทำให้คำสั่งทางปกครองยุติลงอันรวดเร็ว เพราะบางกรณีมีการโต้แย้งคัดค้านฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง กว่าคำสั่งทางปกครองจะยุติก็ใช้เวลาค่อนข้างนาน ซึ่งการกำหนดระยะเวลายื่นอุทธรณ์สั้นหรือยาว ไม่มีผลต่อการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะเมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลตามกฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ทันที ซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่องานบริการสาธารณะ อันจะทำให้ขาดความต่อเนื่องอยู่แล้ว หากจะกำหนดระยะเวลาดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน จะต้องเพิ่มระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ให้นานขึ้น และให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งหมดทุกกรณีที่มีการกำหนดให้ยื่นอุทธรณ์ และควรกำหนดไม่น้อยกว่า 30 วัน เพื่อให้ผู้มีสิทธิยื่นอุทธรณ์มีโอกาสเตรียมตัว และตัดสินใจว่าจะยื่นอุทธรณ์หรือไม่ เพื่อรักษาสิทธิของตน และเมื่อกฎหมายกำหนดระบบการยื่นอุทธรณ์แล้ว ก็สมควรเลือกใช้ระบบการเลือกที่จะตัดสินใจว่าจะอุทธรณ์หรือไม่ หรือหากผู้มีสิทธิอุทธรณ์ไม่เชื่อมั่นฝ่ายปกครองว่าจะพิจารณาอุทธรณ์ได้ดี หรือตรงต่อความต้องการก็สามารถเลือกฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง แต่จะทำให้ศาลปกครองพิพากษาคดีที่มีการฟ้องในเรื่องอื่น ๆ นานขึ้นไปอีก เพราะมีทางเลือกในการใช้สิทธิยื่นฟ้องได้โดยตรง โดยไม่ผ่านระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาก่อน หรืออีกทางเลือกหนึ่ง ก็ควรมีระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครองแทนที่จะเลือกอุทธรณ์หรือแทนที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง อันเป็นการเพิ่มกลไกที่หลากหลายมากยิ่งขึ้น แต่ในการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย หรือทำข้อตกลง ควรมีข้อยกเว้นให้ทำได้เฉพาะเรื่อง เช่น เรื่องการบริหารงานภายในฝ่ายปกครอง ที่คำสั่งไปแล้วเกิดผลกระทบกับตัวเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชา ในการรักษาความสัมพันธ์อันดีในการปฏิบัติงานต่อไป และป้องกันการทุจริตคอร์รัปชันด้วย

จากที่กล่าวมาในระบบการอุทธรณ์ หากมีการเก็บข้อมูลเป็นสถิติแล้ว ปรากฏว่า ผลสุดท้ายของการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ปรากฏว่า มีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองน้อย เช่น ในการ

พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ 100 เรื่อง มีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปจากเดิม เพียงไม่ถึง 10 เรื่อง ก็ควรยกเลิกระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น เนื่องจากจะเป็นผลกระทบต่อประชาชนเกินสมควร หากในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ 100 เรื่อง มีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองไปจากเดิม มากกว่า 10 เรื่อง ก็ควรคงไว้ซึ่งระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองนั้นไว้ ดีกว่าจะยกเลิกระบบการอุทธรณ์แล้วหันมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยตรง เพราะจะทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองยุติลงเข้าไปอีก และเป็นการเพิ่มภาระของศาลปกครองเพิ่มขึ้นด้วย

สำหรับความเห็นในประเด็นปัญหาความเสมอภาคเกิดขึ้นระหว่างคำสั่งทางปกครองที่มีการอุทธรณ์ กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ ในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน ควรมีหน่วยงานตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เป็นไปในทิศทางเดียวกัน และเพื่อรักษาความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองไว้ ซึ่งหากมีการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการอุทธรณ์ให้มีความยุติธรรมและเสมอภาค ย่อมทำให้ประชาชนเชื่อมั่นและไว้วางใจฝ่ายปกครองเรื่องอื่นต่อไป เพราะในการบริหารราชการแผ่นดินในปัจจุบัน ไม่อาจจะขาดความเชื่อมั่นหรือไว้วางใจจากประชาชนได้

ส่วนประเด็นปัญหา ของการกำหนดแนวทางปฏิบัติ หรือการออกหนังสือเวียน เมื่อผู้บังคับบัญชาวางแนวทางในการปฏิบัติงานในเรื่องใดไว้ เจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาไม่มีทางที่จะหลีกเลี่ยง หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้ได้ เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชา มีวินัยที่ควบคุมความสัมพันธ์กับผู้บังคับบัญชาอยู่ หากฝ่าฝืนคำสั่งที่ออกตามหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ย่อมจะถูกผู้บังคับบัญชาดำเนินเอาผิดทางวินัยทันที และยิ่งกว่านั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองเห็นว่า หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้ เป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครอง นั้นฝ่าฝืนอำนาจตามกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ไม่ยอมปฏิบัติหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาวางไว้นั้น โดยทำคำสั่งทางปกครองตามเหตุผล และความเห็นของตนไป หากต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น ผู้พิจารณาอุทธรณ์ส่วนใหญ่คือ ผู้กำหนดหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ย่อมจะต้องไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครอง ที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่นำหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติมาเป็นฐานทำคำสั่งทางปกครองเป็นแน่ หรือหากคำสั่งเรื่องนั้น มีการนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และหากศาลปกครองวินิจฉัยแตกต่างกับเจ้าหน้าที่ที่ไม่ยอมปฏิบัติหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ยิ่งจะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้น ต้องถูกลงโทษทางวินัย และหากเกิดความเสียหายอยู่ด้วยก็ต้องรับผิดชอบละเมิด โดยมีอาจหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ควรมีการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ นั้น โดยเฉพาะการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ ที่เป็นการก้าวก่ายดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ตัวอย่างเช่น หนังสือกำหนดแนวทางในการ

อนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนแก่บุคคลธรรมดา ที่ผู้บังคับบัญชากำหนดไว้ว่า พิจารณาอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนคนละไม่เกินสองกระบอก ซึ่งไม่มีกฎหมายลำดับใด ห้ามไว้เช่นนั้น เพียงแต่ต้องใช้ดุลพินิจตามเงื่อนไขข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายในเรื่องการพิจารณาในการอนุญาตหรือไม่เท่านั้น เป็นต้น

ประเด็นการจัดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ข้อมูลและความเห็นว่า ไม่เคยขอหารือปัญหาบังคับใช้กฎหมายปกครองหรือกฎหมายความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ไปยังคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองเลย เพราะเห็นว่า มีขั้นตอนการขอหารือและใช้เวลานาน จะรอว่าคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง ให้ความเห็นแล้วพิจารณาเพื่อจัดทำคำสั่งทางปกครอง ตอนนั้นก็คงถูกฟ้องเป็นคดีละเลยหรือล่าช้าในการทำคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครองแล้ว การให้ความเห็นของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง จะเกิดขึ้นเมื่อหน่วยงานทางปกครองเสนอขอปรึกษาหารือมาเท่านั้น ในสภาพความเป็นจริง คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุกมากนัก ในการริเริ่มโดยการสอดส่อง แนะนำ ตามหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้แต่อย่างใด จะมีบ้างก็เป็นแต่การฝึกอบรมให้ความรู้กับเจ้าหน้าที่ตามแผนการฝึกอบรมที่สำนักงานกฤษฎีกากำหนดขึ้น ส่วนใหญ่จะรอคอยวินิจฉัยปัญหาที่ฝ่ายปกครองร้องขอเท่านั้น อีกทั้งการติดต่อประสานงาน หน่วยงานไม่ได้ประจำอยู่พื้นที่ส่วนภูมิภาคจึงเกิดความไม่สะดวกหลายประการ แต่หากมีการจัด โครงสร้างคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัดทุกจังหวัด เห็นด้วย แต่โครงสร้างของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ควรเป็นบุคคลภายนอกที่มีความรู้จริง ๆ ปลอดการเมือง ปลอดข้าราชการประจำ ไม่ใช่เข้ามาเป็นกรรมการแล้ว เข้ามาเพื่ออ้างอำนาจ ขอแลกเปลี่ยนตำแหน่งต่าง ๆ แต่ควรเข้ามาแบ่งเบาภาระ ช่วยเหลือแนะนำฝ่ายปกครองจริง ๆ สำหรับอำนาจหน้าที่ควรจะช่วยเหลือ แนะนำให้คำปรึกษาหารือรวบรวมสถิติในการบังคับใช้กฎหมายปกครองของเจ้าหน้าที่ภายในจังหวัด รวมถึงเป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติ หรือตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการอุทธรณ์ หรือเป็นองค์กรประสานงานการไกล่เกลี่ยทางปกครอง ตามที่ให้ความเห็นทั้งหมดข้างต้น เพื่อนำมาวิเคราะห์และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เพราะในปัจจุบันไม่มีการรวบรวมข้อมูลดังกล่าวไว้ในจุดเดียว

นอกจากนี้ผู้ให้สัมภาษณ์ยังได้เสนอแนะเพิ่มเติมว่า ควรจะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในการกำกับดูแลองค์กรปกครองท้องถิ่น ในระยะเริ่มต้นควรมีการศึกษาวิจัยให้ได้ข้อเท็จจริงยุคก่อนเป็นลำดับแรก ว่าควรจะแก้ไขอย่างไร อำนาจกำกับดูแลอยู่ที่ใครด้วย เพราะในปัจจุบันผู้ให้สัมภาษณ์ในฐานะเป็นผู้กำกับดูแลมีปัญหาในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่หลาย

ประการ โดยเฉพาะงานที่ต้องการดำเนินการโดยเร่งด่วน หรือนโยบายของรัฐบาลที่ต้องการความเป็นเอกภาพ เป็นต้น

ผศ. เชาว์วิทัศน์ เสนพงศ์ ตำแหน่ง นายกเทศมนตรีเทศบาลนครนครศรีธรรมราช ให้ข้อมูลและความคิดเห็นในการสัมภาษณ์ว่า ในฐานะที่ตนเป็นผู้บริหารของเทศบาล ซึ่งเป็นเทศบาลระดับนคร ในระหว่างที่เป็นผู้บริหารจะไม่ค่อยมีปัญหาในการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากนายกเทศมนตรีจะออกคำสั่งทางปกครองใด จะต้องมีการเสนอความเห็นจากเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นมาก่อน ไม่ว่าจะเรื่องการก่อสร้าง ทางวิศวกรรมเพื่อประกอบการอนุมัติ อนุญาต ด้านสาธารณสุข การศึกษาวัฒนธรรม งานการบริหารงานบุคคล แต่งตั้ง โยกย้าย เลื่อนเงินเดือน เลื่อนระดับต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงาน เป็นต้น ทำให้ตนทราบขั้นตอน วิธีการออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนเนื้อหาในการทำคำสั่ง หากนายกเทศมนตรีไม่แน่ใจว่าจะมีการทำคำสั่งทางปกครองถูกต้องหรือไม่ ก็จะมีรองนายกเทศมนตรีหลายท่าน ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารร่วมกันปรึกษาหารือ บางท่านก็มีประสบการณ์และมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง และเมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้ว หากมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมายังตน จากการทำงานในตำแหน่งดังกล่าวมาเป็นเวลา 9 ปี ตนไม่เคยมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิมเลย คงยืนยันคำสั่งทางปกครองที่ทำไปแล้วทุกครั้ง เนื่องจากการทำคำสั่งทางปกครองได้ปฏิบัติตามระเบียบ กฎหมายทุกขั้นตอน ที่ผ่านการตรวจสอบข้อเท็จจริง จากเจ้าหน้าที่ประจำซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชา มาตามสายงาน

ในประเด็นการอุทธรณ์ต่อตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม เห็นว่า หากจะมีการอุทธรณ์ควรจะต้องอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจเหนือขึ้นไป ไม่ใช่อุทธรณ์ต่อตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม เพราะจะอุทธรณ์อย่างไร ก็ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองเดิม และเมื่อมีการอุทธรณ์ขึ้นแล้ว ควรจะต้องมีการทูลเกล้าฯ ถวายบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น โดยทันที เพราะหากมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปจากเดิม ไม่ว่าจะในชั้นการวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือศาลปกครองมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข สามารถกลับมาเยียวยาสิทธิได้ถูกต้องและตรงกับสภาพความเป็นจริง เช่นเคยเกิดขึ้นกับผู้บริหารท้องถิ่นที่จังหวัดระนอง ซึ่งเมื่อศาลปกครองพิพากษาแล้ว ก็ไม่อาจเยียวยาให้คืนตำแหน่งดังที่เป็นอยู่เดิมได้ เพราะไม่มีการทูลเกล้าฯ ถวายบังคับไว้ก่อน ทำให้ต้องจัดการเลือกตั้งและมีผู้ดำรงตำแหน่งใหม่แล้ว การคืนสิทธิก็คืนในลักษณะที่เป็นประโยชน์ทางตัวเงินเท่านั้น

สำหรับระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ในระบบบังคับนั้น ที่กำหนดไว้ 15 วัน ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือกฎหมายอื่นที่น้อยกว่า 15 วัน เห็นว่า ระยะเวลาดังกล่าวสั้นเกินไป ควรจะขยายออกไปเป็นระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์อย่างน้อย 30 วัน หรือกำหนดระยะเวลาให้มากกว่านั้น เพราะเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมากกว่า

สำหรับระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในภาพรวม ควรยกเลิกหรือแก้ไขการอุทธรณ์ในระบบเดิมเพราะ เจ้าหน้าที่จะไม่แก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิมเลย ถึงแก้ไขเปลี่ยนแปลง คิดว่ายังเป็นส่วนน้อยการอุทธรณ์จึงไม่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายใด สมควรมีมาตรการอื่น ๆ เช่น มีการไต่ถามเคลียร์ ประณีประนอม ก่อนจะมีคำสั่งทางปกครองด้วยซ้ำ หรือหากมีการทำคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้วหากคู่กรณีสมัครใจเข้ามาไต่ถามเคลียร์ข้อพิพาทจากคำสั่งทางปกครองนั้น จะเป็นทางเลือกที่ดีกว่าการอุทธรณ์ หรือไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์สามารถนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย อย่างเช่น สัญญาทางปกครอง ทำให้ปัญหายุติลงและพอใจแก่หลายฝ่าย ไม่เป็นภาระในการพิจารณาอุทธรณ์แก่ฝ่ายปกครองอีก และควรมีองค์กรที่เป็นกลาง ไม่มีข้าราชการประจำ ข้าราชการการเมืองเข้าไปทำหน้าที่หรือเกี่ยวข้อง ควรอยู่ในรูปของคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งในแต่ละจังหวัดมีบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ด้านต่าง ๆ มากมาย และให้ทำหน้าที่ช่วยเหลือหน่วยงานที่มีหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองได้เป็นอย่างดี เช่น การมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังที่นักศึกษาเสนอ อย่างน้อยเป็นการรวบรวมข้อมูล สถิติต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจริงในปัญหาการบังคับใช้กฎหมายปกครอง ไม่เฉพาะเพียงแต่คำสั่งทางปกครอง ทำให้ทราบปัญหาอุปสรรคที่เกิดขึ้นภายในพื้นที่แต่ละจังหวัดเพื่อเป็นแนวทางในทางแก้ไขกฎหมาย หรือปัญหาในทางปฏิบัติต่อไป

ส่วนปัญหาความไม่เสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกัน กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการยื่นอุทธรณ์ ต้องยอมรับว่า ปัญหาในขณะนี้ เนื่องจาก ความรู้ ประสบการณ์ แนวทางการใช้ดุลพินิจการมองปัญหาข้อเท็จจริงและการตีความกฎหมายของผู้บริหารแต่ละคนมีความแตกต่างกัน จึงเกิดปัญหาคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันได้ หากจะมีระบบการควบคุมตรวจสอบเรื่องนี้ ผู้ให้สัมภาษณ์เห็นด้วย เพียงแต่เมื่อตรวจสอบแล้ว ผู้ตรวจสอบจะมีอำนาจสั่งแก้ไขได้เอง หรือส่งข้อเสนอแนะกลับไปให้ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองเดิมพิจารณาแก้ไขก็ได้

ประการสุดท้ายปัญหา แนวทางปฏิบัติ และหนังสือเวียน มีปัญหามากสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นเดียวกัน ส่วนมากองค์กรผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแล เช่น กรมส่งเสริมปกครองส่วนท้องถิ่น จะสั่งการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระทำการ และห้ามกระทำการใด หรือให้ออกคำสั่งทางปกครองหรือให้ออกคำสั่งทางปกครองใด ผ่านหนังสือเวียนแจ้งให้ทุกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติ แม้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะไม่เห็นด้วย แต่ก็ไม่สามารถฝ่าฝืนได้ เพราะหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม จะมีผลต่อการปฏิบัติงานในด้านอื่น ๆ ไม่ว่าจะการจัดสรรงบประมาณ การอุดหนุนงบประมาณ การตรวจสอบ หรือการอนุมัติหรือไม่อนุมัติเรื่องต่าง ๆ ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสนอขึ้นไป เห็นควรมีองค์กรควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าว ว่ามีการกำหนดหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติชอบหรือไม่ เพียงใด

นายชัชวาล วิริยะเขตต์ ตำแหน่ง อัยการจังหวัดประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคดีปกครองเพชรบุรี ให้ข้อมูลและความเห็นจากการสัมภาษณ์ว่า มีหน้าที่ว่าต่าง แยกต่างให้แก่ฝ่ายปกครองในคดีปกครอง ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีปกครอง พ.ศ. 2560 จากการทำงานพบว่า ฝ่ายปกครองถูกฟ้องเป็นคดีปกครองไม่ทั้งถูกฟ้องเพราะความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทางรูปแบบ และทางเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครองซึ่งมีจำนวนใกล้เคียงกัน ซึ่งในการแยกต่างคดีปกครองอัยการจะตรวจสอบตั้งแต่เขตศาล อำนาจฟ้อง เจื่อนใจของการฟ้อง และเนื้อหาของตัวคำสั่งทางปกครองที่เป็นต้นเหตุให้มีการฟ้องคดี เมื่อแยกต่างแล้วหลังจากศาลปกครองพิพากษา จะส่งผลคดีมาให้อัยการทราบ

ประเด็นขั้นตอนการอุทธรณ์แบบบังคับที่ให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีคือ เป็นการให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีโอกาสทบทวนตัวเอง อันเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง เพราะในการทำคำสั่งทางปกครองเดิมอาจมีการพิจารณาไม่รอบด้าน ซึ่งเป็นผลดีแก่ตัวเจ้าหน้าที่ ส่วนข้อเสีย คือ อาจทำให้การพิจารณาอุทธรณ์มีหลายขั้นตอน ทั้งที่องค์กร ฝ่ายปกครองในองคาพยพเดียวกันควรพิจารณาเพียงชั้นเดียว อีกประการหนึ่ง หากให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ผลคือ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจไม่กล้ากลับคำสั่งเดิมของตนและยืนยันตามแนววินิจฉัยเดิม เพราะจะกระทบกับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ เช่น อาจถูกฟ้องเพราะตนเองเป็นเจ้าพนักงาน และอาจกระทบต่อความไว้วางใจของประชาชนด้วย ซึ่งเป็นความเข้าใจผิดของเจ้าหน้าที่ เพราะหากฝ่ายปกครองเห็นว่า เป็นคำสั่งที่ไม่ถูกต้อง ควรรีบแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นให้ถูกต้องเสียตั้งแต่แรก เพราะหากศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งนั้นก็อาจถูกฟ้องอยู่ดี และเป็นผลดีในเรื่องการเยียวยาความเสียหายจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบนั้นด้วยตั้งแต่แรก ทางที่ถูกต้องคือ ควรให้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีเพียงหนึ่งชั้นเท่านั้น โดยให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์เลือกที่จะยื่นอุทธรณ์ต่อตัวผู้ทำคำสั่งเดิมหรือผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปก็ได้ หากเชื่อมั่นและไว้วางใจต่อตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมว่าจะพิจารณาอุทธรณ์ได้ดี ก็ให้ยื่นอุทธรณ์ไปตามนั้นและถือว่ารับผลที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจของผู้อุทธรณ์นั้นด้วยเช่นกัน

ประเด็นการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างอุทธรณ์หรือไม่ นั้นเห็นว่า ต้องมาพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองว่า มีเจตนารมณ์อย่างไร หากบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลักและการสั่งทูลเกล้าฯ บังคับทำให้ราชการเสียหายอย่างร้ายแรง ก็ไม่สมควรทูลเกล้าฯ บังคับให้ แต่หากกฎหมายฉบับนั้นมีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอยู่ด้วย แม้จะมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมด้วยก็ตาม เจ้าหน้าที่ควรสั่งให้มีการทูลเกล้าฯ บังคับไว้ก่อน เพื่อรอผลการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้บังคับบัญชา

เหนือขึ้นไป และในระหว่างที่มีการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชาจะพิจารณาเรื่องการใช้มาตรการบังคับควบคุมไปนอกเหนือจากที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมสั่งทุกเลาบังคับไว้ด้วย อันเป็นการควบคุมตรวจสอบอีกชั้นหนึ่ง เพราะในหลักการบริหารราชการแผ่นดินผู้บังคับบัญชามีหน้าที่รับผิดชอบการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาเสมอ และประการสำคัญในการพิจารณาสั่งหรือไม่สั่งทุกเลาการบังคับต้องจำกัดขอบเขตการใช้ดุลพินิจให้แคบที่สุด

ประเด็นเรื่องระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในระบบบังคับทั่วไปภายใน 15 วัน ยังอยู่ในวิสัยที่ผู้อุทธรณ์ใช้สิทธิได้ แต่การแจ้งคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองจะต้องครบถ้วนด้วย คือ ระบุขั้นตอนการยื่นอุทธรณ์ต่อผู้ใด ระบุระยะเวลาในการยื่น และต้องระบุไว้ในคำสั่งทางปกครองด้วยว่า คู่กรณีมีสิทธิยื่นคำขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ได้ด้วย ส่วนประเด็นกฎหมายเฉพาะกำหนดระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์แตกต่างกัน หากกฎหมายเฉพาะมีความจำเป็นต้องกำหนดระยะเวลายื่นอุทธรณ์เช่นนั้นจริง ๆ ก็ต้องให้เป็นไปตามนั้นซึ่งต้องพิจารณาทบทวนแต่ละฉบับหากไม่มีเหตุผลจำเป็นก็ควรใช้มาตรฐานเดียวกัน เพราะพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติขึ้นในภายหลัง จึงไม่อาจมีมาตรฐานเดียวกันได้ แต่หลังจากมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้นแล้วควรบัญญัติระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ให้ชัดเจนให้สอดคล้องกับระยะเวลาอุทธรณ์แบบบังคับทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม หากกำหนดระยะเวลายื่นอุทธรณ์ภายใน 15 วัน การพิจารณาอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจอุทธรณ์ควรกำหนดให้สั้นลงด้วย เพื่อให้เกิดสมดุลเพราะฝ่ายปกครองทราบข้อเท็จจริงและเหตุผลในการทำคำสั่งทางปกครองนั้นคืออยู่แล้ว

ประเด็นความเสมอภาคของผลของคำสั่งทางปกครองในข้อเท็จจริงเดียวกัน และข้อกฎหมายเดียวกัน ควรมีการทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายเดียวกัน อาจเกิดจากภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเอง หรือจากองค์กรภายนอกก็ได้ หากไม่มีปัญหาและอุปสรรคต่อการบริหารแผ่นดินมานักจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับใช้ได้ใช้มาตรการทางปกครองที่ได้บังคับไปแล้ว อันเป็นการพัฒนาการตรวจสอบอย่างหนึ่ง ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย ประเด็นหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติในการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง เนื่องจากหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติดังกล่าวมีจำนวนมาก คงต้องควบคุมตรวจสอบเฉพาะหนังสือเวียนแนวทางปฏิบัติที่ใช้เป็นข้ออ้างในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง และมีลักษณะชัดเจนว่าเป็นกฎหมายเท่านั้น แต่กรณี ฝ่ายปกครองเห็นว่า เป็นเรื่องสำคัญที่ต้องควบคุมตรวจสอบ ก็ควรใช้อำนาจนายกรัฐมนตรีสั่งตามช่องทางมาตรา 11 (6) ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าว หากหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือถูกโดยสภาพ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองออกหนังสือเวียน

และแนวทางปฏิบัติตัดอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ควรถือว่า เป็นการกระทำอื่นใดหากมีผลกระทบต่อบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองนั้น และเป็นการคุ้มครองตัวเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมิให้ต้องรับโทษทางวินัย ในการฝ่าฝืนหนังสือแนบ และเป็นแนวทางปฏิบัติราชการให้ผู้บังคับบัญชาในการออกหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติในครั้งต่อไปด้วย ส่วนประเด็นการจัดตั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด เห็นว่า เป็นแนวทางที่ดีทำให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกในการขอคำแนะนำ ปรีกษา สามารถกระทำได้โดยรวดเร็ว อีกทั้งคณะกรรมการดังกล่าวสามารถใช้อำนาจริเริ่มสอดส่อง ตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายปกครองในพื้นที่ได้ทันที คิดว่า น่าจะลดปัญหาโต้แย้งของประชาชนได้ระดับหนึ่ง แต่องค์ประกอบของคณะกรรมการไม่ควรมีข้าราชการ เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งมีงานประจำมากอยู่แล้ว ควรสรรหาบุคคลที่มีความรู้ความสามารถจริง ๆ และควรให้มีตัวแทนของหน่วยงานต่าง ๆ ในพื้นที่มาสลับเปลี่ยนหมุนเวียนหรือช่วยเหลือฝ่ายเลขานุการด้วย อันจะช่วยประสานงานต่าง ๆ ได้รวดเร็วยิ่งขึ้น และเรียนรู้งานเพื่อนำไปปฏิบัติในองค์กรตนเองให้ถูกต้องในภายหลัง เพราะปัญหาการฟ้องคดีขณะนี้ที่ให้น้ำหนักายอัยการแก่ต่างให้ ก็เพราะความไม่มีความรู้เชี่ยวชาญในกฎหมายปกครองดีพอ มากกว่า ความไม่ชอบในการทำคำสั่งทางปกครองด้วยการทุจริต

นางสุพินดา เกิดมาลี ตำแหน่ง ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลท่าไม้ อำเภอกะทู้มแบบน จังหวัด สมุทรสาคร ให้ข้อมูลและความเห็นจากการสัมภาษณ์ว่า ในฐานะที่ปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนท้องถิ่น และบางกรณีได้รับมอบอำนาจจากนายกองค์การบริหารส่วนตำบลให้ทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีปัญหาในการทำคำสั่งทางปกครองค่อนข้างมาก ทั้งปัญหาในการออกคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร ปัญหาการรื้อถอนอาคาร ปัญหาการบริหารงานบุคคล ปัญหาด้านสาธารณสุขในการระงับเหตุความเดือดร้อนรำคาญต่าง ๆ ไม่ว่าจะ เสียง กลิ่น หรือมลพิษจากสิ่งแวดล้อม เช่น การโรงงานอุตสาหกรรมต่าง ๆ เป็นต้น ส่วนในการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจในชั้นผู้พิจารณาอุทธรณ์ในชั้นแรก จะไม่เคยกลับคำสั่งทางปกครองเดิม เพราะหากเห็นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งไปอาจจะต้องถูกฟ้องเป็นจำเลยได้ ไม่ว่าทั้งทางละเมิด ทางอาญา อีกประการหนึ่ง เป็นการยืนยันว่าคำสั่งทางปกครองเดิมที่ตนเคยออกคำสั่งนั้นไม่ชอบ อันเป็นการลดความน่าเชื่อถือของหน่วยงาน เพราะในการปฏิบัติหน้าที่ต้องได้รับความไว้วางใจจากประชาชนด้วยเสมอ อีกประการหนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ไม่แจ้งการใช้สิทธิอุทธรณ์หรือแจ้งใช้สิทธิแต่ไม่แจ้งระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นประชาชนย่อมไม่ทราบว่าจะระยะเวลาอุทธรณ์ขยายไปหนึ่งไป ควรจะต้องตัดขั้นตอนการอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิมออก และเห็นว่า ไม่ควรจะบังคับให้ต้องมีการอุทธรณ์ด้วยซ้ำ เพราะไม่เชื่อมั่นตัวผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ว่าจะพิจารณาอุทธรณ์ที่เป็นกลาง เพราะอยู่ภายใต้อิทธิพลของ

ผู้ได้บังคับบัญชาหรืออิทธิพลอื่น ๆ หรือมีอคติส่วนตัว หรือมีธงคำตอบอยู่แล้วว่าจะวินิจฉัยอย่างไร หากจะมีการอุทธรณ์ก็ควรใช้ระบบการอุทธรณ์ที่อยู่ในรูปของคณะกรรมการจะดีกว่า เพราะการมีระบบอุทธรณ์เพื่อต้องการทบทวนให้เกิดความรอบคอบ เป็นกลาง ไม่ตกอยู่ใต้อิทธิพลของผู้ใด และไม่อาจจะมียุติพลต่อคณะกรรมการ ได้หมดทุกคน หรือมีการใช้ระบบการไกล่เกลี่ย เพราะเคยไกล่เกลี่ยสำเร็จมาแล้วในเรื่องการควบคุมก่อสร้างอาคาร โดยไม่มีการอุทธรณ์และฟ้องศาล ยังรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างหน่วยงานราชการกับประชาชนอีกด้วย

ส่วนการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างระยะเวลาการอุทธรณ์นั้น เห็นด้วยเป็นอย่างยิ่ง เพราะหากมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นในภายหลังก็ไม่อาจเยียวยาได้ หรือถึงเยียวยาได้ก็ไม่มีประโยชน์ เช่น เรื่องการสั่งปลดออก หรือไล่ออกจากราชการที่มีความผิดทางวินัย หรือแม้กระทั่งการสั่งให้ผู้บริหารส่วนท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง หากจะมีการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งจริง ๆ ควรเป็นเรื่องเร่งด่วน ร้ายแรงเท่านั้น และให้บุคคลที่มีอำนาจสั่งทูลเกล้าฯ บังคับต้องเป็นบุคคลอื่น หรือคณะกรรมการ และไม่ใช้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม

ส่วนระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ ปัจจุบันมีความแตกต่างระหว่างกฎหมายหลายฉบับ ที่ถูกต้องควรเป็นมาตรฐานเดียวกัน เจ้าหน้าที่ในภาคปฏิบัติเกิดความสับสน ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ควรจะเป็น คือ 30 - 60 วัน เพราะบางครั้งผู้อุทธรณ์ต้องไปปรึกษาทนายความ หรือให้บุคคลอื่นเขียนอุทธรณ์ให้ เพราะกฎหมายบังคับต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องใช้เวลาเตรียมเอกสาร หรือขอเอกสารจากหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเพื่อสนับสนุนคำอุทธรณ์สำหรับ ผลของคำสั่งทางปกครองที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน มีข้อกฎหมายเดียวกัน ควรต้องเกิดผลของคำสั่งเป็นอย่างเดียวกัน ไม่ว่าจะมีการทำคำสั่งทางปกครองนั้น จะเกิดขึ้นในพื้นที่ใด หรือใครเป็นผู้ออกคำสั่ง เพื่อให้เกิดความเสมอภาค ส่วนจะให้หน่วยงานอื่น หรือบุคคลอื่นเป็นผู้ตรวจสอบต่อไปนั้น เห็นว่า จะต้องต้องมีแต่ต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้จริง ๆ ในเรื่องนั้น เพราะในการที่ไม่มีผู้ใดยื่นอุทธรณ์บุคคลนั้น อาจตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจบังคับบัญชาของตนก็ได้ และหากมีการยื่นอุทธรณ์ย่อมมีปัญหาในการปฏิบัติงานต่อไปในอนาคต แม้เป็นปัญหาเรื่องการปฏิบัติก็ต้องมีการตรวจสอบด้วย เพื่อเป็นมาตรฐานในการออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะเดียวกันต่อไปด้วย เช่น คำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ส่วนเรื่องการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ มีปัญหามากในราชการส่วนท้องถิ่น เช่น บางกรณีปฏิบัติไม่ได้แต่ก็ต้องปฏิบัติ เพราะผู้ออกหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติคือ ผู้กำกับดูแล ไม่ว่าจะ จังหวัด กรมส่งเสริมปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ กระทรวงมหาดไทย หากฝ่าฝืน จะมีผลต่อการปฏิบัติงานทันที เช่น ไม่พิจารณาโครงการที่เสนอไปบ้าง ดัดงบประมาณบ้าง หรือใช้วิธีการตรวจสอบในฐานะผู้กำกับดูแลบ้าง และบางกรณีเรื่องเดียวกัน แต่กำหนดให้ปฏิบัติ

ไม่เหมือนกัน เช่น การสั่งให้จัดซื้อจัดจ้าง หรือเรื่องอื่น เช่น ข้อสั่งการเกี่ยวกับไวรัสโควิด การปลูกหญ้าแฝก การให้สั่งจ้างแรงงาน เป็นต้น ซึ่งไม่ทราบว่า หนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ นั้นถูกต้องหรือไม่ บางกรณีเมื่อทำตามแนวทางปฏิบัติไปแล้วแต่ถูกฟ้อง แต่ผู้ออกหนังสือเวียน หรือผู้กำหนดแนวทางปฏิบัติ ไม่ได้ถูกฟ้องด้วย เช่น คำสั่งให้เบิกจ่ายเงินต่าง ๆ ยิงในการปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ไม่ทราบว่า เรื่องนั้นมีมติเมื่อใด หรือมีการยกเลิกเมื่อใด ซึ่งควรจะมีการควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ส่วนการตรวจสอบหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติ นั้น คนไม่ทราบว่าศาลปกครองใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบอย่างไร แต่จะตรวจสอบเฉพาะตัวคำสั่งทางปกครอง หรือหนังสือเวียน และแนวทางปฏิบัติที่มีลักษณะออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย แต่หากมีเงื่อนไขอื่น ๆ ที่เป็นช่องทางให้ศาลปกครองตรวจสอบได้จะเป็นการดี อันจะช่วยเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินได้ด้วย

ประเด็น การมีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองระดับจังหวัด ควรจะจัดตั้งมาพร้อมกับการเกิดขึ้นของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ในการช่วยเหลือให้คำแนะนำ ราชการในจังหวัด โดยเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากมีคณะกรรมการดังกล่าวมาแต่ต้น คงจะไม่มี การฟ้องคดีต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากตามที่เห็นในปัจจุบัน ส่วนโครงสร้างของคณะกรรมการต้องไม่มีโครงสร้างเกี่ยวข้องกับส่วนต่าง ๆ ในพื้นที่ ไม่ควรมี ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ หรือนักการเมือง หากจะมีต้องเป็นองค์กรอื่น ๆ ที่อยู่นอกสายการบังคับบัญชา เช่น อัยการ ข้าราชการตุลาการต่าง ๆ ส่วนฝ่ายเลขานุการควรมีข้าราชการในจังหวัดเข้าไปทำหน้าที่ประสานงาน และเรียนรู้การทำงานไปด้วย โครงสร้างควรมี 10 - 15 คน วาระการดำรงตำแหน่ง ควรมีวาระคราวละ 2 - 4 ปี หากให้มีวาระการดำรงตำแหน่งนานเกินไปจะสร้างเครือข่ายและมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่อีกเช่นกัน ส่วนอำนาจหน้าที่นั้นต้องมีอำนาจสอดส่อง ช่วยเหลือ แนะนำฝ่ายปกครองเกี่ยวกับกฎหมายปกครองให้มีผลปฏิบัติจริง ๆ ลดเงื่อนไขต่าง ๆ ในการเข้าถึงกรรมการชุดนี้

ส่วนข้อเสนอแนะเพิ่มเติม การกำหนดอำนาจกำกับดูแล ควรจะอยู่ในรูปคณะกรรมการและกระทำในรูปคณะกรรมการ โดยมีผู้แทนภาคประชาชนด้วย ไม่ควรเป็นบุคคลดำรงตำแหน่งเดียว อย่างเช่นในปัจจุบัน หากมีบุคคลที่ดำรงตำแหน่งก็ควรอยู่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการ

ภาคผนวก ข.

หลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับการควบคุม
ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองตามระบบกฎหมายไทย นอกจากจะมีปรัชญา แนวคิด หลักการต่าง ๆ อันเป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายมหาชนแล้ว ยังมีหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องด้วย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาลปกครอง ใช้เป็นเครื่องมือปฏิบัติงานในการตีความและวินิจฉัยปัญหาทางปกครอง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ระบบการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติหลักการในภาพรวมไว้ อันแสดงให้เห็นเนื้อหาในลักษณะดังกล่าวไว้หลายมาตรา เช่น “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” (มาตรา 3) แม้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ไม่ได้บัญญัติคำว่า “นิติรัฐ” ไว้โดยตรง มีเพียงคำว่า “หลักนิติธรรม” เท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาที่มีองค์ประกอบของหลักนิติรัฐอยู่ในตัวเอง ไม่ว่าจะเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักการใช้อำนาจและการจำกัดการใช้ อำนาจ หลักการคานและถ่วงดุลในการแบ่งแยกอำนาจ เป็นต้น ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีการนำเอาหลักการของนิติรัฐตามที่กล่าวข้างต้นมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญไว้หลายกรณี เช่น สถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดที่บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัติ นั้นใช้บังคับไม่ได้” (มาตรา 5) และมีการกำหนดหลักประกันแก่ประชาชนในการใช้สิทธิ โดยบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมีคำวินิจฉัยว่า การกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 213) มีการกำหนดให้รัฐพึงพัฒนาระบบบริหารราชการแผ่นดินทั้งราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และงานของรัฐ อย่างอื่น ให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน และการจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน (มาตรา 76) และที่สำคัญมีหลักประกันการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ โดยกำหนดให้รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามและ บังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ตลอดจนให้ประชาชนสามารถฟ้องหน่วยงานของรัฐต่อศาลปกครอง ให้ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำ ละเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐทุกระดับ เมื่อก่อให้เกิดความเสียหาย รวมถึงให้หลักประกันในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วย (มาตรา 53) อัน

เป็นหัวใจของระบบการควบคุมตรวจสอบ ส่วนหลักประกันและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักการทั่วไป ในการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญมีหลายเรื่อง เช่น สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในเคหสถาน การเดินทาง การเลือกถิ่นที่อยู่ การสื่อสาร (มาตรา 28, 32, 33, 38) สิทธิและเสรีภาพในการแสดงออก ในการแสดงความคิดเห็นและความเห็น เช่น ในการนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนา สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นมูลฐาน เสรีภาพในทางวิชาการ การวิจัย การเรียนการสอน เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและสื่อความหมายต่าง ๆ (มาตรา 31, 34, 35, 36) สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ เช่น สิทธิในการถือครองทรัพย์สิน สิทธิในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพโดยเสรีและเป็นธรรม สิทธิจะได้รับการบริการทางสาธารณสุขจากรัฐ สิทธิของผู้ยากไร้ ด้อยโอกาสในการได้รับการดูแลจากรัฐ สิทธิในการรวมกลุ่ม (มาตรา 37, 40, 47) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน เช่น สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิและเสรีภาพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเสมอภาค (มาตรา 27, 29) สิทธิที่จะตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น สิทธิในการได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของรัฐ รัฐวิสาหกิจ สิทธิในอันที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาจจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน (มาตรา 41) เป็นต้น

จากที่กล่าวทั้งหมดข้างต้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรอง คุ้มครองบุคคลตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมไว้แล้ว ปัญหาจึงอยู่เพียงแต่จะนำหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม มาใช้ให้ได้ผลจริงเป็นรูปธรรมได้หรือไม่ เพียงใด ขึ้นกับองค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจนั้นนำมาปฏิบัติแต่ด้วยข้อจำกัดที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดเนื้อหาให้ครอบคลุมได้ทุกเรื่อง รัฐธรรมนูญเพียงได้บัญญัติหลักการทั่วไปต่าง ๆ ไว้เท่านั้น ส่วนรายละเอียดและเงื่อนไข ในหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ คำว่า“เป็นไปตามกฎหมายบัญญัติ” หมายถึง ให้เป็นไปตามกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ที่บัญญัติในภายหลัง โดยอาศัยอำนาจตามหลักการของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ที่มีผลเป็นการทั่วไป กฎหมายดังกล่าวไม่ควรมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า หรือมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

สำหรับเกณฑ์ในการพิจารณาว่า กฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองด้วย โดยอาศัยเกณฑ์ดังต่อไปนี้ กล่าวคือ เกณฑ์การจัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ต้องมีผลเป็นการบังคับโดยทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดบุคคล

หนึ่งเป็นการเฉพาะเกณฑ์การทำคำสั่งทางปกครอง ต้องเป็นไปตามหลักความจำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ และต้องมีการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หมายความว่า กฎหมายลำดับรองฉบับใดจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องเป็นเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่ว ๆ ไป โดยให้เหตุผลในการจำกัดสิทธิและคำนึงถึงความเหมาะสมด้วย เมื่อมีการออกกฎหมายลำดับรองมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว จะต้องเคารพหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ไม่ว่าจะ หลักความเสมอภาค หลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน หลักว่าด้วยการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย เช่น กฎเกณฑ์ของกฎหมายต้องมีเนื้อหาที่แน่นอน กฎเกณฑ์ของกฎหมายมีความต่อเนื่อง รวมถึงการปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักนิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลบังคับย้อนหลัง หลักนิติกรรมทางปกครองต้องมีความชัดเจนแน่นอน หลักการบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก เกิดความเสมอภาค หลักการรับฟังบุคคลที่นิติฐานะอาจถูกกระทบกระเทือนก่อนออกมาตรการทางปกครอง หลักการฟังความสองฝ่าย หลักการมีส่วนร่วม หลักความเป็นกลาง หลักสุจริต เป็นต้น ซึ่งได้กล่าวโดยละเอียดแล้วในบทที่ 2

นอกจากเนื้อหาการประกันความเป็นธรรมทางปกครองตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นแล้ว รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติสอดคล้องตามหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หรืออาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครอง ให้มีผลเป็นรูปธรรมได้แท้จริงตามหลักการใหญ่ของรัฐธรรมนูญกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น อันเกี่ยวข้องกับการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการทำคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัตินี้ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 อันเป็นสิทธิในการได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูล ข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ
2. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ สิทธิในการมีส่วนร่วมและทราบข้อเท็จจริง ในกระบวนการพิจารณาของการออกคำสั่งทางปกครอง รวมถึงวิธีการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครอง
3. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นสิทธิในการฟ้องหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ต่อศาลปกครอง จากผลของการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลย หรือล่าช้าในการออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ และละเมิดในทางปกครอง

4. พระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นสิทธิในการได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย ที่เกิดจากผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5. พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับทราบและรับรองในการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ ตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือประชาชน เห็นว่า รัฐธรรมนูญวางหลักการทั่วไปในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจในทางปกครองโดยมีบทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีกลไกการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจด้านต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง รวมถึงการออกคำสั่งทางปกครองด้วย การให้สถาบันศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นธรรมได้อย่างหนึ่ง แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะมีผลเป็นรูปธรรมในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองหรือไม่อยู่ที่การกำหนดรายละเอียดให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมในกฎหมายลำดับรอง ที่ให้ฝ่ายปกครองนำไปปฏิบัติ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองโดยตรง นอกจากนี้ในรัฐธรรมนูญยังมีหลักการที่รับรอง คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ อันเป็นการควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปและเป็นหลักการทั่วไปด้วย เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักการฟังความสองฝ่าย หลักการมีส่วนร่วมหลักความเป็นกลาง หลักสุจริต ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดแล้วในงานวิจัยของบทที่ 2

กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ได้วางกรอบในการป้องกันและควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปอย่างมีเอกภาพ ด้วยการแบ่งแยกการใช้อำนาจและคานอำนาจถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ส่วนการกำหนดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อประชาชน รัฐธรรมนูญได้บัญญัติหน้าที่ของรัฐที่มีต่อประชาชนเช่นเดียวกับที่ประชาชนมีหน้าที่ต่อรัฐ การมีสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักทั่วไป การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น และมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้หลายกรณี ไม่ว่าสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวสิทธิการแสดงความคิดเห็น สิทธิการประกอบอาชีพ หากมีการใช้อำนาจเป็นการละเมิดสิ่งที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ ย่อมต้องถูกควบคุมตรวจสอบ ไม่ว่าจะถูกตรวจสอบจากภายในองค์กรนั้น หรือองค์กรอิสระ หรือองค์กรศาลอันนำไปสู่การเยียวยาความเสียหาย รวมทั้ง ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ ไม่ว่าจะการได้รับรู้มูลของทางราชการ การรับทราบขั้นตอนและระยะเวลาการทำงานของเจ้าหน้าที่การมีส่วนร่วมของประชาชนในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายลำดับรองที่เป็นหลักประกันความธรรมทางปกครองทั่วไป นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีอีกมีจำนวน 5 ฉบับตามที่ยกตัวอย่างข้างต้นแล้วจะขอกล่าวรายละเอียด ดังนี้

2. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น มักจะมีการใช้อำนาจเกินขอบเขตกฎหมายถึงขั้น กระทำตามอำเภอใจเสมอ ประชาชนจึงเกิดความไม่เชื่อมั่นไว้วางใจฝ่ายปกครองขึ้น ส่งผลต่อแนวคิดที่จะให้มีกระบวนการขั้นตอนทางกฎหมาย เพื่อตัดขอบเขตและควบคุมตรวจสอบ และป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจในทุกขั้นตอนของการพิจารณา เพื่อให้เกิดมาตรฐานและความแน่นอน อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เกิดความชอบธรรมอย่างแท้จริง ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่เช่นเดียวกัน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดความสำคัญในการควบคุมตรวจสอบก่อนการจัดทำคำสั่งทางปกครอง ตามขั้นตอนในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพราะบางครั้งการประกันสิทธิโดยศาลนั้น ศาลปกครองไม่สามารถก้าวล่วงเข้าไปควบคุมฝ่ายปกครองได้ทุกกรณี โดยเฉพาะความเหมาะสม และข้อพิพาทบางกรณีกว่าจะถึงศาลปกครอง ความเสียหายมักจะเกิดแก่ประชาชนแล้วเป็นส่วนใหญ่ และบางคดีคำพิพากษาของศาลปกครอง ก็ไม่สามารถขจัดความเสียหายให้หมดสิ้นไปหรืออาจจะล่าช้าเกินกว่าที่ศาลปกครองจะเยียวยาได้ ดังนั้น การประกันสิทธิในชั้นเจ้าหน้าที่ในขั้นตอนก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะขั้นตอนการพิจารณาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเหมาะสมให้สมบูรณ์ที่สุด ซึ่งจะเป็นการแบ่งเบาภาระศาลปกครอง ทำให้ศาลปกครองพิจารณาคดีได้สะดวก รวดเร็วยิ่งขึ้น โดยให้ความสำคัญในการบัญญัติเป็นกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้น อาจมีการเรียกชื่อแตกต่างกันบ้าง แต่ทั้งหมดเกิดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง และรวมถึงเป็นหลักประกัน ในการควบคุมตรวจสอบภายหลังเกิดคำสั่งทางปกครองขึ้นแล้วคือการอุทธรณ์ แต่ก่อนมีการนำคดีสู่ศาลปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาในการทำคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไป อันมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความโปร่งใส เป็นธรรม ในการวางมาตรฐานกลางของการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ไม่ว่าจะเจ้าหน้าที่ในรูปองค์กรเดี่ยวใช้อำนาจคนเดียว หรือองค์กรกลุ่มในรูปแบบคณะกรรมการต่าง ๆ ให้มีมาตรฐานเดียวกัน สามารถอ้างอิง ตรวจสอบและโต้แย้งได้ เป็นบรรทัดฐานการปฏิบัติงานซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ บังคับกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ทุกฉบับ และไม่ว่าจะมีบทบัญญัติกฎหมายรับรองอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างไร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และวิธีการในการทำคำสั่งทางปกครอง ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเสมอ เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะมีหลักประกันความเป็นธรรมและมีมาตรฐานการปฏิบัติราชการสูงกว่า โดยมีแนวคิดว่า ประชาชนเป็นผู้ทรงสิทธิ ใน

การป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เพื่อประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน และกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติราชการ

จากแนวความคิดของพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงเกิดประโยชน์หลายประการ เช่น เปลี่ยนฐานของประชาชนจากผู้อยู่ภายใต้ปกครองมาเป็นประธานแห่งสิทธิ หรือผู้ทรงสิทธิแทน ซึ่งเป็นการยืนยันหลักทั่วไปในกฎหมายมหาชนที่ว่า “ไม่มีกฎหมายให้อำนาจยอมทำไม่ได้” ทั้งเป็นมาตรฐานในการควบคุมตรวจสอบของผู้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นหน่วยงานภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง และเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการตรวจสอบของศาลปกครอง หรือองค์กรอื่นที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบด้วย

นอกจากนั้น กฎหมายฉบับนี้ยังมีผลต่อตัวเจ้าหน้าที่ ที่ต้องศึกษาทำความเข้าใจ และประยุกต์กับกฎหมายที่ตนใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ อันเป็นกฎหมายกลางเพื่อยืนยันหลักเกณฑ์และขั้นตอน สำหรับการดำเนินงานทางปกครองให้การดำเนินงานเป็นไปโดยถูกต้อง มีประสิทธิภาพ เนื่องจากประเทศไทยมีกฎหมายปกครองมากมายหลายร้อยฉบับ แต่ละฉบับก็บัญญัติถึงวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองน้อยบ้าง มากบ้างแตกต่างกันไป การบัญญัติให้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายกลางที่จะเข้าไปแทนที่กฎหมายปกครองต่าง ๆ ทั้งหมดเพื่อให้มีขั้นตอนเป็นเช่นเดียวกันทั้งหมด บทบัญญัติในมาตรา 3 เป็นเทคนิคในการบัญญัติกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่ความเป็นกฎหมายกลางยังมีจุดอ่อน ที่มีข้อยกเว้น ในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไปใช้บังคับมี 4 กรณี คือ

ก. กรณีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมไว้ไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมแก่คู่กรณี สองประการได้แก่ กรณีความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง และกรณีให้คู่กรณีในคำสั่งทางปกครองมีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เพื่อรักษาสีสิทธิของตนได้ก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครองจึงจะถือว่า กฎหมายเฉพาะนั้นมีหลักเกณฑ์ที่เท่ากับหรือสูงกว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงต้องยกเว้นไม่นำกฎหมายดังกล่าวมาใช้

ข. กรณีกฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติราชการ ที่กำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนที่แสดงถึงประสิทธิภาพการปฏิบัติงานที่สูงกว่า ที่เป็นอยู่ในกระบวนการปกติที่มีอยู่ในระบบราชการทั่วไป กรณีเป็นเรื่องคุณภาพและประสิทธิภาพในการดำเนินงานภาครัฐ เช่น รายการในคำสั่งทางปกครองกฎหมายบางฉบับมีการระบุแบบ และรายการ โดยเฉพาะ ดังนั้น นอกเหนือจากคำสั่งปกครองจะต้องมีสาระประกอบด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย ข้อพิจารณา และข้อสนับสนุน และเหตุผลแล้วมาตรา 37 ยังต้องปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะนั้นด้วย

ค. กรณีกฎหมายเฉพาะกำหนดขึ้นตอน และระยะเวลา หรือโต้แย้งไว้แตกต่างจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัตินี้จึงประสงค์ให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะที่กำหนดขึ้นตอน และระยะเวลา หรือโต้แย้งที่แตกต่างกันนั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีมาตรฐานที่สูงกว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้

ง. กรณีกฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองไว้ กรณีนี้เป็นผลเนื่องมาจากถือหลักว่า การใช้มาตรการบังคับทางปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะก่อน หากมาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะเกิดผลน้อยกว่า ก็ให้นำมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้ไปบังคับใช้ ทั้งนี้ให้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อยกเว้นที่เป็นจุดอ่อน มิให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับกับองค์กร และประเภทของการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อีก รวม 9 กรณี คือ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในทางงานนโยบายโดยตรง การพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์ การพิจารณาวินิจฉัยร้องทุกข์ และการสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศ การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหาร หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกันกับทหารในการป้องกัน และรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคาม ทั้งภายในและภายนอกประเทศ การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การดำเนินกิจกรรมขององค์กรทางศาสนาจากข้อยกเว้นดังกล่าว อาจมองได้ว่า ส่วนใหญ่องค์กร และเนื้อหาการปฏิบัติที่ไม่อาจนำวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ กับการปฏิบัติงานที่ไม่ใช่องค์กรฝ่ายปกครอง เช่น การดำเนินงานขององค์กรตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารในระดับผู้กำหนดนโยบาย หรือลักษณะงานเป็นเรื่องความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ เช่น การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหาร¹ แต่เป็นในการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรดังกล่าวข้างต้น กระทั่งต่อนิติสัมพันธ์ของบุคคลเป็นการเฉพาะเช่นกัน แม้ปัจจุบันจะเป็นข้อยกเว้นก็ตาม ในการบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าว ยังมีปัญหาความเสมอภาคในทางกฎหมายของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้เช่นกัน

เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติขึ้นตามแนวทาง เดียวกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทำให้กฎหมายทั้งสองฉบับมีหลักการและสาระสำคัญใกล้เคียงกัน ซึ่งบางหลักเหมือนกันกับหลักความ

¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. มาตรา 4

ยุติธรรมตามธรรมชาติของประเทศอังกฤษ และหลัก Due Process of Law ของอเมริกา หรือ หลักกฎหมายทั่วไปของสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งจะกล่าวรวม ๆ ตามหลักการของทั้งสามประเทศดังกล่าวในการประกันความเป็นในการทำคำสั่งทางปกครอง อาจสรุปได้ ดังนี้²

1. ก่อนเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองเรื่องใดจะต้องรวบรวมข้อมูล ข้อเท็จจริง และเอกสารต่าง ๆ ให้ครบถ้วนเสียก่อน เพื่อเป็นข้อมูลประกอบ อันเป็นขั้นตอนตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงให้ครบถ้วนสมบูรณ์³

2. แม้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะได้รวบรวมข้อมูลและตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างรอบคอบแล้วก็ตาม ถ้าจะวินิจฉัยในเรื่องใด ที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลใด เช่น จะมีคำสั่งไม่อนุมัติ ไม่อนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งให้ระงับการดำเนินการใด ๆ เป็นต้น เจ้าหน้าที่ต้องเปิดโอกาสให้บุคคลนั้นเข้ามาชี้แจง หรือแจ้งสิทธิต่าง ๆ รวมถึงการโต้แย้งคัดค้านเสียก่อน เช่น สิทธิในการมีทนายความและที่ปรึกษา สิทธิในการแต่งตั้งผู้กระทำการแทน สิทธิในการได้รับคำแนะนำและแจ้งสิทธิหน้าที่ในกระบวนการพิจารณา สิทธิในการได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่โดยทั่วถึงและรอบคอบ สิทธิในการได้รับแจ้งกรณีที่จะกระทบถึงสิทธิประโยชน์ของตน สิทธิในการได้ตรวจดูเอกสารของเจ้าหน้าที่ สิทธิในการมีโอกาสที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน สิทธิในการได้รับการพิจารณาโดยเร็ว สิทธิในการได้รับทราบเหตุผลของคำสั่ง เป็นต้น⁴ อันเป็นกระบวนการพิจารณาตั้งแต่เริ่มกระบวนการจนถึงการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งสิทธิดังกล่าวตรงกับมติของคณะกรรมการรัฐมนตรีของสภาแห่งยุโรปในสหภาพยุโรปหลายประการ เช่น สิทธิที่จะได้รับการพิจารณา สิทธิได้เข้าถึงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ สิทธิที่จะมีที่ปรึกษา สิทธิได้รู้เหตุผลของฝ่ายปกครองในการมีคำสั่งทางปกครอง สิทธิได้ทราบถึงแนวทางหรือวิธีการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อไป⁵ ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่รัฐจะสั่งเพิกถอนใบอนุญาตดำเนินการของโรงงาน จะต้องแจ้งให้เจ้าของทราบเสียก่อนเพื่อเปิดโอกาสให้เขาชี้แจงเหตุผล หรือแสดงหลักฐานโต้แย้งในเรื่องนั้น ถ้าบุคคลนั้นมีความประสงค์จะโต้แย้ง ก็มีสิทธิที่จะขอคู่มือเอกสารหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ใช้อ้างอิงในการจะมีคำสั่งเพื่อตรวจสอบความถูกต้อง

3. เมื่อได้ฟังคำชี้แจง หรือคำโต้แย้งคัดค้านจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิแล้ว เจ้าหน้าที่ก็มีสิทธิจะออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง คำสั่งทางปกครองใดที่กระทบสิทธิต่อบุคคล บุคคลนั้นอาจโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และเป็นหน้าที่ของผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่จะต้องแจ้ง

² ชาญชัย แสวงศักดิ์, การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), 54-56.

³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 29

⁴ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 23, 24, 25, 30, 37, 40

⁵ Jurgen Schwarze, European Administrative Law, rev edn, (Sweet & Maxwell, 2006), pp. 1885 -1186.

สิทธิให้อุทธรณ์โต้แย้งตามกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง⁶ ถ้าคู่กรณียังไม่พอใจผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ก็มีสิทธินำเรื่องไปฟ้องต่อศาลปกครองต่อไป

อย่างไรก็ตาม แม้คำสั่งทางปกครองได้ออกไปสู่ภายนอกแล้ว ไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใด แต่ก่อนจะนำคดีฟ้องต่อศาลปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ยังสามารถแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ซึ่งเป็นการริเริ่มจากตัวผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง เช่น การแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อย ในการพิมพ์ผิดพลาดที่ไม่ตรงกับเจตนาของการออกคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะ ชื่อ ตัวเลข วัน เดือน ปี เป็นต้น หรือการแก้ไขโดยการอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์ ทั้งอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น หรืออุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์⁷ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการแก้ไขเยียวยา โดยการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น⁸ หรือโดยการแก้ไขเยียวยาภายหลังสิ้นสุดระยะเวลาอุทธรณ์แล้ว โดยวิธีการขอให้พิจารณาใหม่¹⁰ แต่มีเงื่อนไขแตกต่างกัน เป็นต้น

เห็นว่า พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว มีหลักการประกันความธรรมทางปกครอง ในด้านกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนก่อนและหลังการออกคำสั่งทางปกครอง ใช้สำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง และไม่มีกฎหมายในเรื่องนั้นกำหนดกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ หรือมีการบัญญัติกระบวนการพิจารณาไว้โดยเฉพาะ แต่กฎหมายเฉพาะนั้น มีหลักเกณฑ์และมาตรฐานประกันความเป็นธรรมต่ำกว่า และพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นฐานในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรต่าง ๆ ด้วย ไม่ว่าจะองค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน หรือองค์กรภายนอก เช่น ศาลปกครอง ดังนั้นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นกฎหมายที่ประกันความธรรมทางปกครอง ที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในด้านวิธีปฏิบัติเท่านั้น หากเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามกระบวนการในพระราชบัญญัตินี้ ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไป ไม่มีปัญหาเรื่องความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งในด้านวิธีพิจารณา ส่วนจะมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายทางด้านสารบัญญัติหรือไม่ ต้องพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองอาศัยกฎหมายใด และเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งถูกต้องตามเนื้อหาสาระหรือไม่ ต้องพิจารณาจากกฎหมายนั้น ๆ ตามที่ได้กล่าวแล้วในหัวข้อความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองด้านเนื้อหา ในบทที่ 2 แต่อย่างไรก็ตาม

⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 40

⁷ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 43

⁸ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 44-48

⁹ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 49-53

¹⁰ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มาตรา 54

พระราชบัญญัติฉบับนี้ แม้จะเป็นกฎหมายที่ประกันความเป็นธรรมทางปกครอง ทั้งในขั้นตอนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่และประกันสิทธิของประชาชนในการออกคำสั่งทางปกครองด้วยก็ตาม แต่ในสภาพความจริงการประกันความเป็นธรรมทางปกครอง ไม่อาจประกันสิทธิได้ทั้งหมด โดยเฉพาะการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ทั้งตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาตัดสิทธิการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง รวมถึงการประกันความเป็นธรรม ในเสมอภาคในผลของคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ใช้บังคับแต่เพียงเฉพาะการกระทำทางปกครอง เฉพาะการทำคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงการออกกฎ สัญญาทางปกครอง หรือปฏิบัติการทางปกครอง ดังนั้น หากฝ่ายปกครองมีการตรากฎ ทำสัญญาทางปกครอง หรือมีการปฏิบัติการทางปกครอง ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำข้างต้น ไม่อาจอ้างสิทธิใด ๆ ที่ประกันไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ ส่วนในตัวเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพียงพิจารณาว่า สิ่งที่ยื่นกำลังดำเนินการอยู่นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากเป็นคำสั่งทางปกครองก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เฉพาะขั้นตอน วิธีพิจารณาคำสั่งทางปกครอง ส่วนฝ่ายปกครองจะนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาใช้หรือไม่ และแค่ไหน เพียงใดก็ต้องพิจารณาว่า กฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนวิธีพิจารณาไว้หรือไม่ ซึ่งย่อมเป็นไปได้ตามนั้น ซึ่งถือว่าเป็นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเฉพาะเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจจะต้องปฏิบัติตามให้ครบถ้วน หากไม่มีการปฏิบัติหรือปฏิบัติไม่ครบถ้วน ย่อมส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของตัวคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งจะมีผลเป็นโมฆะหรือมีผลจนกว่าจะถูกเพิกถอนก็ขึ้นอยู่กับความบกพร่องในเรื่องนั้น ๆ หลักการสำคัญในการประกันความเป็นในการทำคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือการกำหนดขั้นตอนในการพิจารณา ตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นกระบวนการภายในของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามลำดับ เริ่มตั้งแต่การกำหนดตัวบุคคลผู้เป็นคู่กรณีกับเจ้าหน้าที่รัฐไม่ว่าผู้มีสิทธิยื่นคำขอ หรือผู้ที่จะถูกกระทบ หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองจากนั้นก็มาสู่ขั้นตอนกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่จะต้องใช้หลักการต่าง ๆ เช่น หลักการไต่สวนเพื่อรวบรวมข้อเท็จจริง การให้สิทธิโต้แย้งหลักความเป็นกลาง หลักการมีส่วนร่วม หลักการฟังความสองฝ่าย เป็นต้น สุดท้ายเป็นขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครอง โดยนำหลักการให้เหตุผลตามแบบที่ฝ่ายปกครองใช้ทำคำสั่งทางปกครองหลักการแจ้งให้ทราบถึงผลของคำสั่งทางปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองมีผลตามกฎหมายแล้ว ก็เข้ามาสู่กระบวนการบังคับทางปกครอง เช่น ขอบเขตการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และวิธีการบังคับ เพื่อให้เกิดผลตามคำสั่งทางปกครองนั้น ในขั้นตอนนี้อาจเกิดการทบทวนคำสั่งทางปกครองใน

ขณะเดียวกัน เจ้าหน้าที่อาจริเริ่มทบทวนด้วยตัวเอง หรือเกิดจากมีผู้ยื่นให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นเพื่อนำไปสู่ การแก้ไข เปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ในท้ายที่สุด หากไม่มีการยื่นคำขอให้เจ้าหน้าที่ทบทวนภายในระยะเวลาที่กำหนด การทบทวนจะกระทำได้ แต่โดยมีคำขอให้มีการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ ซึ่งคำขอจะมีเนื้อหาเคร่งครัดแตกต่างกันไปจาก การยื่นอุทธรณ์ แต่ในการทบทวนการอุทธรณ์หรือการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ ถือว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทำการพิจารณาเพื่อทำคำสั่งทางปกครองครั้งใหม่ ก็ต้องนำขั้นตอน วิธีการตามหลักการประกันความเป็นธรรมทางปกครองตามที่กล่าวข้างต้น มาใช้เพื่อทำคำสั่งทางปกครองครั้งใหม่ด้วยส่วนกรณีการกระทำอื่น ๆ หากเจ้าหน้าที่เห็นว่า เป็นการพิจารณาไม่ใช่เพื่อทำคำสั่งทางปกครอง ก็ไม่ต้องนำหลักการประกันความเป็นธรรมทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ

3. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้รัฐจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้าน ให้มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินไป รัฐพึงมีมาตรการคุ้มครองเจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรมให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยเคร่งครัด¹¹ โดยกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ เว้นแต่การวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ การจัดตั้งศาลปกครอง การพิจารณาคดีปกครอง และการดำเนินงานของศาลปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น¹² คำว่า “ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น” ย่อมหมายถึง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติมจนถึงปัจจุบันนั่นเอง

จากที่ได้กล่าวข้างต้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญได้วางหลักการใหญ่ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในการประกันความเป็นธรรมทางปกครอง อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองการดำเนินกิจการทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม หากเชื่อว่าศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองได้ทั้งหมด ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ในขอบเขตแค่ไหน เพียงใด ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 68

¹² รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มาตรา 197

ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในปัญหาข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน หรือเป็นข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ตามเงื่อนไขในการรับฟ้องคดี¹³ ซึ่งเงื่อนไขในการรับฟ้องคดีจากผลของคำสั่งทางปกครอง ต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถจำแนกได้หลายลักษณะ ดังนี้

(1) เป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผู้ไม่มีอำนาจ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่มีอำนาจนั้น ได้แก่ กรณีที่ผู้ที่กระทำการไม่มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือกรณีที่ผู้กระทำการมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย แต่ไม่ใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ¹⁴ เนื่องจากอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละตำแหน่งจะถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย กฎข้อบังคับที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งของตน ตามปกติผู้ดำรงตำแหน่งจะต้องใช้อำนาจนั้นด้วยตนเอง เว้นแต่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน จะกำหนดตัวผู้รับมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไป หากคำสั่งทางปกครองทำโดยไม่มี การมอบอำนาจหรือมอบอำนาจไม่ถูกต้อง ก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น นายทะเบียนอาวุธปืน ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน ได้แก่ นายทะเบียนในเขตท้องที่¹⁵ หรืออำนาจในการออกใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการเป็นของผู้บัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับในกรุงเทพมหานครและผู้ว่าราชการจังหวัดในจังหวัดอื่น ๆ¹⁶ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ในตำแหน่งอื่น ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในระดับตำแหน่งที่สูงกว่าหรือต่ำกว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าว จะไม่มีอำนาจออกใบอนุญาตให้มีอาวุธปืน หรือไม่มีอำนาจออกใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการได้ หากปรากฏกรณีทำนองนี้ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ

(2) เป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ เหตุในกรณีนี้ ความจริงแล้วอาจรวมเป็นเหตุเดียวกับเหตุประการแรกได้ เพราะต่างก็เป็นเรื่องของความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่นั่นเอง แต่เพื่อความชัดเจนมิให้ต้องตีความความหมายของความบกพร่องในเรื่องอำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ว่า จำกัดหรือขยายครอบคลุมถึงกรณีใดบ้าง กฎหมาย จึงกำหนดให้มีกรณีการกระทำ “นอกเหนืออำนาจหน้าที่” อีกกรณีหนึ่ง คำสั่งทางปกครอง

¹³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9

¹⁴ กาญจนา ลีวิโรจน์ และชาญชัย แสวงศักดิ์, ความเป็นมาของสำนักงานศาลปกครอง, วารสารวิชาการศาลปกครอง 1 (1), (มกราคม – เมษายน, 2544), 94.

¹⁵ พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 7

¹⁶ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 3

ที่ได้ออกนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หมายความว่า หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยถูกต้องตามกฎหมายอยู่แล้ว และมีอำนาจหน้าที่ที่จะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย เพียงแต่ได้กระทำการไปนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่¹⁷ กฎหมายมักจะระบุว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการอย่างไร และฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดังกล่าวภายในขอบเขตของกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับในเรื่องนั้น กล่าวคือ ไม่ละเมิดต่อขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด เช่น ให้มีอำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตสถานบริการได้ไม่เกินสามสิบวัน¹⁸ แต่ไปสั่งเกินตามที่กฎหมายกำหนด ก็เป็นการออกคำสั่งทางปกครองนอกเหนืออำนาจ และไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย นับว่าเป็นเหตุที่มีความหมายกว้างที่สุดความถูกต้องตามกฎหมาย จึงหมายถึงความถูกต้องในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น คำสั่งทางปกครองใดก็ตาม ที่เป็นเหตุให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบได้ ย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อความถูกต้องตามกฎหมายเป็นเหตุหนึ่งให้ศาลปกครอง สามารถใช้เกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง จึงต้องมีความหมาย หรือขอบเขตที่ชัดเจนระดับหนึ่ง และเมื่อเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่น ๆ ได้มีการบัญญัติไว้แล้ว ความหมายของเหตุในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย จึงควรจะหมายถึง กรณีต่าง ๆ ที่นอกเหนือจากที่มีการกำหนดไว้แล้วซึ่ง ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง สำคัญผิดในข้อกฎหมาย หรือการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายผิดพลาด เช่น กรณีที่ผู้บังคับบัญชา มีคำสั่งไม่เลื่อนเงินเดือนข้าราชการรายหนึ่ง โดยเห็นว่า ข้าราชการรายนั้นปฏิบัติงาน ไม่เกิดผลดีเท่าที่ควร มาทำงานสายและกลับก่อนเวลาที่ทางราชการกำหนด แต่ข้อเท็จจริงไม่ได้เป็นเช่นนั้น กรณีนี้ต้องถือว่า คำสั่งไม่เลื่อนเงินเดือน เป็นคำสั่งที่กระทำไปโดยมีข้อผิดพลาดในข้อเท็จจริง อันทำให้คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย¹⁹

(4) เป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งทางปกครองมีหลายรูปแบบอาจทำได้ด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร เว้นแต่กฎหมายระเบียบข้อบังคับจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การพิจารณาว่าแบบและขั้นตอนเป็นสาระสำคัญหรือไม่ พิจารณาจากว่า หากฝ่าฝืนกระบวนการหรือขั้นตอนนั้น ได้ส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจแก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งนั้น ถือว่าการฝ่าฝืนนั้นเป็นกระบวนการและขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ เป็นการกระทำ

¹⁷ กาญจนา ลีวิโรจน์ และชาญชัย แสวงศักดิ์, ความเป็นมาของสำนักงานศาลปกครอง, 95.

¹⁸ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21

¹⁹ รุติพร ลิ้มแหลมทอง, “เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง,” 150.

โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลมีอำนาจเพิกถอนได้ เช่น การสอบสวนดำเนินการทางวินัยไม่ให้เปิดโอกาสให้ผู้ถูกสอบสวนชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา แล้วมีคำสั่งลงโทษ หรือนายกเทศมนตรีออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร โดยไม่ให้โอกาสทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ หรือมีคำสั่งโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน หรือคำสั่งทางปกครองกฎหมายบังคับให้ต้องกระทำเป็นหนังสือ หรือกฎหมายบังคับให้การออกคำสั่งทางปกครอง จะต้องผ่านการพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือองค์กรใดก่อนเพื่อขอคำปรึกษาหารือ หรือขอความเห็น ดังนั้น หากได้มีการกระทำตามรูปแบบและดังกล่าวข้างต้น ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁰

(5) เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น การจะมีคำสั่งทางปกครองอย่างไรอย่างหนึ่ง โดยทั่วไปหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ จะต้องปฏิบัติตามวิธีการต่าง ๆ ซึ่งอาจมีรายละเอียดและลักษณะที่หลากหลายแตกต่างกันตามสภาพของงาน อย่างไรก็ดี เพื่อให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพและเกิดความรวดเร็ว บางครั้งฝ่ายปกครองจะต้องปรับวิธีการต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ด้วย โดยบางกรณีอาจใช้วิธีการหนึ่ง แต่ในบางกรณีอาจใช้วิธีการอีกอย่างหนึ่งหรือดัดแปลงไม่ใช้วิธีการดังกล่าวด้วยเหตุนี้ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ จึงมุ่งหมายเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นเท่านั้น โดยคำนึงถึงว่า วิธีการที่ฝ่ายปกครองอาจนำมาใช้มีอยู่มากมายหลากหลาย แต่เฉพาะกรณีวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่หากมีการไม่ปฏิบัติตามจะกระทบต่อความถูกต้องสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง²¹

(6) เป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยไม่สุจริต อย่างไรก็ตามจึงเรียกว่าเป็นการกระทำ “โดยไม่สุจริต” นั้น โดยหลักจะพิจารณาจากมูลเหตุของเจ้าหน้าที่ในการกระทำทางปกครองนั้น ๆ โดยทั่วไปการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่สุจริตจะเกิดขึ้นเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองมีความตั้งใจ ที่จะใช้อำนาจโดยมีความประสงค์ในใจ เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายอย่างอื่น อันนอกเหนือไปจากความมุ่งหมายอันตนรู้ หรือควรรู้ว่าไม่ได้เป็นความมุ่งหมายที่กฎหมายให้อำนาจแก่ตน หรือองค์กรฝ่ายปกครองมีความตั้งใจที่จะใช้อำนาจ โดยมีเหตุจงใจอันเป็นปรปักษ์ หรือ

²⁰ รายงานการอบรมหลักสูตรกฎหมายปกครอง เรื่อง “หลักปฏิบัติราชการเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล” วันที่ 15 – 16 กันยายน 2551 ณ โรงแรมเดอะทวิน ทาวเวอร์ ถนนรองเมือง เขตปทุมวัน โดย : มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

²¹ สำนักงานศาลปกครอง, ลักษณะคดีปกครอง, ที่มา http://admincourt.go.th/admincourt/site/02litigation.html?page=02litigation_902 สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2562

เกลียดชังต่อบุคคล ผู้ซึ่งจะได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองโดยตรง²² เป็นต้นว่า เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการไปโดยใช้เหตุผลส่วนตัว หรือโดยกลั่นแกล้ง หรือประสงคร้ายแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง เช่น การแต่งตั้งกรรมการสอบสวนทางวินัยข้าราชการเพราะ ข้าราชการผู้นั้นร้องเรียนตน ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต นั่นคือ เป็นการใช้อำนาจโดยมีวัตถุประสงค์นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นความไม่พอใจส่วนตัวที่ถูกผู้บังคับบัญชาโรงเรียน ทั้ง ๆ ที่การใช้สิทธิร้องเรียนตามกฎหมายเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่ง ตามกฎหมายที่รับรองสิทธิของข้าราชการในการร้องเรียนผู้บังคับบัญชาได้ หรือกรณีที่เป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต เช่น ราชการให้ข้าราชการที่มีสิทธิเบิกค่าเช่าบ้าน ใช้สิทธิเช่าซื้อ เพราะราชการไม่จัดที่พักให้ อันเป็นการช่วยเหลือข้าราชการให้มีบ้านเป็นของตนเอง ต่อมาหลังจากนั้นราชการจัดที่พักให้แล้ว แต่มีคำสั่งงดเบิกค่าเช่าบ้าน²³

(7) เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ เป็นเหตุที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²⁴ เช่น กรณีผู้ครอบครองที่ดินทั้งหมดที่ถูกเวนคืนมีสาระสำคัญเหมือนกันของการกำหนดค่าเสียหายทดแทนพิเศษสำหรับที่ดินที่ถูกเวนคืนจึงต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน การกำหนดหลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าทดแทน โดยแบ่งเป็นสองกลุ่มคือ กลุ่มที่หนึ่งที่รวมเรียกกร้อกับสมัชชาคนจน กับกลุ่มที่สองที่ไม่ได้รวมเรียกกร้อ โดยให้ค่าทดแทนแก่สองกลุ่มไม่เท่ากัน จึงขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ²⁵ ซึ่งได้อธิบายในหัวข้อ หลักกฎหมายทั่วไปตามหลักความเสมอภาคตามกฎหมายปกครองแล้วในบทที่ 2

(8) เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ มีความหมายว่า การจะมีคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หากจะมีขั้นตอนใดที่ต้องปฏิบัติตาม ก็ต้องเป็นขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ถ้าปรากฏว่า ฝ่ายปกครองได้ให้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่เป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองกำหนดหรือสร้างขึ้นเอง การกระทำทางปกครองเช่นนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เคยให้สิทธิเบิกเงินค่ารักษาพยาบาล ต่อมา ผู้มีสิทธิได้เปลี่ยนชื่อและได้ยื่นสำเนาบัตรประจำตัวประชาชน และสำเนาทะเบียนบ้านในชื่อใหม่ การที่เจ้าหน้าที่ให้ไปขอหนังสือรับรองจากสำนักงาน

²² S. A. de Smiths, *Judicial Review of Administration*, (New York: Sage, 1981), p. 335.

²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 35/2549

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27

²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 3/2551

เขตอีก จึงเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁶ หรือกรณี การที่เจ้าพนักงานที่ดินไม่รายงานข้อเท็จจริง เพื่อให้อธิบดีกรมที่ดินแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน แต่แจ้งให้ไปใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอแบ่งมรดก เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการสร้าง ขั้นตอนโดยไม่จำเป็น²⁷

(9) เป็นคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ความหมายของการ กระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร มีลักษณะใกล้เคียงกับการสร้างขั้นตอนโดยไม่ จำเป็น เพียงแต่เหตุในกรณีนี้จะพิจารณาในแง่ที่ว่า เป็นภาระที่เกิดกับประชาชน และเป็นภาระที่เกิน สมควรหรือไม่ ภาระในที่นี้อาจเป็นภาระทางด้านค่าใช้จ่าย หรือภาระที่ต้องกระทำการหรืองดเว้น กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง เช่น การที่ประธานครหลวงคิดค่าธรรมเนียมในการ คิดตั้งประปาใหม่ เพราะเจ้าของเดิมไม่จ่ายค่าน้ำประปา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็น หลักเกณฑ์ที่สร้างภาระให้กับประชาชน²⁸

(10) เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ในการใช้อำนาจของหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ หากกฎหมายกำหนดให้เลือกพิจารณาตัดสินใจได้ว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ หรือ เลือกพิจารณาตัดสินใจได้ว่าจะออกคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายให้ทางเลือก ไว้ กรณีเช่นนี้ ถือว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิจารณาเลือกกระทำการ หรือมักเรียกกันว่า “อำนาจดุลพินิจ” และโดยปกติย่อมเป็นเรื่องที่ศาลปกครองไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจโดยแท้ดังกล่าว เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายไว้วางใจให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ ที่ กฎหมายให้อำนาจ เป็นผู้เลือกตัดสินใจ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ไม่ก้าวทาบกรอบของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจต้องไม่ขัดต่อ วัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจต้องสอดคล้องกับหลักความ พอสมควรแก่เหตุ หากองค์กรฝ่ายปกครองกำหนดระเบียบ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นใช้บังคับ ในการใช้ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองย่อมต้องผูกพันตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้นด้วย เหล่านี้ศาลปกครอง ย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้²⁹ ซึ่งรายละเอียดการใช้ดุลพินิจได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 เช่น ประกาศผู้ที่ สอบคัดเลือกข้าราชการระดับ 2 และระดับ 3 เมื่อผู้มีอำนาจออกคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งตำแหน่ง

²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 372/2550

²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 69/2547

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 230/2553

²⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, 68.

ระดับ 2 แล้ว การใช้ดุลพินิจไม่ออกคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งในระดับ 3 จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากตำแหน่งระดับ 2 และระดับ 3 เป็นตำแหน่งคนละสายงานกัน³⁰ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ศาลปกครองเป็นองค์กรที่ประกันความยุติธรรมทางปกครองที่สำคัญและที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน เพราะเป็นองค์กรทำให้ข้อพิพาทจากผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยุติลง โดยวิธีการตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามขั้นตอนและกระบวนการ แบบ และเนื้อความที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมถึงตรวจสอบไปถึงเนื้อหาในขั้นตอนการใช้อำนาจว่า เป็นไปตามเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีอย่างรอบด้านหรือไม่ เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายหรือไม่ เป็นไปตามหลักการใช้ดุลพินิจหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีศาลปกครองที่จัดตั้งขึ้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ศาลปกครองก็ไม่สามารถตรวจสอบ และเป็นหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองกับประชาชนได้ทุกกรณี เพราะกฎหมายจำกัดขอบเขตอำนาจไว้ แม้หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยทั่วไป เช่น ถูกจำกัดอำนาจมิให้ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยศาลชำนาญพิเศษต่าง ๆ หรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการข้าราชการตุลาการ หรือคำสั่งทางปกครองในเรื่องวินัยทหาร เป็นต้น ดังนั้น ในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองของศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังมีช่องว่างที่บัญญัติจำกัดขอบเขตศาลปกครองดังกล่าว เพราะองค์กรที่กล่าวข้างต้น มีการใช้อำนาจทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง ควรให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกันอันเป็นการตรวจสอบถ่วงดุล ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจตามที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 อีกทั้งในการประกันความเป็นธรรมของศาลปกครองเฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นและนำคดีสู่การพิจารณาของศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งยังมีคำสั่งทางปกครองอีกจำนวนมากที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่มีการนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง การประกันความเป็นธรรมทางศาลจึงไม่ได้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้หมด จึงจำเป็นจะต้องมีการประกันความธรรมกรณีอื่น ๆ รวมด้วย ซึ่งจะได้อีกต่อไปในงานวิจัยฉบับนี้

กล่าวโดยสรุป พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น เป็นจุดเริ่มต้นการพัฒนาระบบศาลในประเทศไทย โดยมีความมุ่งหมายให้ศาลปกครองมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ดังเช่นประเทศที่มีศาลปกครองแยกออกศาลยุติธรรมสามารถพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชนอย่างเป็นระบบได้ เพราะศาลปกครองมีบทบาทเป็นผู้ค้นหาหลักกฎหมาย ในการสร้างบรรทัดฐานให้แก่สังคม ที่สำคัญย่อมให้เกิดการใช้อำนาจในทางปกครอง เกิดความเป็นธรรมของการปฏิบัติราชการของ

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 150/2556

เจ้าหน้าที่ อันเป็นการพัฒนาระบบการตรวจสอบฝ่ายปกครอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้เกิดความเป็นจริงอย่างรูปธรรม อีกทั้ง กระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง มีความแตกต่างกับระบบการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ในการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงได้เอง ย่อมเป็นการสร้างความยุติธรรมได้มากกว่า เพราะคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่า ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจรัฐ โดยให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดี ที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง ว่าเจ้าหน้าที่ที่อ้างว่าได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั้น ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ตามลักษณะคดีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

4. พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบกรรมการในกฎหมายเฉพาะเท่าที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ และระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน เพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ ไม่สร้างภาระให้ประชาชนเกินความจำเป็น และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ และพึงกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะความผิดที่ร้ายแรง³¹ จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้มีการตราพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558³² รองรับและสอดคล้องไว้ก่อนแล้วที่จะมีรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ในฐานะเป็นกฎหมายกลาง ถือเป็นประกันความเป็นธรรมของการทำคำสั่งทางปกครองเรื่องขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตต่าง ๆ และมีการจัดตั้งศูนย์บริการร่วมเพื่อรับคำร้องและรับคำขออนุญาตเพียงจุดเดียว เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการประกอบกิจการของประชาชน ในการขออนุญาต เพราะมีการดำเนินการหลายขั้นตอน เป็นอุปสรรคต่อประชาชน เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตมีเป็นจำนวนมาก การอนุญาตบางเรื่องมีกฎหมายหลายฉบับมีความเชื่อมโยงเกี่ยวเนื่องกัน การประกอบกิจการของประชาชนภาคเอกชน และประชาชนต่าง ๆ ต้องขออนุญาตในการดำเนินการจากส่วนราชการหลายแห่ง นอกจากนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตบางฉบับไม่ได้มีการกำหนดระยะเวลา กำหนดรายละเอียดของเอกสาร และหลักฐานที่จำเป็นที่ต้องใช้ยื่นเพื่อประกอบการพิจารณา รวมถึงไม่ได้มีการกำหนดขั้นตอนในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน จนทำให้เป็นการสร้างภาระ และอุปสรรคต่อประชาชน ใน

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 และมาตรา 258

³² หลักการและเหตุผลของพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558

การยื่นคำขออนุญาตเพื่อดำเนินการต่าง ๆ เกินสมควร เช่น การขออนุญาตประกอบกิจการด้านการค้า ด้านอุตสาหกรรม ด้านการท่องเที่ยวและการโรงแรม ซึ่งส่งผลกระทบต่อเพิ่มเติมความสามารถในการประกอบธุรกิจ และทำให้ประเทศไทยเสียโอกาสทางการค้าและการแข่งขันกับประเทศต่าง ๆ ในอันจะเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ช่วยลดภาระด้านเวลา ลดต้นทุน และค่าใช้จ่ายแก่ประชาชน สามารถเพิ่มขีดความสามารถด้านการแข่งขันในทางธุรกิจได้อีกส่วนหนึ่งตามหลักของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2556³³ หลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองตามกฎหมายฉบับนี้ มีสาระสำคัญในการกำหนดให้ผู้อนุญาตตามกฎหมาย จัดทำคู่มือสำหรับประชาชนของการอนุญาตทุกประเภท เพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนได้ทราบ และเข้าใจถึงรายละเอียดของเอกสารและหลักฐาน ที่จำเป็นต้องใช้ยื่น รวมทั้งกำหนดขั้นตอน และระยะเวลาในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน บุคคลสามารถยื่นคำขออนุญาตตามคู่มือสำหรับประชาชนในเรื่องนั้น ๆ³⁴ เฉพาะการให้บริการของหน่วยงานของรัฐกับประชาชน แต่ไม่ใช่กับการประสานงานบริการระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐ ได้แก่ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือกิจการอื่นใดของรัฐ ที่มีภารกิจเกี่ยวกับการพิจารณาการออกใบอนุญาต การอนุมัติ การจดทะเบียน การขึ้นทะเบียน การรับแจ้ง การให้ประทานบัตร และการใช้อาชญาบัตร ตามกฎหมายหรือกฎหมายของหน่วยงานของรัฐนั้น โดยผู้อนุญาตตามกฎหมายจะต้องดำเนินการจัดทำคู่มือสำหรับประชาชนทุกงานบริการ เช่น การขอมิบัตรครั้งแรก (กรณีอายุครบ 7 ขวบ) เอกสาร/หลักฐานที่ใช้ สำเนาทะเบียนบ้าน (ฉบับจริง) สูติบัตร หรือหลักฐานเอกสารอื่นที่ทางราชการออกให้อย่างใดอย่างหนึ่ง (ฉบับจริง) กรณีไม่มีหลักฐานดังกล่าวข้างต้นให้นำเจ้าบ้านหรือบุคคล เช่น บิดา มารดาหรือบุคคลที่นำเชื้อถือมา 1 คน ระยะเวลาการดำเนินการ 20 นาที³⁵ การซื้ออาวุธปืนสำหรับผู้ซื้อเป็นข้าราชการบำนาญ หรือประชาชนทั่วไป เอกสาร/หลักฐานที่ใช้ สำเนาทะเบียนบ้านและ สำเนาบัตรข้าราชการบำนาญ หนังสือรับรองความประพฤติ โดยผู้รับรองต้องเป็นข้าราชการตั้งแต่ระดับชำนาญการขึ้นไปหลักฐานประกอบอาชีพ เช่น ใบทะเบียนพาณิชย์ หนังสือรับรองตำแหน่งหน้าที่เงินเดือน หากทำ

³³ กระทรวงมหาดไทย, กรมการปกครอง, สำนักสอบสวนและนิติการ, “พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ,” (เอกสารประกอบการสัมมนา, โรงแรมบางกอกพาเลซ กรุงเทพมหานคร, 20 - 21 สิงหาคม 2558), 1-130.

³⁴ พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 มาตรา 7

³⁵ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือบริการประชาชน: กรณีการขอมิบัตรครั้งแรก (กรณี อายุครบ 7 ขวบ) สืบค้นเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2562, จาก

https://www.dopa.go.th/public_service/service_guide47/view48.

นา ทำสวน ทำไร่ ค้าขายหรือเร่ขายของหรือหับเหมาต่าง ๆ โดยไม่ได้จดทะเบียนพาณิชย์ให้ใช้
ถ่ายภาพกิจการนั้น ๆ สำเนาบัตรสมาชิกกีฬาอิงปืน ซึ่งเป็นสมาชิกมาแล้วไม่น้อยกว่า 610 วัน และ
หนังสือรับรองจากสนามกีฬาอิงปืน (เฉพาะกรณีที่ต้องซื้ออาวุธปืนเพื่อการศึกษา หรือซื้ออาวุธปืน
ชนิดเดี่ยวไรเฟิลทุกขนาด และอาวุธปืนทุกชนิดที่มีขนาด .410,.44,.45,.357) สำเนาหลักทรัพย์ เช่น
สำเนาโฉนดที่ดิน รายการเงินฝาก สำเนาสมุดบัญชีธนาคาร หรือหลักฐานอื่น ๆ สำเนาใบ ป 4 ทุกใบ
ที่อยู่ในความครอบครอง (ถ้ามี) ระยะเวลาการดำเนินการ 30 วัน³⁶ การขออนุญาตการเล่นแถมพก
หรือเล็งงา ระยะเวลาการดำเนินการ 90 วัน³⁷ การขออนุญาตประกอบกิจการโรงแรม (การขอ
ใหม่/ต่อ/โอน) เอกสาร/หลักฐานที่ใช้สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน สำเนาทะเบียนบ้าน หนังสือ
มอบอำนาจติดอากรแสตมป์และสำเนาบัตรประจำตัวประชาชนผู้รับมอบอำนาจ แบบแปลน
แผนผัง รายการประกอบที่วิศวกรและสถาปนิก ผู้ได้รับอนุญาตตามกฎหมายลงชื่อรับรอง สำเนา
เอกสารสิทธิ์ในที่ดินหรือหนังสือแสดงสิทธิ์ในการใช้ที่ดิน กรณีโรงแรมที่ตั้งอยู่ในเขตการบังคับใช้
พ.ร.บ.ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ให้ยื่นสำเนาใบอนุญาต หรือมีใบรับรองการตรวจสภาพอาคาร
กรณีโรงแรมตั้งอยู่ในท้องที่ที่ไม่มีกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารใช้บังคับ ต้องได้รับใบรับรอง
การตรวจสภาพอาคารว่ามีความมั่นคงแข็งแรงปลอดภัย แผนที่ตั้งโรงแรมโดยสังเขป ภาพถ่ายอาคาร
(กรณีขอตัดแปลงหรือเปลี่ยนแปลงการใช้อาคาร) รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม
(Environmental Impact Assessment : E. I. A.) หรือรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมเบื้องต้น (Initial
Environmental Examination : I. E. E.) ไม่มีการกำหนดเวลาดำเนินการ³⁸ การขอใบรับรองการ
ก่อสร้าง คัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กฎกระทรวง
ข้อบัญญัติท้องถิ่น และประกาศกระทรวงมหาดไทยที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ
ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ระยะเวลาที่ดำเนินการ 15 วัน³⁹ ยกเว้นแต่เรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภา

³⁶ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือบริการประชาชน: กรณีการซื้ออาวุธปืนสำหรับผู้ซื้อเป็น
ข้าราชการบำนาญ หรือประชาชนทั่วไป สืบค้นเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2562, จาก
https://www.dopa.go.th/public_service/service_guide74/view76.

³⁷ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือบริการประชาชน: กรณีการขออนุญาตการเล่นแถมพก
หรือเล็งงาการขอมีบัตรครั้งแรก สืบค้นเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2562, จาก
https://www.dopa.go.th/public_service/service_guide186/view195.

³⁸ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือบริการประชาชน: กรณีการขออนุญาตประกอบกิจการ
โรงแรม (การขอใหม่/ต่อ/โอน) สืบค้นเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2562, จาก
https://www.dopa.go.th/public_service/service_guide130/view133.

³⁹ องค์การบริหารส่วนตำบลกลาย อำเภอท่าศาลา จังหวัดนครศรีธรรมราช, คู่มือประชาชน : การขอ
ใบรับรอง

และคณะรัฐมนตรีการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาการอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมการอนุญาตที่เกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารด้านยุทธการ รวมทั้งกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมยุทธภัณฑ์ และกฎหมายว่าด้วยโรงงานผลิตอาวุธของเอกชนและการดำเนินกิจการใดหรือกับหน่วยงานใดที่ได้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา⁴⁰ เป็นต้น คู่มือสำหรับประชาชน เป็นคู่มือในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำขออนุญาต และเป็นรายละเอียดที่ให้ประชาชนได้รับทราบ เกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอน รวมถึงระยะเวลาในการอนุญาตที่ปรากฏอยู่ในคู่มือสำหรับประชาชน โดยคู่มือสำหรับประชาชนดังกล่าวอย่างน้อยต้องประกอบด้วย หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข (ถ้ามี) ในการยื่นคำขอ ขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต และ รายการเอกสาร หรือหลักฐานที่ผู้ขออนุญาตจะต้องยื่นมาพร้อมกับคำขอ⁴¹ เมื่อประชาชนได้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการรับคำขออนุญาตแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าว ดำเนินการตรวจสอบคำขอ และรายการเอกสาร หรือหลักฐานที่ยื่นพร้อมคำขออนุญาต กรณีคำขอไม่ถูกต้องหรือยังขาดเอกสารหรือหลักฐานอื่นใด ตามที่ระบุในคู่มือสำหรับประชาชน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าว แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบทันที เพื่อให้ดำเนินการ ดังนี้ กรณีที่ผู้ยื่นคำขอสามารถแก้ไข หรือยื่นเอกสารหลักฐานเพิ่มเติมให้ครบถ้วนได้ในขณะนั้น ก็ให้ผู้ยื่นคำขอดำเนินการในทันที กรณีที่ผู้ยื่นคำขอไม่สามารถแก้ไข หรือยื่นเอกสารหลักฐานเพิ่มเติมให้ครบถ้วนได้ในขณะนั้น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการบันทึกความบกพร่อง และรายการเอกสาร หรือหลักฐานที่ต้องยื่นเพิ่มเติม และกำหนดระยะเวลาที่ผู้ยื่นคำขอ จะต้องดำเนินการแก้ไข หรือยื่นเพิ่มเติมไว้พร้อม ทั้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ และผู้ยื่นคำขอลงนามในบันทึกนั้น โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ จะต้องมอบสำเนาบันทึกดังกล่าว ให้ผู้ยื่นคำขอ เพื่อผู้ยื่นคำขอเก็บไว้เป็นหลักฐานกรณีคำขอถูกต้องและแนบเอกสารหรือหลักฐานครบถ้วน ตามที่ระบุไว้ในคู่มือสำหรับประชาชน หรือผู้ยื่นคำขอได้มีการแก้ไขเรียบร้อยแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและผู้อนุญาตดำเนินการตามคำขอให้แล้วเสร็จ ตามขั้นตอนและระยะเวลาที่ระบุไว้ในคู่มือสำหรับประชาชน โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ จะเรียกเอกสารหรือหลักฐานเพิ่มเติมอื่นมิได้ หรือจะปฏิเสธการพิจารณาคำขอ โดยเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของคำขอ หรือไม่ครบถ้วนของเอกสารหรือหลักฐาน

การก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคาร สืบค้นเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2562, จาก

https://www.klai.go.th/datacenter/detail.php?news_id=858.

⁴⁰ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 5

⁴¹ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 7

ไม่ได้⁴² กรณีผู้ยื่นคำขอไม่ขอแก้ไขเพิ่มเติมคำขอ หรือไม่ส่งเอกสารหลักฐานเพิ่มเติม ตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้แจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการคืนคำขอ พร้อมทั้งแจ้งเป็นหนังสือถึงเหตุแห่งการคืนคำขอให้ผู้ขออนุญาตทราบ ทั้งนี้ ผู้ยื่นคำขอมิสิทธิที่จะยื่นอุทธรณ์การแจ้งของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ แต่ในกรณีกฎหมายกำหนด ให้ต้องยื่นคำขอใดภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้ยื่นคำขอจะต้องยื่นคำขอนั้นใหม่ภายในระยะเวลาดังกล่าว⁴³ การกำกับดำเนินการของผู้อนุญาตเมื่อประชาชนผู้ยื่นคำขอที่มีความสมบูรณ์ ครบถ้วน ผู้อนุญาตจะต้องดำเนินการพิจารณาคำขอ ให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่คู่มือสำหรับประชาชนกำหนดไว้ และแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายใน 7 วัน นับแต่วันที่พิจารณาแล้วเสร็จ แต่หากผู้อนุญาตดำเนินการไม่แล้วเสร็จ ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือสำหรับประชาชนแล้ว ผู้อนุญาตจะต้องดำเนินการแจ้งให้ผู้ยื่นขออนุญาตทราบเป็นหนังสือถึงเหตุผลแห่งความล่าช้าทุก 7 วัน จนกว่าจะพิจารณาแล้วเสร็จ พร้อมทั้งให้ส่งสำเนาการแจ้งดังกล่าวให้คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการทราบทุกครั้ง ทั้งนี้ หากคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเห็นว่าความล่าช้านั้นเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกิดจากการขาดประสิทธิภาพในการปฏิบัติราชการของหน่วยงานของผู้อนุญาต ให้คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการรายงานต่อคณะรัฐมนตรี โดยมีข้อเสนอแนะให้มีการพัฒนา หรือปรับปรุงงาน หรือระบบการปฏิบัติราชการของหน่วยงานนั้นก็ได้⁴⁴ เมื่อประชาชนผู้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการรับคำขอ และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้ตรวจสอบคำขอว่า เป็นคำขอที่ครบถ้วนถูกต้องแล้ว แต่ปรากฏว่าในระหว่างการพิจารณาของพนักงานเจ้าหน้าที่พบว่า คำขออนุญาตนั้นไม่สมบูรณ์ หรือเอกสารประกอบคำขออนุญาตไม่ครบถ้วน โดยเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือทุจริตของพนักงานเจ้าหน้าที่ จนทำให้ผู้อนุญาตไม่อาจอนุญาตได้ ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งการตามที่เห็นสมควร และมีหน้าที่ในการดำเนินการทางวินัย หรือดำเนินคดีกับพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องโดยเร็ว หากผู้อนุญาตดำเนินการพิจารณาแล้วเสร็จ ตามคู่มือสำหรับประชาชนแล้ว ไม่แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายใน 7 วัน หรือหากผู้อนุญาตดำเนินการพิจารณาไม่แล้วเสร็จตามคู่มือ ให้ส่งสำเนาคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการทราบทุกครั้ง และให้ถือว่าผู้อนุญาตกระทำการ หรือละเว้นกระทำการเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เว้นแต่จะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย⁴⁵ ให้ส่วนราชการต่าง ๆ จัดตั้งศูนย์บริการร่วมขึ้น ภายในส่วนราชการนั้น ๆ โดยทำหน้าที่ให้บริการแก่ประชาชนเกี่ยวกับงานรับคำขอ และชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับการอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาต ที่มี

⁴² พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 8

⁴³ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 9

⁴⁴ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 8

⁴⁵ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 10

ความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กัน จากหลายส่วนราชการในสังกัดกระทรวงมาไว้ ณ สถานที่แห่งเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนสามารถดำเนินการได้หลายเรื่องพร้อมกันในคราวเดียว ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อสอบถาม การขอทราบข้อมูล การขออนุญาต หรือการขออนุมัติในเรื่องใด ๆ ที่เกี่ยวข้องแล้วแต่กรณี โดยติดต่อเจ้าหน้าที่ ณ ศูนย์บริการร่วมเพียงแห่งเดียว ทั้งนี้ การจัดตั้งศูนย์บริการร่วมด้วยดังกล่าว ต้องเป็นไปตามแนวทางที่คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการกำหนด⁴⁶ ในทุกระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ ให้ผู้อนุญาตมีหน้าที่ในการพิจารณากฎหมาย ที่ให้อำนาจในการอนุญาตว่าสมควรจะปรับปรุงกฎหมาย ยกเลิกการอนุญาต หรือจัดให้มีมาตรการอื่นแทนการอนุญาตหรือไม่ เว้นแต่มีความจำเป็นผู้อนุญาตจะดำเนินการดังกล่าว ในกำหนดระยะเวลาที่เร็วกว่านั้นก็ได้ ทั้งนี้ ให้ผู้อนุญาตเสนอผลการพิจารณาดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี และให้คณะรัฐมนตรีรับฟังความคิดเห็นของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายด้วย⁴⁷

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ มีการกำหนดขั้นตอนระยะเวลาการพิจารณาการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ คำว่า เจ้าหน้าที่ หมายถึงเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่ว่าจะเรียกว่า อนุญาต การอนุมัติ การจดทะเบียน การขึ้นทะเบียน การรับแจ้ง การให้ประทานบัตร และการใช้อาชญาบัตร ซึ่งก็คือความหมายตามบทนิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ทั้งสิ้น อันเป็นการประกันความเป็นธรรมทางปกครองด้านวิธีสบัญญัติ ในลักษณะเป็นกฎหมายกลางอย่างเดียวกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กล่าวคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทางรูปแบบ หรือวิธีสบัญญัติ แต่ไม่นำขั้นตอน ระยะเวลาการพิจารณาการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ มาใช้บังคับหากกฎหมายเฉพาะระบุขั้นตอนและระยะเวลาไว้ แต่ในพระราชบัญญัติดังกล่าว เจ้าหน้าที่จะต้องระบุขั้นตอน และระยะเวลาตามกฎหมายเฉพาะ เพื่อพิจารณาคำอนุญาตไว้ในคู่มือประชาชน หากมีการฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามคู่มือประชาชน มีการกำหนดโทษทางอาญากับเจ้าหน้าที่ไว้ด้วย อันมีลักษณะเป็นกฎหมายปกครองที่มีโทษทางอาญา ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเนื่องของการละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าในการออกคำสั่งทางปกครอง อันเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง ที่จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบในลำดับต่อมา อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นเรื่องใหม่ ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุญาตจัดทำคู่มือ เกี่ยวกับขั้นตอน และระยะเวลาการพิจารณาอนุญาตไว้ ซึ่งยกเว้นองค์กรที่ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ คล้ายกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และคงจะเป็นปัญหา

⁴⁶ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 14

⁴⁷ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 6

ทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่อยู่ไม่น้อยในระบบการบริหารราชการแผ่นดินปัจจุบัน เนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามคู่มือประชาชนนั้น มีผลเฉพาะตัวเจ้าหน้าที่จะถูกลงโทษเท่านั้น แต่ตัวเนื้อหาในคำขออนุญาตยังไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ เจ้าหน้าที่ที่ยังคงพิจารณาคำขออนุญาตหรือไม้อนุญาต ซึ่งกระทบต่อผู้ยื่นคำขอไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการความรวดเร็ว เช่นเดิม หากมีการกำหนดผลทางกฎหมายว่า เมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือประชาชนแล้ว ถ้าเจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ให้ถือว่า อนุญาตโดยปริยายย่อมเป็นการคุ้มครองประชาชนได้ดียิ่งขึ้น ปัญหาอีกประการหนึ่งคือ คู่มือประชาชนส่วนราชการระดับกรมเป็นผู้จัดทำ แต่สภาพความเป็นจริง ผู้ปฏิบัติงานการในพิจารณาอนุญาต ส่วนใหญ่เป็นเจ้าหน้าที่อยู่ในราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น ประกอบกับสภาพปัจจุบันแม้จะมีกฎหมายในการประกันความเป็นธรรมดังกล่าว เจ้าหน้าที่ไม่อาจปฏิบัติตามคู่มือที่ให้ไว้กับประชาชนเป็นจำนวนมาก เช่น งานทะเบียนราษฎร ทะเบียนบัตรประจำตัวประชาชน การต่อภาษี การจดทะเบียนรถ ในระบบกฎหมายว่าด้วยการขนส่ง การขออนุญาตก่อสร้างอาคาร เป็นต้น รวมทั้งที่กฎหมายฉบับนี้บัญญัติข้อยกเว้นไม่ให้ใช้บังคับกับองค์กรบางประเภท เช่น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี การพิจารณาคดีของศาล การดำเนินการบังคับคดี การวางทรัพย์ การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นปัญหาในเรื่องความเสมอภาคทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ส่วนการจัดตั้งศูนย์บริการร่วมในการรับคำขอ ก็ยังไม่มีการจัดตั้งเป็นรูปธรรม อีกเช่นกัน ซึ่งหลังจากประกาศใช้แล้ว 5 ปี คณะกรรมการพัฒนากฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา จำเป็นต้องนำปัญหาอย่างน้อยที่กล่าวมาข้างต้นประเมิน และพิจารณาเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อปรับปรุง เปลี่ยนแปลงคู่มือประชาชน ที่เจ้าหน้าที่ไม่อาจปฏิบัติได้ เนื่องจากข้อบกพร่องของตัวคู่มือตนเอง หรือเกิดจากระบบงาน หรือเกิดจากบุคลากร ซึ่งเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง ในการประกันความเป็นธรรมของการจัดทำสั่งทางปกครองต่อไป

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ย่อมเป็นกลไกสำคัญที่จะให้ข้อมูลแก่ประชาชน ทำให้มีระบบควบคุมตรวจสอบการประกอบกิจการ หรือการดำเนินการต่าง ๆ ในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการที่กฎหมายนั้น ๆ ไม่ได้กำหนดระยะเวลาและขั้นตอน การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ไว้ เป็นการลดต้นทุนในการจัดเตรียมเอกสารและหลักฐานต่าง ๆ เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการพิจารณาอนุญาตของหน่วยงานต่าง ๆ โดยกำหนดให้คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ เสนอแนะพัฒนาปรับปรุงหน่วยงานหรือระบบปฏิบัติราชการ ในกรณี que เห็นว่าล่าช้าเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกิดจากการขาดประสิทธิภาพการปฏิบัติราชการของหน่วยงานผู้อนุญาต เป็นการจำกัดดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยกำหนดให้ดำเนินการตามคู่มือที่ให้ไว้เพิ่มความโปร่งใส ในการพิจารณาอนุญาตและ

เพิ่มความรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ทั้งทางวินัยและอาญา กรณีเจ้าหน้าที่ตรวจสอบและพิจารณาคำขอโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือทุจริต ซึ่งเป็นหัวใจในหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองตามกฎหมายฉบับดังกล่าว อยู่ที่คู่มือประชาชน ความสำเร็จอยู่กับปัญหาที่ว่า หากมีการนำหลักการดังกล่าวในคู่มือประชาชน มาปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 หรือไม่เท่านั้น

5. พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ เหตุผลก็เพราะการที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ ในหน่วยงานของรัฐนั้น หากได้กระทำไปเพื่อประโยชน์เฉพาะตัวไม่ การปล่อยให้ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ และสร้างความเสียหายแก่เอกชน หรือเกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐ ตามหลักเกณฑ์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่เป็นธรรมต่อตัวเจ้าหน้าที่ผู้นั้น บางกรณีอาจเกิดจากความไม่ตั้งใจ หรือความผิดพลาดตามปกติธรรมดา อันเกิดขึ้นได้ในการปฏิบัติหน้าที่ทำให้เกิดปัญหาเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงาน หรือตัดสินใจล่าช้าและปิดความรับผิดชอบ⁴⁸

จุดมุ่งหมายของการประกันความเป็นธรรมทางปกครองตามกฎหมายฉบับนี้ ต้องการแยกหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลภายนอก และต่อหน่วยงานของรัฐ ออกจากหลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้กระทำละเมิดตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมให้ได้สัดส่วนแห่งความผิดที่ได้กระทำไป และเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ แต่ยังคงหลักเกณฑ์บางเรื่องไว้ เช่น องค์ประกอบความผิด ค่าสินไหมทดแทน อายุความ สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน นิรโทษกรรม จึงต้องนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ

สำหรับเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญพอสรุปได้ดังนี้ ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรง ในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ภายหลังจากที่หน่วยงานรัฐได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายแล้ว เจ้าหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคืนให้แก่หน่วยงานของรัฐ ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁴⁹ การเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคืนให้แก่หน่วยงานของรัฐ ไม่จำเป็นต้องชดใช้คืนเต็มจำนวนความเสียหาย โดยต้องคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่ง

⁴⁸ ชูชาติ อัสวโรจน์, คำอธิบายพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), 21.

⁴⁹ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5, มาตรา 8

การกระทำ และความเป็นธรรมประกอบด้วย และถ้าการละเมิดเกิดจากความผิด หรือความบกพร่องของหน่วยงานรัฐ หรือระบบการดำเนินงานส่วนรวมต้องหักส่วนแห่งความรับผิดชอบออก เจ้าหน้าที่คงรับผิดชอบเพียงเท่าที่ตนเองกระทำละเมิด และสิทธิเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมจะมีได้เพียงเท่าใดนั้น ให้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำ และความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์ โดยมีต้องให้ชดใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้⁵⁰ ในกรณีเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่สามารถผ่อนชำระเงินที่ต้องชดใช้คืนแก่หน่วยงานของรัฐได้⁵¹ ในกรณีละเมิดเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หลายคน มิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้รวมมาใช้บังคับ และให้เจ้าหน้าที่แต่ละคน ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตน⁵² ในกรณีเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ การใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐให้นำหลักเกณฑ์กรณีเจ้าหน้าที่ละเมิดต่อเอกชนมาใช้บังคับโดยอนุโลม⁵³ ในกรณีหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย นอกจากผู้เสียหายจะใช้สิทธิทางศาลได้แล้ว ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐ ให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้⁵⁴ มีการกำหนดอายุความสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน และสิทธิไต่เบี่ยของหน่วยงานรัฐแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵⁵ เมื่อเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ต่อผู้เสียหาย หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดนั้น โดยให้ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐได้โดยตรง ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่จะต้องรับผิดชอบ⁵⁶ พระราชบัญญัตินี้ไม่บังคับในเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้ว เช่น พระราชบัญญัติล้มละลาย ให้พนักงานพิทักษ์ทรัพย์รับผิดชอบเป็นการส่วนตัว เฉพาะในกรณีที่ได้กระทำโดยเจตนาร้าย หรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เจ้าพนักงานบังคับ

⁵⁰ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 8

⁵¹ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 13

⁵² พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 8

⁵³ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 6

⁵⁴ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 11

⁵⁵ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 10

⁵⁶ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 5, อำนวย เจริญชีวิต, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), 1-12 .

คดีไม่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ เว้นแต่จะจะได้กระทำโดยมีเจตนาร้าย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง⁵⁷

จากที่กล่าวมาทั้งหมด แม้คู่มือวินพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้เจ้าหน้าที่เกิดความกล้าในการตัดสินใจและการปฏิบัติงานอันทำให้งานบริการสาธารณะ ที่กระทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมสำเร็จลุล่วงไป หากเกิดความเสียหายแก่เอกชนในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัด รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นธรรมได้ระดับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาอีกด้านหนึ่ง ยังเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในฐานะผู้เสียหายว่า หากเจ้าหน้าที่กระทำละเมิด ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาความเสียหายของตนแน่นอน โดยไม่ต้องกลัวว่า เจ้าหน้าที่ซึ่งมีเงินเดือนน้อย จะไม่อยู่ในฐานะที่จะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ ผู้เสียหายจึงได้รับหลักประกันเต็มความเสียหาย เพราะหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดสังกัด จะเป็นผู้รับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนก่อน โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าเจ้าหน้าที่จะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ แต่พระราชบัญญัติดังกล่าว ยังไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ทุกกรณี เพราะหากการกระทำละเมิด การกระทำโดยจงใจ หรือการกระทำไม่ได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ แต่มีความประมาทเลินเล่อร้ายแรง หน่วยงานของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่า ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือไม่ เพียงใด เพราะเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบการส่วนตัว หรือหากมองกลับกัน หากให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบส่วนตัวอันเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ตัวเจ้าหน้าที่ผู้นั้นอีกเช่นกัน เพราะไม่ว่าจะเจ้าหน้าที่จะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ แต่การกระทำนั้นเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากเป็นความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐเอง ที่ไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบ ดูแลเจ้าหน้าที่เหล่านั้น เพราะประเทศไทยมีการบริหารราชการแผ่นดิน ตามสายการบังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชามีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาด้วยตามสายงาน ซึ่งได้กล่าวโดยละเอียดแล้วในหัวข้อ หลักการบริหารราชการแผ่นดิน

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อฝ่ายปกครองอ้างว่า ได้ออกคำสั่งทางปกครองขึ้น แล้วก่อความเสียหายให้ผู้อื่น ผู้เสียหายย่อมไม่อาจทราบได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้น เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการและเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือไม่ ความรับผิดชอบทางละเมิดจากการออกคำสั่งทางปกครอง จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อศาลปกครองตรวจสอบและวินิจฉัยแล้ว ซึ่งผลที่เกิดขึ้นทำให้

⁵⁷ ชาญชัย แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), 38.

หน่วยงานรัฐฝ่ายปกครอง ใช้เป็นข้ออ้างว่า ไม่ใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่หรือมีการใช้อำนาจตามกฎหมาย เมื่อมีกรณีดังกล่าว ผู้เสียหายก็ไม่อาจร้องขอหน่วยงานรัฐให้ต้องรับผิดชอบ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้ ซึ่งมีหนทางเดียว คือ พ้องให้ศาลปกครองวินิจฉัยเท่านั้น เห็นว่า หากเข้ากรณีดังกล่าวข้างต้นพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ก็ไม่อาจใช้บังคับตามเจตนารมณ์ได้ จึงไม่อาจประกันความเป็นธรรมทางปกครอง ทั้งต่อผู้เสียหายและต่อตัวเจ้าหน้าที่ที่เกิดการละเมิดอย่างแท้จริง ดังนั้น ควรบัญญัติคานียาม หรือตีความการปฏิบัติหน้าที่หรือเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แคไหน เพียงไร หรือปล่อยให้เจ้าหน้าที่ศาลปกครองในการปรับกฎหมายกับข้อเท็จจริงและพิพาทภาคี ให้เกิดความเป็นธรรมแต่ละกรณีต่อไป เหล่านี้เป็นปัญหาในทางปฏิบัติทั้งสิ้น

6. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

มาตรฐานขั้นต่ำที่ว่า “บุคคลใด ๆ จะถูกแทรกสอดโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือจะถูกลบหลู่ในเกียรติและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของการกระทำนั้น”⁵⁸ จึงเป็นแนวคิดในการสร้างมาตรฐานในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล อันเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่บุคคลทุกคนจะต้องเคารพ โดยเฉพาะข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของราชการ ที่เจ้าหน้าที่อ้างว่าเพื่อประโยชน์ทางราชการในการปฏิบัติหน้าที่ การนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้น เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนกำหนดให้รัฐประกันความเป็นธรรมในทางปกครอง โดยมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ ที่มีใช้ข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หรือความลับของทางราชการตามที่กฎหมายบัญญัติ และต้องจัดให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูล หรือข่าวสารดังกล่าวได้โดยสะดวก บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ ได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ⁵⁹ การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการรับรองสิทธิให้ประชาชนได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการดังกล่าวข้างต้น ก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการ เช่น ทำให้ประชาชน ได้รู้สภาพความเป็นจริงของการปกครอง ประชาชนสามารถตรวจสอบการปกครองของรัฐได้ ไม่ว่าจะระดับท้องถิ่น ระดับ

⁵⁸ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO Principal Regional for Asia and the Pacific, The Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) on 10 December 1998 (Bankok: Regional Unit for Social and Human Sciences in Asia and the Pacific (RUSHSAP), 1998.

⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 59 มาตรา 32 และมาตรา 41

ภูมิภาค หรือระดับส่วนกลางว่า ชอบด้วยกฎหมายตามที่มุ่งรับรอบและคุ้มครองหรือไม่ และประการสุดท้าย ประชาชนได้ทราบข้อเท็จจริง ในการใช้อำนาจรัฐในแต่ละเรื่อง ทำให้สามารถพิจารณาได้ว่า กรณีของตนจะได้รับผลกระทบเช่นไร ซึ่งสามารถพิทักษ์รักษาสิทธิของตนได้อย่างถูกต้อง⁶⁰ อีกทั้งส่งผลทำให้ฝ่ายปกครองเกิดความรอบคอบ และระมัดระวังมิให้เกิดความ ผิดพลาดบกพร่องในการใช้อำนาจมากขึ้น

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นมาตรฐานทั้งคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และคุ้มครองสิทธิการรับรู้ข่าวสารของราชการ โดยมีเนื้อหาให้มีระบบข้อมูลส่วนบุคคล โดยกำหนดวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บหรือประมวลผลที่ชัดเจน ถูกต้อง ครบถ้วนและเท่าที่จำเป็น ตลอดจนมีมาตรการป้องกัน มิให้มีการนำข้อมูลไปใช้โดยไม่เหมาะสมหรือเป็นผลร้ายแก่เจ้าของข้อมูล⁶¹ การนำข้อมูลไปเปิดเผยจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลนั้น⁶² รวมถึงการให้เจ้าของข้อมูลเข้าใจข้อมูลนั้นได้ ตลอดจนขอให้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูล ให้ถูกต้อง ครบถ้วน⁶³ หากมีการฝ่าฝืนกฎหมาย ไม่ว่าจะหน่วยงานของรัฐไม่ยอมเปิดเผย หรือบันทึกข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้ไม่ถูกต้อง เจ้าของข้อมูลสามารถร้องขอต่อหน่วยงานที่ครอบครองข้อมูลข่าวสารนั้น เพื่อปฏิบัติให้ถูกต้องและฟ้องร้องดำเนินคดีได้ ทั้งทางแพ่งและทางอาญา ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ครอบครองข้อมูลข่าวสารนั้น อันเป็นการควบคุมตรวจสอบผู้ได้รับความเสียหายจากการเป็นเจ้าของข้อมูล

ส่วนมาตรฐานคุ้มครองสิทธิการรับรู้ข่าวสารของราชการ โดยการให้ประชาชนเข้าถึงเอกสารของทางราชการ ไม่ว่าจะโดยให้ประชาชนเข้าไปดูข้อมูลต่าง ๆ ของราชการ ไม่ว่าจะโดยวิธีแจ้งให้ทราบ พิมพ์เผยแพร่ หรือการให้ประชาชนรู้ข้อความในเอกสารราชการ ความเห็นของฝ่ายปกครองในเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของตน เช่น โครงสร้าง การจัดองค์กรในการดำเนินงาน อำนาจหน้าที่ที่สำคัญ และวิธีการดำเนินงาน สถานที่ที่ติดต่อเพื่อรับข้อมูลข่าวสารคำแนะนำในการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ คู่มือหรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชน กฎ มติคณะรัฐมนตรี มติคณะกรรมการที่แต่งตั้งตามกฎหมายข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความของหน่วยงานของรัฐในเรื่องต่าง ๆ แผนงาน โครงการ และงบประมาณประจำปีของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ ผลการพิจารณาหรือคำ

⁶⁰ ฉัชชา คุณาทพพ์, เอกสารประกอบการสอนกฎหมายปกครอง, 152.

⁶¹ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 23

⁶² พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 24

⁶³ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน, มาตรา 25

วินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อเอกชน⁶⁴ หากหน่วยงานของรัฐฝ่าฝืนมาตรฐานดังกล่าวข้างต้น สามารถอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ อันเป็นการควบคุมตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ครอบครองข้อมูลข่าวสารนั้น จากองค์กรภายนอก

จากที่กล่าวมาข้างต้น ไม่ว่าจะระบบการจัดเก็บหรือประมวลผล วิธีการเข้าถึงข้อมูล การใช้สิทธิตามกฎหมายแก่ผู้ฝ่าฝืน เป็นการควบคุมตรวจสอบในองค์ประกอบด้านรูปแบบเท่านั้น ในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าวอย่างแท้จริง จะต้องควบคุมตรวจสอบข้อมูลที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองในทางเนื้อหาด้วย เช่น ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล ไม่ว่าจะ ชื่อ ที่อยู่ เพศ อาชีพ หรือข้อมูลที่บ่งให้รู้ตัวผู้นั้น ไม่ว่าจะ เลขหรือรหัสบัตรประจำตัวประชาชน รหัส DNA ลายพิมพ์นิ้วมือ หมายเลขโทรศัพท์ส่วนตัว จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ต่าง ๆ หรือข้อมูลที่เป็นความลับของบุคคล ไม่ว่าจะเชื้อชาติ ประวัติทางอาชญากรรม สุขภาพ อนามัย การนับถือศาสนา ความเชื่อทางการเมือง การปกครอง รสนิยมต่าง ๆ ที่เป็นข้อมูลเชิงทัศนคติของบุคคล⁶⁵ นอกจากนี้ ยังมีหลักการพื้นฐานที่ได้ยอมรับโดยสากล อันเป็นหลักการทางกฎหมายในการพิจารณาว่า มีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างแท้จริงหรือไม่ กล่าวคือ⁶⁶

1. มีหลักการจัดเก็บอย่างจำกัด เปิดเผย โปร่งใสหรือไม่ หมายความว่า การจัดเก็บข้อมูลและประมวลผลข้อมูลต้องกระทำอย่างจำกัดเท่าที่จำเป็น โดยได้รับรู้และยินยอมของเจ้าของข้อมูล รวมถึงกระบวนการจัดเก็บ รวบรวม นำไปใช้ โดยต้องแจ้งให้ทราบเจ้าของข้อมูลทราบด้วย ในลักษณะมีส่วนร่วมในการโต้แย้งคัดค้าน โดยใช้หลักการปกปิดข้อมูลเป็นเรื่องทั่วไป เปิดเผยข้อมูลเป็นเรื่องยกเว้น ส่วนข้อมูลของราชการมีหลักการว่า เจ้าหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลเป็นหลักการทั่วไป การปกปิดข้อมูลเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น เพราะสภาพการรับรู้ข่าวสารของทางราชการเป็นสิทธิ ที่มีอยู่อย่างจำกัดข้อมูลของทางราชการส่วนมากถูกกำหนดถือเป็นความลับทั้งหมด ทั้งนี้ก็เพื่อความลับทางราชการ คลายความศักดิ์สิทธิ์ลง และฝ่ายปกครองต้องมีเหตุผล สามารถอธิบายชี้แจงข้อเท็จจริง และขอกฎหมาย อันทำให้ประชาชนโต้แย้งได้ มิฉะนั้น ฝ่ายปกครองจะใช้ข้ออ้างของคำว่า ความลับราชการ มาทำให้การดำเนินงานปกครองเป็นไปตามอำเภอใจ ขาดความถูกต้อง อันเป็นต้นเหตุของการใช้อำนาจโดยมิชอบ

⁶⁴ วัชรวิชัย สาร, สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), 63-161.

⁶⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย, วารสารนิติศาสตร์ 34 (4), (ธันวาคม 2547), 636-638.

⁶⁶ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, แนวคิดและหลักการยกเว้นกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย, วารสารนิติศาสตร์ 34 (4), (ธันวาคม 2547), 653-657.

2. มีหลักการประมวลผลข้อมูลอย่างใดมีคุณภาพและได้สัดส่วนหรือไม่ หมายความว่า การประมวลผลข้อมูลมีความเกี่ยวข้อง เพียงพอได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการใช้หรือไม่ รวมถึงข้อมูลนั้นจะต้องถูกต้อง สมบูรณ์ มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เป็นปัจจุบันอยู่เสมอ หากเป็นข้อมูลในทางเนื้อหาที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น จะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายและได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลนั้นอย่างชัดเจน

3. มีหลักการระบุวัตถุประสงค์และระยะเวลาการใช้ข้อมูลหรือไม่ หมายความว่า การประมวลผลข้อมูลจะต้องระบุวัตถุประสงค์ก่อนเสมอ และระยะเวลาการใช้ต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้

4. มีหลักการจำกัดการส่งข้อมูลให้แก่บุคคลอื่นข้ามพรมแดนหรือไม่ ซึ่งต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลแล้ว พรมแดนที่รับข้อมูลจะต้องมีหลักคุ้มครองข้อมูลอย่างเพียงพอเสมอ ดินแดนผู้ส่งด้วย

5. มีหลักความรับผิดชอบของนายทะเบียนผู้ครอบครองข้อมูลนั้นหรือไม่ หมายความว่า หากมีการฝ่าฝืนหรือละเลยก่อให้เกิดความเสียหาย นายทะเบียนจะต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง และอาญา และรับผิดชอบในการลบ ทำลาย จัดการแก้ไข เปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องเสมอ

6. มีหลักการป้องกันรักษาความปลอดภัยของข้อมูลอย่างเพียงพอหรือไม่ หมายความว่า มีมาตรการป้องกันความปลอดภัย มิให้ข้อมูลเสี่ยงต่อการสูญหาย การเข้าถึง การถูกทำลาย มีการใช้ มีการเปลี่ยนแปลง หรือการเปิดเผยข้อมูลโดยบุคคลอื่นซึ่งปราศจากอำนาจ

จากทฤษฎีการควบคุมข้างต้นเห็นว่า จุดมุ่งหมายของการระกันความเป็นธรรมทางปกครอง ในกฎหมายฉบับนี้ มีขึ้นเพื่อรองรับ สิทธิได้รู้ของประชาชน อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ ในการใช้อำนาจปกครองที่โปร่งใส ตรงไปตรงมา ประชาชนมีส่วนร่วม และสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจได้ ซึ่งเรียกว่า หลักความโปร่งใสในทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับในการทำนิติกรรมทางปกครองและคำสั่งทางปกครองด้วย ซึ่งประชาชนจะได้รับความเป็นธรรมในการรักษาสิทธิและเสรีภาพของตน⁶⁷ ดังนั้น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 จึงมีหลักการพื้นฐานเดียวกันกับหลักการที่กล่าวแล้วข้างต้น

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรฐานคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิการรับรู้ข่าวสารของราชการ ก็มีข้อยกเว้นเช่นเดียวกัน ซึ่งการเปิดเผยต้องไม่ใช่ข้อมูลที่ห้ามเปิดเผย คือ ข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่อาจก่อความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ การเปิดเผยจะก่อ

⁶⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), 79-80.

ความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เศรษฐกิจและการคลังของประเทศ การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ เช่น การฟ้องคดี การปราบปราม การตรวจสอบหรือการรู้แหล่งที่มาของข้อมูลข่าวสาร การเปิดเผยนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง รายงานการแพทย์หรือข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร ข้อมูลข่าวสารที่ผู้ให้มาไม่ประสงค์ให้ทางราชการนำไปเปิดเผยต่อผู้อื่น กฎหมายให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจที่จะสั่งเปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นได้ โดยต้องคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์เอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน หากการเปิดเผยจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนมากกว่า ก็สามารถใช้ดุลพินิจเปิดเผยได้ แต่หากไม่เปิดเผยเจ้าหน้าที่จะต้องระบุเหตุผลว่าเพราะเหตุใด เป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใด จะให้ผู้นั้นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารต่อไป⁶⁸ ในปัจจุบันแม้จะมีพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ในการประกันความเป็นธรรมทางปกครองในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิรับรู้ข่าวสารของทางราชการ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้แล้วก็ตาม แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวครอบคลุมเฉพาะกับข้อมูลอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงหน่วยงานเอกชน ซึ่งหากมองในแง่สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างบริบูรณ์ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งกฎหมายนี้ เป็นกฎหมายกลางเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หากมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ก็ให้ใช้กฎหมายเฉพาะนั้นใช้บังคับ เว้นแต่กฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติกระบวนการในเรื่องนั้นไว้ หมายความว่า พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534⁶⁹ อนุญาตให้เฉพาะผู้มีส่วนได้เสียจะขอตรวจ คัดสำเนารายการ หรือให้นายทะเบียนคัดและรับรองสำเนาทะเบียนบ้าน ทะเบียนคนเกิด คนตาย ประมวลรัชฎากร ไม่ให้เจ้าพนักงานนำข้อมูลออกแจ้งแก่ผู้ใด หรือทำให้ทราบกันโดยวิธีใด ซึ่งข้อมูลของผู้เสียภาษีอากร⁷⁰ เป็นต้น ย่อมก่อให้เกิดความสับสนแก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่ครอบครองข้อมูลนั้น ในการปฏิบัติตามกฎหมาย แม้จะมีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อมูลข่าวสารได้มีคำวินิจฉัยเป็นแนวทางแล้วก็ตาม แต่ยังไม่ครอบคลุมได้ทุกเรื่องประชาชนได้รับผลกระทบเสมอเมื่อไปติดต่อขอข้อมูลกับราชการ สมควรให้คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการกำหนดมาตรการเพิ่มเติม ไม่ว่า สร้างความเข้าใจและตระหนักถึงความสำคัญของ

⁶⁸ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 15

⁶⁹ พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 6

⁷⁰ ประมวลรัชฎากร มาตรา 10

พระราชบัญญัติดังกล่าว มีมาตรการสอดส่อง กำกับ ป้องกัน การละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลให้เห็นเป็นรูปธรรม

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายที่จัดระบบข้อมูลข่าวสารของทางราชการทั้งระบบให้กิจการภายใต้ของรัฐมีความโปร่งใส หน่วยงานของรัฐเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความรับผิดชอบต่อประชาชน ทั้งคุ้มครองสิทธิประโยชน์และความเป็นส่วนตัวของบุคคล แต่อุปสรรคของการปฏิบัติราชการที่คั้นั้น ก็คือ สร้างความลับที่ไม่จำเป็น แม้ว่าเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง แต่การถือหลักปกปิดเป็นหลักทั่วไป เปิดเผยเป็นข้อยกเว้น ย่อมนำมาใช้ในระบบราชการปัจจุบันไม่ได้ การให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของราชการ เป็นมาตรการที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้เกิดความโปร่งใส การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองย่อมเกิดความระมัดระวัง เพราะอยู่ในสายตาของประชาชนตลอดเวลา ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นกฎหมายในการประกันความเป็นธรรมในการใช้อำนาจทางปกครอง ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองอีกฉบับหนึ่งอันเป็นกฎหมายกลางในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการในเรื่องทั่ว ๆ ไป ซึ่งเป็นหลักการรองรับสิทธิของประชาชน มาจากรัฐธรรมนูญ อันนอกเหนือจากหลักการรับรู้ข่าวสารตามกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นเรื่อง การรับรู้ข้อมูลข่าวสารในการพิจารณาทางปกครอง ในการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงถึงสิทธิในการรับรู้ข่าวสารตามกฎหมายเฉพาะแล้ว เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการอีกด้วย ซึ่งย่อมเป็นมาตรการเสริมทำให้สิทธิของประชาชน ได้รับหลักประกันความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้นจากการออกคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากเจ้าหน้าที่ผู้ครอบครองข้อมูลดังกล่าวรับรู้ ตระหนัก เข้าใจ และปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นธรรมทางปกครองให้กับประชาชนได้เป็นอย่างดี

ภาคผนวก ค.

ระเบียบการหรือกติกษะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
มาตรฐานและขั้นตอนการให้ความเห็นและคำแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติ
ราชการให้ถูกต้องตามขั้นตอนว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยความรับ
ผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ของสำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

โดยที่สำนักกฎหมายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นและคำแนะนำแก่
เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทาง
ปกครอง และกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ รวมทั้งเผยแพร่ความรู้ความ
เข้าใจในกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว และหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้อง ตามข้อ ๔(๕) แห่ง
กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักนายกรัฐมนตรี พ.ศ. ๒๕๔๕

สำนักกฎหมายปกครองจึงได้กำหนดแนวทางและขั้นตอนการให้ความเห็นและคำแนะนำ
แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐทางในการปฏิบัติราชการให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ
ทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ไว้ ดังต่อไปนี้

๑. การให้ความเห็นและคำแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเป็นทางการหรือเป็นหนังสือ

เมื่อหน่วยงานของรัฐมีหนังสือหรือปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ
ราชการทางปกครองหรือกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่สำนัก
กฎหมายปกครองดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบที่เกี่ยวกับการให้คำปรึกษาของคณะกรรมการวิธี
ปฏิบัติราชการทางปกครองหรือคณะกรรมการกฤษฎีกา แล้วแต่กรณี รวมทั้งระเบียบ คำสั่ง หรือ
มาตรการปฏิบัติงานเกี่ยวกับการให้ความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เพื่อเสนอข้อหาดังกล่าวต่อคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือคณะกรรมการ
กฤษฎีกา (คณะพิเศษ) แล้วแต่กรณี เป็นผู้พิจารณาต่อไป

๒. การให้ความเห็นและคำแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างไม่เป็นทางการหรือทาง
โทรศัพท์

เพื่อให้การตอบข้อหาหรือปัญหาข้อกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ยุ่งยาก ชับซ้อน หรือมี
คำวินิจฉัยอยู่แล้วเป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็ว หรือแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติราชการได้ทันต่อ
เหตุการณ์ โดยมีความเห็นหรือคำแนะนำเบื้องต้นประกอบการพิจารณาส่งสำนักกฎหมายปกครองจึง
ได้วางมาตรฐานและขั้นตอนการให้ความเห็นและคำแนะนำเบื้องต้นทางโทรศัพท์แก่เจ้าหน้าที่ของ
รัฐไว้ดังต่อไปนี้

ขั้นตอนที่ ๑ การรับเรื่องข้อหาหรือ

เมื่อมีโทรศัพท์จากเจ้าหน้าที่ของรัฐข้อหาหรือปัญหาข้อกฎหมายมายังสำนักกฎหมายปกครองให้เจ้าหน้าที่ผู้รับเรื่องสอบถามข้อหาหรือว่าต้องการสอบถามปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องใดหากเรื่องที่หาหรือเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ หลักกฎหมายปกครอง หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องให้เจ้าหน้าที่ผู้รับเพื่อนแจ้งหรือโอนสายโทรศัพท์ทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นนักกฎหมายกฤษฎีกาในสำนักกฎหมายปกครองเพื่อตรวจสอบข้อหาหรือแก่ผู้ขอหาหรือต่อไป

ขั้นตอนที่ ๒ การบันทึกข้อมูลของผู้ขอหาหรือ

ให้นักกฎหมายกฤษฎีกาผู้ตอบข้อหาหรือขอข้อมูลของผู้ขอหาหรือไว้ให้เพียงพอที่จะติดต่อกลับได้หากมีความจำเป็นต้องติดต่อกลับไปยังผู้ขอหาหรือในภายหลังในภายหลัง เช่น ชื่อ ตำแหน่ง สังกัด ที่อยู่ของหน่วยงาน เบอร์โทรศัพท์ที่ติดต่อได้

ขั้นตอนที่ ๓ การให้ความเห็นและคำแนะนำแก่ผู้ขอหาหรือ

ให้นักกฎหมายกฤษฎีกาผู้ตอบข้อหาหรือให้ความเห็นและคำแนะนำแก่ผู้หาหรือด้วยวาจาทางโทรศัพท์ในขณะที่เห็นแว่นแต่ข้อหาหรือนั้นเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยาก ซับซ้อน หรือไม่เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องดังกล่าวมาก่อน เพื่อให้การตอบข้อหาหรือมีความละเอียดรอบคอบให้นักกฎหมายกฤษฎีกาผู้ตอบข้อหาหรือรับเรื่องหาหรือนั้นไว้เพื่อปรึกษาหารือระหว่างเจ้าหน้าที่สำนักกฎหมายปกครองด้วยกันหรือเพื่อค้นคว้าข้อมูลทางวิชาการอ้างอิงหรือสนับสนุน แล้วติดต่อกลับไปแจ้งผลการพิจารณาในภายหลังแต่ต้องไม่เกินสามวันตามข้อมูลจากผู้ขอหาหรือได้ให้ไว้แล้วในขั้นตอนที่ ๒

การตอบข้อหาหรือที่ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกามาก่อนให้นักกฎหมายกฤษฎีกาผู้ตอบข้อหาหรือแจ้งแก่ผู้ขอหาหรือว่าความเห็นหรือคำแนะนำที่ได้ให้แก่ผู้หาหรือนั้นเป็นเพียงความเห็นทางกฎหมายเบื้องต้นในทัศนะของผู้ตอบข้อหาหรือเพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาของผู้หาหรือเท่านั้น ไม่มีผลการผูกพันสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแต่อย่างใด ทางเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หาหรือประสงค์จะได้คำตอบเป็นหนังสือเพื่อการอ้างอิงหรือถึงปฏิบัติให้แนะนำเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หาหรือนั้นดำเนินการตาม ๑

หากผู้ขอหาหรือต้องการข้อมูลกฎหมายคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง ให้ผู้ตอบข้อหาหรือจัดหาให้ตามสมควร โดยหากเป็นเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่มีอินเทอร์เน็ตให้ผู้ตอบข้อหาหรือแนะนำแหล่งข้อมูลนั้นแก่ผู้ขอหาหรือเสียก่อนที่จะจัดหาให้เป็นเอกสารทั้งนี้ ทั้งนี้

ต้องคำนึงถึงชั้นความลับของข้อมูลนั้นๆและระวังมิให้มีผลกระทบกับข้อมูลส่วนบุคคลด้วยแต่ทั้งนี้
ต้องไม่ตอบข้อหาหรือโดยจัดทำเป็นหนังสือให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หรือทาง โทรศัพท์เป็นอันขาด

ขั้นตอนที่ ๔ การบันทึกสรุปผลการตอบข้อหาหรือ

เมื่อผู้ตอบข้อหาหรือตอบข้อหาหรือของผู้ขอหาหรือเสร็จแล้ว ให้บันทึกสรุปผลตอบข้อหาหรือใน
เรื่องนั้น ตามแบบฟอร์มที่สำนักกฎหมายปกครองกำหนดเพื่อเป็นหลักฐานในการปฏิบัติราชการ
และการเก็บสถิติขอหาหรือปัญหาข้อกฎหมายทางโทรศัพท์ของสำนักกฎหมายปกครองต่อไป

ขั้นตอนที่ ๕ การเก็บสถิติและจัดทำรายงาน

ให้เจ้าหน้าที่สำนักกฎหมายปกครองทำการเก็บสถิติและจัดทำรายงานประเมินผลการให้
ความเห็นและคำแนะนำแก่ผู้ขอหาหรือปัญหาข้อกฎหมายทางโทรศัพท์เพื่อใช้ประโยชน์ในการ
ปฏิบัติราชการของสำนักกฎหมายปกครองให้มีประสิทธิภาพและได้มาตรฐานเป็นประจำทุกปี
อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงาน

ภัทรพล ทองอ่อน

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

เนติบัณฑิตไทย

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

รับราชการตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

นิติกร กรมส่งเสริมปกครองท้องถิ่น

กระทรวงมหาดไทย

ปลัดอำเภอ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย