ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

วันวิสาข์ ผาสุข

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2559

Problems on the Rights to Challenge Prior to the Issuance of Administrative Act: A Case Study of the Party Acts in Violation or Infringement and the Removal from Position Order

Wanwisa Phasuk

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Bonomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2016

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง
ชื่อผู้เขียน	วันวิสาข์ ผาสุข
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง โดยศึกษาเปรียบเทียบจากแนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษาพบว่า การที่มาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันในเชิงป้องกันในการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในการบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มีประเด็นปัญหาว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งจะใช้บังคับกับการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองทุกกรณีหรือไม่ ด้วยเหตุที่บทบัญญัติดังกล่าวใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี” นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่คู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย จะถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งดังกล่าวหรือไม่เพียงใด หรือกรณีมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติห้ามมิให้นำความตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง มาใช้กับการออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งในทางปฏิบัติ ศาลปกครองได้วินิจฉัยหรือตีความคำสั่งทางปกครองกรณีการให้พ้นจากตำแหน่งของบุคลากรภาครัฐที่แตกต่างกัน จากปัญหาข้างต้น จึงมีประเด็นปัญหาให้ต้องวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองกรณีใดบ้างที่อยู่ภายในบังคับของหลักการให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และหากเป็นกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือ

ละเมิดกฎหมาย จะถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งดังกล่าวหรือไม่ และเมื่อมีข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง มิให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับ แต่ปรากฏว่ามีแนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าก่อนออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยให้เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ควรกำหนดให้เพิ่มกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และแก้ไขกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยอธิบายคำว่า “ให้พ้นจากตำแหน่ง” ให้มีความหมายชัดเจนว่าเป็นการให้พ้นจากตำแหน่งหนึ่งไปดำรงอีกตำแหน่งหนึ่ง เพื่อเป็นการลดความสับสนในชั้นเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และศาลปกครองจะได้นำกฎหมายดังกล่าวมาวินิจฉัยข้อเท็จจริงเดียวกันให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

Thesis Title	Problems on the Rights to Challenge Prior to the Issuance of Administrative Act: A Case Study of the Party Acts in Violation or Infringement and the Removal from Position Order
Author	Wanwisa Phasuk
Thesis Adviser	Associate Professor Dr. Poom Chokmoh
Department	Law
Academic Year	2015

ABSTRACT

This thesis has an objective to study problems on the rights to challenge prior to the issuance of administrative act: a case study of the party acts in violation or infringement and the removal from position order, by comparing with relating concepts, theories on the principle of rights to challenge prior to the issuance of administrative act and the exception thereof in England, the United States, French, and German legal system.

According to research study, Section 30 of Administrative Procedure, B.E. 2539 (1996) states that in case where an administrative order may affect the rights of the parties, an official must give the parties an opportunity to sufficiently know the facts and to oppose thereto and to produce his/her/its evidence. Such legal provision has intention to be the guarantee in protective manner in administrative hearing before the issuance of administrative act. However, there is a problem about the enforcement of Section 30 about whether or not the rights to challenge can be enforced with every case due to the words "administrative order may affect the rights of the parties" in such legal provision. In addition, if the party violates or infringes the laws, whether or not it is the exception of the rights to challenge because Section 30 paragraph two of the same Act stating that Section 30 paragraph one shall not be applied with the removal from position order as prescribed in Ministerial Regulation No.2 (B.E.2540) (1997) issued under Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996). Practically, the Administrative Court had judgment or decision about the order on the removal from position of State personnel differently. According to aforementioned problems, there is a problem to be considered which administrative act is subject to the rights to challenge pursuant to Section 30 paragraph one of Administrative Procedure, B.E. 2539

(1996), and if the party acts in violation or infringement of laws, whether or not it is the exception of the rights to challenge. Moreover, Section 30 paragraph one shall not be applied with the exception under Section 30 paragraph two, whereas the Administrative Court ruled that the administrative authority shall perform under Section 30 paragraph one before issuing such removal from position order. Therefore, Section 30 paragraph two of Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996) should be amended to have legal provision on the exception of the rights to challenge prior to the issuance of administrative act by clearly including the party who violates or infringes the law, and the Ministerial Regulation No.2 (B.E.2540) (1997) issued under Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996) should define the words "removal from position" to be referred to the removal from one position to another position in order to clarify in the stage of administrative official issuing the administrative act in order for the Administrative Court to apply such legal provision with the similar fact in the similar manner.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยความกรุณาจากท่านคณาจารย์หลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านให้ความเมตตาต่อผู้วิจัยเป็นอย่างมาก ท่านให้คำแนะนำปรึกษาตั้งแต่เริ่มต้นเขียนสารบัญ การวิเคราะห์และการจัดทำข้อเสนอแนะ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ จนทำให้ผู้วิจัยสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ได้

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้ข้อเสนอแนะในการจัดทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ประเสริฐ ตัณศิริ และอาจารย์ ดร. มาโนช นามเดช กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านกรุณามอบหนังสือเพื่อเป็นข้อมูลในการทำวิทยานิพนธ์ ตรวจเล่มวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขประเด็นปัญหาตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ด้วยดี ทำให้วิทยานิพนธ์ของผู้วิจัยมีคุณค่าและเป็นไปตามหลักวิชาการมากยิ่งขึ้น

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ผู้สอนทุกท่านซึ่งต่างก็ได้ให้ความรู้ติดตัวผู้วิจัยไปตลอดชีวิต นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณบิดามารดา ที่ได้อบรมเลี้ยงดูสั่งสอนผู้วิจัยมาตั้งแต่วัยเยาว์และให้การสนับสนุนทุกสิ่งทุกอย่างแก่ผู้วิจัย นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอขอบคุณ คุณวิริยา สาช่อฟ้า คุณวรวุฒิ บริพันธ์ และคุณปิยะวดี อินจันทึก ซึ่งต่างก็ให้คำแนะนำปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงกัณยาณมิตรที่สำนักงานศาลปกครองทุกคนซึ่งให้กำลังใจผู้วิจัยมาโดยตลอด ขอขอบพระคุณทุกท่านอีกครั้ง

วันวิสาข์ ผาสุข

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ฆ

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... จ

กิตติกรรมประกาศ ..... ช

บทที่

1. บทนำ..... 1
   - 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... 1
   - 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... 4
   - 1.3 สมมติฐานของการศึกษา..... 4
   - 1.4 ขอบเขตของการศึกษา..... 5
   - 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา..... 5
   - 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... 5
2. แนวคิด ทฤษฎี ของหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง..... 7
   - 2.1 หลักนิติรัฐ..... 7
   - 2.2 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิ..... 12
   - 2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง..... 21
   - 2.4 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง..... 24
   - 2.5 หลักการตีความกฎหมาย..... 28
   - 2.6 สาระสำคัญเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง..... 32
   - 2.7 วิวัฒนาการของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง..... 47
3. มาตรการในทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศและประเทศไทย..... 55
   - 3.1 หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศ..... 57
   - 3.2 หลักการให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของประเทศไทย..... 83

สารบัญ (ต่อ)

บทที่ **หน้า**

4. วิเคราะห์ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง และแนวทางแก้ไข... 95
   - 4.1 ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และแนวทางแก้ไขปัญหา..... 96
   - 4.2 ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง..... 115
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 134
   - 5.1 บทสรุป..... 134
   - 5.2 ข้อเสนอแนะ..... 137

บรรณานุกรม..... 140

ประวัติผู้เขียน..... 146

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย เพื่อให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครองระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน เกี่ยวกับการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เนื่องจากในปัจจุบันรัฐได้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินชีวิตของประชาชนเป็นอย่างมาก ทั้งในส่วนของการจัดทำการบริการสาธารณะขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนทุกคน และการจัดทำภารกิจทางปกครองตามที่กฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองดำเนินการ ซึ่งในการจัดการบริการของรัฐอาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนได้ จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการใดๆ ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนด้วย โดยหลักการที่ยอมรับว่าเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้เป็นอย่างดีคือ หลักการให้สิทธิโต้แย้ง หรือ หลักการรับฟังคู่กรณี (Audi alteram partem) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หลักการนี้กำหนดขึ้นด้วยเหตุผลที่ว่าแม้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจหากการกระทำนั้นจะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนที่เป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสคู่กรณีที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และเพื่อให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่เหมาะสมก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาบังคับใช้กับประชาชน ประเทศไทยได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยบัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้ง

และแสดงพยานหลักฐานของตน" ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการนี้เป็นหลักประกันในเชิงป้องกันในการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในการบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มีประเด็นปัญหาว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งจะใช้บังคับกับการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองทุกกรณีหรือไม่ ด้วยเหตุที่บทบัญญัติดังกล่าวใช้ถ้อยคำว่า "คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี" นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่คู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย จะถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการ ให้สิทธิโต้แย้งหรือไม่เพียงใด หรือกรณีมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติห้ามมิให้นำความตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง มาใช้กับการออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งยังมีการแปลความหรือตีความคำว่าให้พ้นจากตำแหน่งในมุมมองที่แตกต่างกัน ทั้งในส่วนของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครอง หรือแม้แต่การวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง ซึ่งมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.36/2547 ซึ่งวินิจฉัยว่า คำสั่งห้ามใช้อาคารและให้รื้อถอนอาคารเนื่องจากก่อสร้างโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 อยู่ในบังคับของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนอีกแนวทางมีความเห็นที่แตกต่างกันดังปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.248/2549 ซึ่งวินิจฉัยว่า คำสั่งห้ามใช้อาคารและให้รื้อถอนอาคารเนื่องจากก่อสร้างโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นการใช้อำนาจทางปกครองบังคับกับผู้ฟ้องคดีซึ่งปลูกสร้างอาคารโดยฝ่าฝืนกฎหมาย จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี ซึ่งจะต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง หรือแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.579/2555 ซึ่งวินิจฉัยว่า คำสั่งให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างเนื่องจากปลูกสร้างล่วงล้ำลำน้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าท่า เป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 เป็นการใช้อำนาจทางปกครองบังคับกับผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย จึงหาได้มีสิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายอันอาจถูกกระทบตามนัยมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แต่อย่างใด ส่วนกรณีข้อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติยกเว้นเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ได้เกิดมีปัญหาการวินิจฉัยหรือการตีความคำว่าให้พ้นจากตำแหน่งของบุคลากรภาครัฐที่แตกต่างกัน ดังปรากฏจากแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.250/2549 ซึ่งวินิจฉัยว่า กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)

ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นการผ่อนคลายภาระที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่เห็นว่าไม่จำเป็นหรือไม่สมควรต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) แล้วจะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีทั้งสิ้น แต่ต้องพิจารณาในทางกลับกันด้วยว่า ถ้าจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ในกรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงดังกล่าวแล้วจะส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่มากเกินไปหรือไม่ หรือเป็นกรณีที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้น ในการตีความกฎกระทรวงดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงถ้อยคำที่ปรากฏ โดยมิอาจจำกัดหรือขยายความให้ผิดเพี้ยนไปจากวัตถุประสงค์ในการออกกฎกระทรวงนี้ เมื่อคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง ตามข้อ 1 ของกฎกระทรวงดังกล่าวนั้น ตามความเข้าใจโดยทั่วไป ย่อมหมายถึงการให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งออกจากตำแหน่งนั้นไป โดยไม่จำต้องคำนึงว่าผู้ซึ่งได้ออกจากตำแหน่งนั้นไปแล้วจะเข้าดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปอีกหรือไม่ เมื่อผู้ฟ้องคดีต้องพ้นจากตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดชลบุรี โดยผลของคำสั่งพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน จึงไม่อาจถือเป็นเหตุให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.64/2552 ที่วินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีที่ 4 พ้นจากตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดขอนแก่น อันเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนวิธีปฏิบัติในการพิจารณาทางปกครองก่อนที่จะมีคำสั่งให้กรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดพ้นจากตำแหน่ง ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะในเรื่องดังกล่าว จึงต้องดำเนินการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องให้ผู้ฟ้องคดีที่ 4 มีโอกาสที่จะทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีที่ 4 ทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้ง และกรณีไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีที่ 4 พ้นจากตำแหน่งจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากแนวคำพิพากษาข้างต้น จึงมีประเด็นปัญหาให้ต้องวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองกรณีใดบ้างที่อยู่ภายในบังคับของหลักการให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และหากเป็นกรณีการกระทำของคู่กรณีเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย จะถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งดังกล่าวหรือไม่เพียงใด และข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง มิให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับ เหตุใดจึงมีแนวคำพิพากษาที่กล่าวอ้างว่าฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง

ซึ่งการศึกษาจะเป็นประโยชน์ต่อการบังคับใช้หลักกฎหมายปกครองที่ถูกต้อง และจะเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเกี่ยวข้อง องค์กรฝ่ายตุลาการ รวมถึงประชาชนทั่วไป และจะเป็นการประสานดุลยภาพระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ของหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย

2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งของประเทศไทยเปรียบเทียบกับของต่างประเทศ

3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการนำหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวกรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

4. เพื่อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวกรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 บัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน และมีข้อยกเว้นบางประการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องให้สิทธิโต้แย้ง การนำหลักการให้สิทธิโต้แย้งมาใช้ก่อนออกคำสั่งทางปกครองเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีซึ่งอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ทราบข้อเท็จจริงก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่การนำหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองและข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวมาใช้ อาจมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของหลักการให้สิทธิโต้แย้ง ทั้งในส่วนของฝ่ายปกครองและตุลาการศาลปกครอง ส่งผลให้คดีซึ่งมีข้อเท็จจริงเดียวกัน มีแนวคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันจึง

จำเป็นต้องมีการศึกษาถึงสภาพของปัญหาดังกล่าวเพื่อเสนอแนวทางบัญญัติแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักการให้สิทธิโต้แย้ง รวมทั้งข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งของต่างประเทศ ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง และแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเกี่ยวกับหลักการให้สิทธิโต้แย้งและข้อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง โดยศึกษาเฉพาะคู่กรณีฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 และกรณีมาตรา 30 วรรคสอง บัญญัติยกเว้นการบังคับตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ในส่วนของคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ออกตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษาจะใช้การค้นคว้าวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เกี่ยวกับหลักการให้สิทธิโต้แย้ง รวมทั้งข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนมีคำสั่งทางปกครองของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และแนวคำพิพากษาของศาลปกครองได้นำหลักการให้สิทธิโต้แย้ง รวมทั้งข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนมีคำสั่งทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีมากน้อยเพียงใด

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี ของหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย

2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองของประเทศไทยเปรียบเทียบกับของต่างประเทศ

3. ทำให้ทราบผลการวิเคราะห์ปัญหาการนำหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีคู่กรณี

กระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวกรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

4. ทำให้ทราบข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวกรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง เพื่อนำไปใช้ในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

บทที่ 2
แนวคิด ทฤษฎี ของหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย (Democracy) และยึดหลักนิติรัฐ (Legal State หรือ L' Etat de droit หรือ Rechtsstaat) หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันและสนับสนุนซึ่งกันและกัน หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้เกิดหลักนิติรัฐ ส่วนหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมต่อหลักประชาธิปไตย ดังนั้น รัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องประกอบด้วยหลักการประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ โดยการปกครองแบบประชาธิปไตยหมายถึงการปกครองที่อำนาจในการปกครองมาจากประชาชน ประชาชนเป็นผู้มีสิทธิและเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เพียงแต่ประชาชนได้มอบอำนาจให้แก่ตัวแทนที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนใช้อำนาจดังกล่าวแทนตน ทั้งนี้ การแสดงเจตนาและความยินยอมของผู้แทนปวงชนจะออกมาในรูปของกฎหมายที่มาจากตัวแทนปวงชนผ่านทางรัฐสภา ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ประชาชนจึงเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง รัฐต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลและจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย หรือเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นที่มาของหลักนิติรัฐ

2.1 หลักนิติรัฐ

นิติรัฐ เป็นคำที่มีที่มาจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และใช้แพร่หลายในประเทศแถบยุโรป โดยเริ่มเกิดขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 นิติรัฐในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 หมายถึงรัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุมีผล หรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม ในศตวรรษที่ 19 นี้ นิติรัฐมิได้หมายถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐ แต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม เป็นรูปแบบที่จะทำให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐ หรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่ง กาเร เดอ มัลแบร์ (R. Carré de Malberg) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้อธิบายลักษณะสำคัญของนิติรัฐไว้ว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ว่าด้วยการที่รัฐต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์สองนัย คือ การกำหนด

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ จากหลักดังกล่าวทำให้เกิดผลสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ และเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยไม่สมัครใจไม่ได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นได้ให้อำนาจไว้โดยตรง[1] หรือกล่าวอีกความหมายหนึ่งว่า หลักนิติรัฐ คือหลักการที่รัฐและหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน กฎหมายนั้นก็ต้องจำกัดอำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง[2] ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นแหล่งที่มาการใช้อำนาจของรัฐ และข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐเช่นกัน นิติรัฐจึงเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม และเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

2.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐ

แนวคิดว่าด้วยนิติรัฐเริ่มต้นขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ช่วงศตวรรษที่ 17 ในฐานะที่เป็นปฏิกิริยาที่มีต่อการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง และพัฒนาการของนิติรัฐในช่วงศตวรรษที่ 18 อยู่ที่การฟื้นตัวของความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) โดยเฉพาะสำนักสโตอิคส์ (Stoicim) มีปรัชญาที่เชื่อว่ามนุษย์ได้รับประกายแห่งเหตุผลและเกิดมามีศักดิ์ศรีเท่ากัน ไม่มีใครเกิดมาในฐานะที่เป็นทาส มนุษย์ทุกผู้ทุกนามมีความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิดได้ด้วยตนเอง ในสมัยกลางแนวความคิดนี้ได้อ่อนแรงลง จน Sumuel Pufendorf และ Christian Wolff ได้รื้อฟื้นแนวความคิดดังกล่าวมาพัฒนาต่อ โดยผสานความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติกับสิทธิตามธรรมชาติเข้าด้วยกัน ตามคำสอนว่าสิทธิตามธรรมชาติคือสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัวมาตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์มีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐและไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนมีรัฐ ต่อมา ในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 ประชาชนได้เรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพมากขึ้น โดยต่างเห็นว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตนจะเป็นจริงได้เมื่อมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐต้องผูกพันตามกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขอบเขตภารกิจของรัฐ รวมทั้งควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ

---

[1] Clade Leolercq, Institutions politiques et droit constitutionel, (Paris : Litec, 2 ed) pp. 89-90, *อ้างไว้* คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3, บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538), น. 277.

[2] ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), น.64.

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังอยู่ภายใต้การปกครองของจักรพรรดิ การพัฒนาการเกี่ยวกับความคิดว่าด้วยนิติรัฐถูกจำกัดลงเหลือแต่เพียงองค์ประกอบในทางรูปแบบเท่านั้น เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าว คำสอนทางปรัชญาของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) มีความเจริญมาก สำนักกฎหมายบ้านเมืองปฏิเสธคำสอนว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติเพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลื่อนลอยจับต้องไม่ได้ สำนักกฎหมายบ้านเมืองเห็นว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยผู้ที่ทรงอำนาจตรากฎหมายต้องถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ความคิดว่าด้วยนิติรัฐจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลจากการล่วงละเมิดของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แต่ไม่ได้กล่าวถึงองค์ประกอบในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม รัฐสนใจเพียงกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในทางรูปแบบเป็นสำคัญ จึงทำให้เกิดรัฐตำรวจ (Polizeistaat) ขึ้น ซึ่งเป็นคำที่ตรงกันข้ามกับคำว่านิติรัฐ ต่อมา นิติรัฐได้มีการพัฒนาให้เป็นนิติรัฐที่เป็นเสรีนิยม เป็นรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม

2.1.2 แนวความคิดและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

แนวความคิดหลักนิติรัฐคือรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ

1. หลักสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยจำแนกสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภท คือ[3]

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง สิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

---

[3] K. Loewenstein, Political Power and the Government Process, (U.S.A. The University of Chicago Press, 1957), p.376. "*อ้างไว้* หลักนิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย," ในหนังสือ "ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน," วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2540),น.1.

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะยอมให้ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่าง ๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ จากรัฐ บางกรณีรัฐมีความจำเป็นต้องบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นกระทำการ หรือไม่กระทำการ ได้ แต่รัฐจะล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปให้รัฐมีอำนาจดำเนินการในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในอันที่จะล่วงล้ำเข้าไปในเขตแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนคลุมเครือ หรือให้อำนาจรัฐเกินเลยกว่าความจำเป็นแก่การธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการในการจัดวางโครงสร้างขององค์กรของรัฐไม่ให้มีอำนาจเด็ดขาด เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักประกันสิทธิในแง่การจัดองค์กร ซึ่งเป็นหลักการในเชิงรูปแบบของนิติรัฐเพราะหลักการสำคัญ ๆ ของนิติรัฐที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลย ถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายหรืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายหรืออำนาจบริหาร และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ รวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน[4] ดังนั้น การให้องค์กรทั้ง 3 องค์กร คอยตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balances) จะเป็นการป้องกันมิให้รัฐมีอำนาจเด็ดขาด

จากแนวความคิดของหลักนิติรัฐข้างต้น เห็นว่า หลักนิติรัฐเรียกร้องให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐจะกระทำการใด ๆ ที่อาจจะมีผลกระทบเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น รัฐจะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และการดำเนินการจัดทำภารกิจของรัฐต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด จึงพอจะสรุปได้ว่าสาระสำคัญของหลักนิติรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์สุดท้าย (Ultimate aim) อยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ[5] มี 3 ประการ ดังนี้[6]

1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎร

---

[4] สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, 2554, (กรุงเทพมหานคร : วิญญชน, 2554), น.174.

[5] ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, *เพิ่งอ้าง*, น.5.

[6] คำอธิบายกฎหมายปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.66.

กระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และต้องใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น ต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างใด และกฎหมายดังกล่าวต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรฝ่ายตุลาการจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

2.1.3 นิติรัฐกับการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ในอดีต มนุษย์ได้แสวงหาหลักประกันเพื่อให้มีความมั่นคงและปลอดภัย ซึ่งหลักประกันดังกล่าวเป็นที่มาของสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) คำว่าสิทธิธรรมชาติ จึงหมายถึง สิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติ เป็นความชอบธรรมที่มนุษย์จะพึงมี สิทธินี้มีหลักการอยู่บนความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์[7] โดยมนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิที่ว่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค เป็นสิทธิซึ่งไม่สามารถโอนให้แก่กันได้และผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดก็อาจจะก่อให้เกิดอันตรายหรือกระทบกระเทือนเสื่อมเสียต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ได้[8] เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนการเกิดขึ้นของรัฐ เมื่อเป็นเช่นนี้ รัฐจึงไม่อาจออกกฎหมายใดที่เป็นการขัดหรือแย้งกับสิทธิธรรมชาติได้ เนื่องจากเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด แต่เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมืองแล้วอาจต้องยินยอมสละเสรีภาพ (Rights and Liberties) ของตนและยอมอยู่ภายใต้อำนาจส่วนกลาง รัฐจะเป็นผู้ทำหน้าที่ปกป้องการรุกรานจากรัฐอื่นและจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ รัฐจึงต้องกำหนดหลักเกณฑ์โดยบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่ใช้ควบคุม

---

[7] อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญชน, 2553), น.17.

[8] วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525),น.1.

ความประพฤติของมนุษย์ในสังคมในการอยู่ร่วมกัน เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยและสงบสุข โดยมีการบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของมนุษย์ที่อยู่ร่วมกันไว้ สิทธิดังกล่าวจึงเป็นสิทธิตามกฎหมาย (Legal Rights) ปัจจุบัน ประเทศที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยจะบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศนั้น ๆ รัฐธรรมนูญจึงเป็นแหล่งแรกที่จะพบบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองและประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยบางประเทศจะบัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 บางประเทศบัญญัติแยกเป็นภาคหรือหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพจากบทอื่น ๆ เช่น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์และประเทศไทย ส่วนประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศแคนาดาก็ได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยเสรีภาพ ซึ่งได้กำหนดให้สิทธิบางประเภทมีค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ[9] ประเทศอังกฤษถือหลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพจากกฎหมาย Bill of Rights อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้รับมอบหมายให้เป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มีความชัดเจนและแน่นอนพียงพอที่ประชาชนจะเข้าใจได้ และใช้บังคับทั่วไป สิทธิตามกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดขึ้นพร้อมทั้งให้การรับรองและคุ้มครองเพื่อให้มีผลใช้บังคับกันได้[10]

2.2 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิ

รัฐเสรีประชาธิปไตยให้ความเคารพและให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นอย่างมาก จะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของประเทศในรัฐประชาธิปไตยหลายประเทศจะมีการบัญญัติรับรองสิทธิไว้ทั้งสิ้น ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยไว้เช่นกัน สิทธิเหล่านั้นจึงเปรียบเสมือนเกราะคุ้มกันการใช้อำนาจรัฐโดยอำเภอใจ ในขณะเดียวกัน ได้มีการบัญญัติหลักการจำกัดสิทธิไว้เช่นกัน โดยรัฐจะออกกฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิไม่ได้ ซึ่งสิทธิมีการจำแนกได้หลายประเภทด้วยกัน

2.2.1 ความหมายของสิทธิ

ได้มีการให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้ดังนี้

---

[9] สุรีย์ เผ่าสุขถาวร, “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 1, ฉบับที่ 3, น.67 (กันยายน-ธันวาคม 2544).

[10] กฎหมายสิทธิมนุษยชน, *เพิ่งอ้าง*, น.25.

พจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม ในภาษากฎหมาย สิทธิ หมายถึง อำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระโดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย

สารานุกรมไทยฉบับเยาวชน พ.ศ. 2536 ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 วินิจฉัยความหมายของคำว่า “สิทธิ” ว่า พูดถึงสิทธิหากจะกล่าวโดยย่อและรวบรัดแล้วก็ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมหรือความชอบธรรมที่บุคคลสามารถใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิคือประโยชน์ที่บุคคลมีความชอบธรรมที่จะได้รับ ซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้[11]

ดร. วิษณุ เครืองาม ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึงอำนาจหรือโอกาสที่มีการคุ้มครองว่าถ้าทำไปแล้วไม่ผิด และมีทางเลือกว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ ถือเป็นประโยชน์ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยทั่วไปแล้วย่อมมาจากกฎหมาย (Legal Rights)[12]

จากความหมายข้างต้น อาจสรุปสาระสำคัญของสิทธิได้ว่า สิทธิเป็นได้ทั้งประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งที่บุคคลมุ่งประสงค์ หรือเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ก็ได้ และบุคคลอื่นมีหน้าที่จะต้องเคารพต่อสิทธิของผู้ทรงสิทธินั้น แต่จากความหมายดังกล่าว หากเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองไว้บุคคลก็ได้รับการคุ้มครองตามสิทธิมนุษยชนอยู่แล้ว หรือสามารถแยกพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิได้ดังนี้[13]

---

[11] หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : ประกายพรึก, 2548), น. 224.

[12] “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความสู่สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (ม.ป.ป.), น.38-39.

[13] ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2525), น.83-84.

1. สิทธิจะต้องเป็นความชอบธรรม

เป็นเรื่องของความถูกต้อง กฎหมายนั้นเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งขอบเขตหรือแบ่งส่วนในสังคมว่าส่วนใดเป็นของใคร เมื่อรู้ว่าเป็นส่วนของใครแล้วจะไม่เกิดข้อขัดแย้งกัน และส่วนใดที่เป็นกฎหมายแบ่งหรือกำหนดให้แก่ใคร คนนั้นก็มีความชอบธรรมที่จะใช้ หรือการกระทำใด ๆ ภายในขอบเขตที่เป็นส่วนของเขา ส่วนที่เขาควรจะได้รับ ส่วนที่เขามีความชอบธรรมที่จะใช้ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้ ส่วนนี้เองที่เรียกว่า “สิทธิ” ด้วยเหตุนี้ สิทธิจึงเป็นความชอบธรรม

กล่าวโดยทั่วไปแล้ว สิทธิไม่ใช่เป็นเพียงอำนาจ แต่จะต้องมีส่วนความถูกต้องในตัวเองด้วยจึงจะเรียกว่าสิทธิได้ ระบบของกฎหมายเกือบทั้งหมดอาจกล่าวได้ว่าสิทธิคือความชอบธรรมหรือความถูกต้อง นอกจากในบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือบางกรณีอาจไม่ใช่ความชอบธรรมแต่กฎหมายยอมรับ เช่น เรื่องการขาดอายุความ เพราะกฎหมายมิได้ทำหน้าที่เฉพาะรักษาความยุติธรรมเท่านั้น แต่มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยให้สังคมด้วย

2. สิทธิจะต้องมีบุคคลเป็นผู้ถือสิทธิ

สิทธิจะต้องมีบุคคลเป็นผู้ถือสิทธิ หรือที่เรียกว่า “ผู้ทรงสิทธิ” ซึ่งผู้ทรงสิทธิอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

3. สิทธิจะต้องเป็นสิ่งที่ยันกับบุคคลอื่นได้

เพราะฉะนั้นจึงต้องมีบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งตรงข้ามกับผู้ถือสิทธิ คือ “ผู้มีหน้าที่” เช่น ถ้าเป็นสิทธิของเจ้าหนี้นั้น ๆ ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็คือผู้ถือสิทธิ ส่วนผู้ที่ถูกยันสิทธิคือลูกหนี้

4. สิทธิจะต้องมีเนื้อหา

จะต้องมีข้อความที่เป็นประโยชน์ที่จะยืนยัน คุ้มครองรักษา อาจจะเป็นผลประโยชน์ทางทรัพย์สินที่เป็นสิ่งที่มีรูปร่าง หรือผลประโยชน์ในทางจิตใจซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างก็ได้ เช่น เนื้อหาของสิทธิของเจ้าหนี้ คือเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ถ้าเป็นหนี้เงินต้องชำระเงินต้นและดอกเบี้ย เป็นต้น

คำที่ควบคู่กับสิทธิ คือคำว่า เสรีภาพ มีการใช้คำว่าสิทธิและเสรีภาพปะปนกันไป ซึ่งเสรีภาพ หมายถึง ภาวะของบุคคลที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น เป็นสภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง อย่างไรก็ตาม ต้องเป็นการตัดสินใจด้วยตนเองที่จะกระทำหรือไม่กระทำการสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย การที่มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ใน

สังคมแล้วแต่ละคนจะตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการสิ่งใดนอกเหนือ นอกจากต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ย่อมต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของสังคม ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรมด้วย

บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงจะมีในฐานที่เกิดมาเป็นมนุษย์ เรียกรวม ๆ กันไปว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) ในเยอรมันเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่บุคคลรวม ๆ กันว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Basic Rights หรือ Fundamental Constitutional Rights)[14]

2.2.2 พัฒนาการทางด้านความคิดเกี่ยวกับสิทธิ

สำนักกฎหมายธรรมชาติมีความเชื่อว่ามนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติและจักรวาล ซึ่งมีกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเองโดยไม่มีผู้ใดบงการ และสิ่งเดียวกันนี้ก็อยู่ในตัวของมนุษย์ด้วยเช่นกัน ทำให้มนุษย์สามารถที่จะใช้เหตุผลดังกล่าวในการเรียนรู้ศึกษาธรรมชาติเพื่อเข้าใจตัวมนุษย์เองและสังคมของมนุษย์ ซึ่งแนวคิดนี้แตกต่างกับสำนักกฎหมายบ้านเมืองอย่างสิ้นเชิง สำนักกฎหมายบ้านเมืองมีแนวคิดว่า การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะมีสิทธิกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่นั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ การกระทำการนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้อาจเป็นความผิดได้ การอธิบายดังกล่าวมีแนวคิดบนพื้นฐานเรื่องของ “อำนาจ” ระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง ดังนั้น การได้มาซึ่งสิทธิจึงขึ้นอยู่กับผู้ปกครองที่จะกำหนด ซึ่งเป็นแนวคิดที่สนับสนุนการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจ เช่น การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ [15]

ชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้พวกขุนนางและกษัตริย์ให้หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่พวกตน โดยการให้หลักประกันดังกล่าวมักจะกระทำในรูปของเอกสารต่าง ๆ ข้อเรียกร้องที่สำคัญได้แก่ Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 พวกขุนนางไม่พอใจพระเจ้าจอห์นซึ่งปกครองประเทศอังกฤษ เหตุเพราะพระเจ้าจอห์นมักจะเก็บภาษีตามใจชอบ จึงมีการรบพุ่งกัน พระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายแพ้ จึงต้องยอมประทับตราลงใน Magna Carta โดยมีสาระสำคัญว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ มาตรา 39 จึงกำหนดว่า “อิสรชนไม่อาจจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประการ หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย ต่อมา ในศตวรรษที่ 17 ในปี ค.ศ. 1628 สภาขุนนางและสภาสามัญของประเทศอังกฤษได้ร่วมกันยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล ขอให้ยอมรับเอกสาร “Petition of Right”

---

[14] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.17-18.

[15] ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ, สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันพระปกเกล้า, 2547), น.6-7.

มีสาระสำคัญ ดังนี้ (1) บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใด ๆ โดยปราศจากความยินยอมโดยพระราชบัญญัติของสภา (2) บุคคลจะไม่ถูกจำคุกหรือคุมขัง เว้นไว้แต่จะเป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร (3) การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบกทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก (4) การสั่งให้ดำเนินกระบวนพิจารณาโดยกฎอัยการศึกจะต้องถูกเพิกถอนและแสดงว่าเป็นโมฆะ จากเหตุการณ์ดังกล่าว ประชาชนก็สามารถอ้างสิทธิต่าง ๆ ได้โดยอ้างพระบรมราชโองการที่ยืนยันความมีอยู่แห่งสิทธินั่นเอง

จอห์น ล็อค (John Lock) นักปราชญ์สำนักกฎหมายธรรมชาติ เป็นบุคคลซึ่งมีบทบาทสำคัญในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ โดยล็อคได้เขียนหนังสือ “Two Treaties on Civil Government” ล็อคเห็นว่า ชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ที่เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิดโดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจจะถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นโดยสัญญาประชาคม ซึ่งกรรมสิทธิ์ตามแนวความคิดของยุคกลางและแนวความคิดของศตวรรษที่ 17 ถือว่ารวมอยู่ในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย ล็อคเรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร เพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สำหรับแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐได้รับการพัฒนาต่อมาโดยมองเตสกิเออ (Montesquieu)

Sir Edward Coke นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ เป็นผู้ซึ่งสนับสนุนเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิต และกรรมสิทธิ์โดยกฎหมายบัญญัติ และได้ก่อให้เกิดพัฒนาการต่อเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิต ร่างกายและกรรมสิทธิ์ Coke เห็นว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แนวความคิดนี้ได้รับการพัฒนาต่อมาจนในศตวรรษที่ 18 ได้มีการประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกาและในฝรั่งเศส โดยในชั้นแรกได้มีการประกาศ “Bill of Rights” ของรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Bill von Virginia ในปี ค.ศ. 1776 แนวความคิดดังกล่าวได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งในการประกาศความเป็นอิสระของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ข้อแรกว่า “โดยธรรมชาติแล้ว มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิด แม้เมื่อได้ตกลงดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมโดยสัญญาประชาคมใด ๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ไม่อาจพรากสิทธิเหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้...” การประกาศความเป็นอิสระของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว “ถือว่าความจริงต่อไปนี้มีความชัดแจ้งในตัวเอง มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมิอาจสละทิ้งได้บางประการให้แก่มนุษย์

สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสดงหาความสุขให้แก่ตน[16] ฝรั่งเศสมีการประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ในช่วงของการปฏิวัติของฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 สภาแห่งชาติได้กล่าวถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่ออำนาจของรัฐทั้งหมด ประกาศดังกล่าวได้กล่าวถึงเสรีภาพและหลักการที่สำคัญ เช่น เสรีภาพทั่วไปในการกระทำการอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย เสรีภาพในทางศาสนา สิทธิในกรรมสิทธิ์ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักอธิปไตยของปวงชน รวมทั้งแนวความคิดเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของมหาชน[17]

ประกาศสิทธิของมนุษย์ทั้งสองฉบับมีอิทธิพลต่อหลักการสิทธิและเสรีภาพอย่างสำคัญในศตวรรษที่ 19 และ 20 หลักการดังกล่าวมีอิทธิพลต่อประเทศในยุโรปเกือบทั้งหมด และต่อประกาศต่าง ๆ เกือบทั่วโลก

2.2.3 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ อาจแบ่งแยกได้ตามหลักเกณฑ์เป็น 3 หลักเกณฑ์ ดังนี้[18]

2.2.3.1 การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน

Georg Jellinek เป็นผู้เสนอแนวคิดในการแบ่งสิทธิ โดยแบ่งกลุ่มของสิทธิและเสรีภาพตามลักษณะของการใช้ของประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

1. สิทธิในเชิงปฏิเสธ (Status Negativus) หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใด ๆ ของรัฐ การใช้สิทธิเสรีภาพประเภทนี้เป็นเรื่องที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการไปได้เองโดยรัฐไม่จำต้องเข้ามาดำเนินการใด ๆ สิทธิประเภทนี้เป็นสิทธิที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ สิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน (Abwehrrecht) อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐหรือการละเมิดของรัฐ จากสิทธิในการป้องกันของปัจเจกบุคคลดังกล่าวนี้

---

[16] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), น.27.

[17] Albert Bleckrmann, *อ้างไว้* หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, บรรเจิด สิงคะเนติ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.37.

[18] บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.52-54.

ปัจเจกบุคคลอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ ในกรณีที่มีการแทรกแซงหรือมีการละเมิดจากรัฐ หรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำดังกล่าวได้

2. สิทธิในเชิงสิทธิเรียกร้อง (Status Positivus) หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิประเภท “สิทธิเรียกร้อง” สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดี ตามทัศนะของ Jellinek เห็นว่า สิทธิที่เป็นศูนย์กลางของสิทธิประเภทนี้คือสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

3. สิทธิกระทำการ (Status Activus) หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่ปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์ของรัฐ สิทธิประเภทนี้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของ “สิทธิของพลเมือง” อันได้แก่ สิทธิของผู้เลือกตั้ง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่น ๆ สิทธิประเภทนี้มักจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาติเท่านั้น

2.2.3.2 การแบ่งโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ

1. สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิของทุก ๆ คน (Menschenrechte) สิทธิประเภทนี้ได้แก่สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทุก ๆ คน โดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น ๆ ด้วย สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่า เพราะเขาเกิดมาเป็นมนุษย์

2. สิทธิพลเมือง (Buergerrechte) สิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น

2.2.3.3 การแบ่งสิทธิโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ

1. สิทธิกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป (Grundrechte mit einfachem Gesetzvorbehalt) ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเพียงแต่เรียกร้องว่าการจำกัดสิทธินั้นอาจจะกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย สิทธิกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปนี้ไม่ได้เรียกร้องเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิประการอื่น

2. สิทธิกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ (Grundrechte mit qualifizertem Gesetzvorbehalt) ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเรียกร้องว่าการแทรกแซงในสิทธิโดยกฎหมายนั้นจะต้องผูกพันอยู่กับ

สถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งหรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

3. สิทธิที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย (Grundrechte ohne Gesetzvorbehalt) เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดสิทธินั้นไม่อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิโดยกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม สำหรับสิทธิในการกระทำ อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของผู้อื่นหรือส่วนรวมได้ไม่มากก็น้อย แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ ไว้ชัดเจน แต่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้อื่น หรือต่อประโยชน์ส่วนรวม (General Interest) หรือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ไม่ได้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร วรรคสอง บัญญัติว่า การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ดังนั้น บุคคลจะใช้เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ โดยการเดินเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นหรือเข้าไปปลูกสร้างบ้านในที่ดินของผู้อื่น โดยที่เจ้าของที่ดินไม่ยินยอมไม่ได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรือเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ[19]

2.2.4 ขั้นตอนการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutz)

ต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ ซึ่งประกอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutzgedanke) ระบบการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในนิติรัฐ อาจแบ่งได้เป็นสองขั้นตอน ดังนี้

2.2.4.1 การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกัน เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายในอำนาจบริหารในส่วนของฝ่ายปกครอง โดยให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งแต่เริ่มดำเนินการรับเรื่อง สืบหาข้อเท็จจริง ปรับข้อเท็จจริงที่ยุติเข้ากับข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ จนถึงขั้นตอนของการวินิจฉัยและออกนิติกรรมทางปกครอง เช่น คำสั่ง หรือใบอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการ

---

[19] Christian STARCK, Introduction, in Christian STARCK (ed.), Main Principles of the German Basic Law, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 1983, p.12.

ทุกขั้นตอนโดยชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ และชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติทางปกครอง ทำนองเดียวกับการพิจารณาคดีของศาล [20]

การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกันภายใต้ข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการกระทำของรัฐให้สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะทำได้ ประเทศไทยจึงได้ตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดหลักวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ หลักการพิสูจน์ความจริง หลักการรับฟังคู่กรณี หลักการขอตรวจดูเอกสาร หลักการให้เหตุผล เป็นต้น ซึ่งอาจเทียบได้กับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติของประเทศอังกฤษ หลักกฎหมายในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการในการควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจและอย่างบิดเบือนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

2.2.4.2 การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไข เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว อันมีผลไปกระทบสิทธิหรือโต้แย้งสิทธิของประชาชน ซึ่งได้แก่การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในของฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอีกประการหนึ่ง อำนาจควบคุมตรวจสอบทั้งสองประการนี้แตกต่างกัน กล่าวคือ องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการหรือศาลจะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนการควบคุมตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครองนั้นจะควบคุมตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ เนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของนิติกรรมทางปกครอง [21]

การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไขในส่วนของอำนาจตุลาการ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองว่ามีการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการต้องมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

2.2.5 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ความคิดในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาจากการเกิดความคิดเสรีนิยมของประชาชนที่ในอดีตรัฐไม่เคยให้ความเคารพในสิทธิหรือเกียรติของประชาชน แต่กลับเปลี่ยนความคิดเป็นว่ารัฐไม่มีอำนาจที่จะกระทำการใดอันเป็นการละเมิดต่อความมีเกียรติของประชาชน สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเริ่มแรกคือเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่คุ้มครองประชาชนต่อการออกหมายจับตาม

---

[20] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญชน, 2554), น.152.

[21] กฎหมายปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.152 - 153.

อำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์และเป็นความดีงามในทางจริยศาสตร์ที่สำคัญที่สุด M.Kriele เห็นว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ ส่วนสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ เป็นสิทธิตามกฎหมายปฏิฐานที่ใช้บังคับกันอยู่เป็นตัวบทบัญญัติ M.Kriele พิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานในเชิงกฎหมาย และพิจารณาสิทธิมนุษยชนในเชิงปรัชญา ส่วน J. M. Wintrich เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีลักษณะที่อยู่เหนือตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีอยู่ก่อนการบัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญมิได้สร้างศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ขึ้นมา แต่เขาพบว่ามีอยู่ก่อนแล้วและยอมรับปฏิบัติ นอกจากข้อห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจแล้ว การให้ความเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ก็เป็นการแสดงถึงความยุติธรรมด้วย การคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์จะมีคุณค่าสูงสุดในรัฐธรรมนูญ [22]

2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

กฎหมายปกครอง เป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับเอกชน กฎหมายปกครองโดยสภาพแล้วจะก่อความไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้บังคับ ซึ่งได้แก่ฝ่ายปกครอง กับผู้ถูกบังคับใช้คือประชาชน ด้วยเหตุที่ว่าฝ่ายปกครองนั้นกระทำการอย่างใด ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าวอาจจำเป็นต้องล่วงล้ำหรือกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชน แต่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องการกระทำดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” และหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย[23]

2.3.1 หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการ

---

[22] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 129.

[23] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554), น.46-48.

อยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ

มีข้อพึงสังเกตว่า โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายจารีตประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของตนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ อันเป็นการก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิของราษฎรได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ สิทธิที่กล่าวถึงไม่ได้หมายความเฉพาะสิทธิต่าง ๆ ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่หมายถึงสิทธิที่ราษฎรได้รับมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย กรณีที่กล่าวมานี้ดูจะไม่มีปัญหาใด ๆ สำหรับการบังคับใช้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” แต่หากเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการอันเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล แต่กระทำการในลักษณะที่ส่งเสริมสนับสนุนให้บุคคลนั้นใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ หรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เป็นการให้ความช่วยเหลือประชาชน กรณีดังกล่าวนี้ยังจำเป็นต้องเรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยมีฐานทางกฎหมายรองรับหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งจำเป็นที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวและมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่ ปัญหานี้ยังเป็นปัญหาที่หาข้อยุติในทางวิชาการไม่ได้ แม้ในต่างประเทศการยึดถือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ก็ยังมีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรไทยแล้ว หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ย่อมมีความหมายดังนี้

1) มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎร จำเป็นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าวนั้นเสมอ เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลไปเข้ารับราชการทหาร การเข้าตรวจค้นเคหะสถาน การลงโทษทางวินัยแก่นักศึกษา เป็นต้น

2) มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่าย

ปกครองอาจกระทำการได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎรนั้นจะต้องมีรากฐานความชอบธรรมในทางกฎหมาย อันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกร การอนุญาตให้กู้ยืมเงินไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรม จะต้องมีการกำหนดวงเงินงบประมาณเพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากมาตรการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งให้ประโยชน์แก่เอกชนรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายเป็นมาตรการที่เห็นได้ชัดเจนว่ากระทบกับสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนรายอื่นแล้ว จำเป็นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครองอย่างชัดแจ้งเสมอ มิฉะนั้นแล้วการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญได้

3) มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ เช่น ข้าราชการ นักเรียน นักโทษ ทหารเกณฑ์ ฯลฯ ย่อมเป็นมาตรการที่มีฐานทางกฎหมายรองรับอย่างชัดแจ้ง หากมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษเหล่านั้น แต่หากมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับกับบุคคลดังกล่าวในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่กระทบสิทธิส่วนบุคคลที่บุคคลนั้นมี (ทั้งนี้ต้องคำนึงด้วยว่าสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลกลุ่มนี้อาจถูกจำกัดลงโดยสภาพของความสัมพันธ์) องค์กรฝ่ายปกครองอาจกำหนดมาตรการต่าง ๆ ได้แม้จะไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดแจ้ง มาตรการใดเป็นมาตรการที่กระทบกับสิทธิส่วนบุคคล มาตรการใดเป็นมาตรการที่เพียงแต่กำหนดขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ขององค์กรบรรลุผลและยังถือไม่ได้ว่ากระทบกับสิทธิส่วนบุคคล จะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป

2.3.2 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ การที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนั้นให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจาก หลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

กระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

2.4 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง

หลักนิติรัฐกำหนดให้การกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนผู้ถูกกระทบสิทธิย่อมเสนอคำฟ้องของตนต่อศาลปกครองได้ ศาลปกครองจึงมีหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง โดยการดำเนินการของศาลปกครองต้องอาศัยทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติ แต่ในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย เพราะว่าสถานการณ์นั้นไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว จารีตประเพณีก็ไม่มี กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหาไม่ได้ จึงต้องใช้กฎหมายทั่วไป เพราะศาลไม่อาจปฏิเสธความยุติธรรมโดยอ้างเหตุว่าไม่มีกฎหมายไม่ได้ ศาลปกครองจึงต้องแสวงหาหนทางที่จะอำนวยความยุติธรรมทางปกครองให้กับคู่กรณี และในบางครั้ง การแก้ไขปัญหาดังกล่าวทำได้โดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของตนหรือจากการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองของต่างประเทศ โดยการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาอุดช่องว่างของกฎหมายมี 3 แนวทาง คือ แนวทางที่ 1 อ่านกฎหมายเรื่องนั้นทั้งหมดแล้วสังเคราะห์ออกมาว่ามีหลักอะไรที่เป็นหลักพื้นฐาน หลักทั่วไปของกฎหมายฉบับนั้นเรื่องนั้น แนวทางที่ 2 หากอ่านกฎหมายเรื่องนั้นทั้งหมดแล้ว ยังค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ จึงต้องศึกษาจากหลักกฎหมายโรมัน สุภาษิตกฎหมายในภาษาลาตินที่มาจากกฎหมายโรมัน และแนวทางที่ 3 หลักสากลที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศชั้นนำส่วนใหญ่ หลักกฎหมายบางอย่างอาจจะไม่ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ แต่เมื่อได้มีการสำรวจกฎหมาย ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบหากเห็นว่าหลักกฎหมายเดียวกันมีใช้ในหลายประเทศ ถ้าหลักกฎหมายตรงกันหมดของประเทศอารยะทั้งหลายก็มี ศาลก็นำมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้ โดยรากฐานของทุกระบบกฎหมายจะมีข้อความคิดพื้นฐานของมนุษย์ อันเป็นหลักในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในสังคม ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญเป็นอย่างมากในการค้นหา ใช้ และพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง ซึ่งในกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายปกครอง ต่างก็มีหลักกฎหมายทั่วไปประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติ กฎหมายแพ่งมีหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมาย เช่น “หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” “หลักสุจริตด้วยกัน

ผู้ประมาทย่อมเสียเปรียบ" "หลักความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด" กฎหมายอาญามีหลักกฎหมายทั่วไป เช่น "หลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen sine lege)" และ "หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege)" สำหรับกฎหมายปกครองนั้น หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักมีที่มาจาก "หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural law)" หรือ "หลักความเป็นธรรม" ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองที่ศาลปกครองนำมาปรับใช้กับคดี เช่น [24]

1) หลักความเสมอภาค โดยหลักความเสมอภาคเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับว่ามีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ เป็นหลักประกันสิทธิของราษฎรว่าจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

2) หลักความเป็นกลาง หลักนี้เกิดขึ้นจากความคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้ส่วนเสียอยู่ บุคคลนั้นก็จะสูญเสียความเป็นกลางและจะไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ได้ ดังนั้น หลักนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งนำมาสู่หลักการคัดค้านผู้พิพากษาซึ่งมีประโยชน์ได้เสียในคดีมิให้เป็นผู้วินิจฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครอง ที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการในคณะกรรมการใด ๆ ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้ส่วนเสียอยู่ ตามระบบกฎหมายไทย หลักดังกล่าวถูกนำมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 13 ถึงมาตรา 20

สำหรับในต่างประเทศ ได้ยอมรับหลักความเป็นกลางในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปมานานแล้ว และได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) มาตรา 6 – 1 วรรคแรก ที่ว่า "บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะถูกตัดสินการกระทำของตนโดยศาลที่อิสระและมีความเป็นกลาง ซึ่งได้รับการจัดตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างเป็นธรรม เปิดเผย ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งหรือการถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามกฎหมายอาญา"

3) หลักการมีสิทธิในการปกป้องตนเองของประชาชน หลักนี้บังคับว่า ก่อนการวินิจฉัยสั่งการที่อาจกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใด ฝ่ายปกครองต้องให้โอกาสบุคคลนั้น มีโอกาสโต้แย้งชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานของตน ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลนั้นอยู่ในสถานะที่จะปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของตนได้อย่างแท้จริง ฝ่ายปกครองต้องแจ้งข้อเท็จจริง

---

[24] บุปผา อัครพิมาน, "หลักกฎหมายทั่วไป," ในรวมบทความกฎหมายมหาชน, จาก www.pub-law.net, เล่ม 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550),น. 77-94.

ที่จะใช้เป็นข้อมูลในการออกคำสั่งและเหตุผลที่จะใช้ในการออกคำสั่งให้แก่บุคคลนั้นทราบ รวมทั้งต้องให้เวลาพอสมควรแก่บุคคลนั้นในการเตรียมพยานหลักฐานของตน

สำหรับระบบกฎหมายไทย ได้นำหลักการมีสิทธิปกป้องตนเองของประชาชนมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งมีผลใช้บังคับทั่วไปสำหรับการออกคำสั่งทางปกครองทุกประเภท

4) หลักเสรีภาพเป็นหลักทั่วไป การจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น ในระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย การเคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นำมาซึ่งสิทธิเสรีภาพของพลเมือง โดยในธรรมนูญการปกครองประเทศของรัฐต่างๆ มักจะรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ของประชาชนไว้ ดังนั้น ประชาชนจึงมีสิทธิเสรีภาพเป็นหลักทั่วไป แต่ทั้งนี้ การใช้สิทธิเสรีภาพของตนจะต้องไม่ไปกระทบกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นและไม่กระทบต่อส่วนรวม ฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ก็แค่เพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเพื่อพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

5) หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองนี้ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวให้มีผลบังคับย้อนหลัง ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมประเภทที่มีผลเป็นการทั่วไป คือ “กฎ” หรือนิติกรรมที่มีผลเฉพาะรายเฉพาะกรณี คือ “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสมิได้ยอมรับในฐานะเป็น “หลักเด็ดขาด” แต่มีลักษณะสัมพัทธ์ กล่าวคือ หากมีกฎหมายยกเว้นให้นิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลังได้แล้ว นิติกรรมทางปกครองก็สามารถมีผลย้อนหลังได้ โดยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสมักจะใช้ถ้อยคำว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองให้ขัดกับหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง” สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น ได้มีการนำหลักดังกล่าวมากำหนดไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 53 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลตั้งแต่ขณะที่เพิกถอน หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้เฉพาะเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

(1) มีกฎหมายกำหนดให้เพิกถอนได้หรือมีข้อสงวนสิทธิให้เพิกถอนได้ในคำสั่งทางปกครองนั้นเอง

(2) คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติแต่ไม่มีการปฏิบัติภายในเวลาที่กำหนด

(3) ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เช่นนี้ในขณะทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่จะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

(4) บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีกฎหมายเช่นนี้ในขณะทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่การเพิกถอนในกรณีนี้ให้กระทำได้เท่าที่ผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

(5) อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว

จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายไทยยอมรับว่า โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายและเป็นการให้ประโยชน์ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

6) หลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาล ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐ

7) หลักการกระทำเดียวไม่อาจถูกลงโทษสองครั้ง เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาในเรื่องของการห้ามมิให้ลงโทษบุคคลที่เคยถูกลงโทษจากการกระทำเดียวกันนั้นมาแล้ว และหลักนี้ขยายเข้ามาใช้ในขอบเขตของกฎหมายปกครองในเรื่องการลงโทษทางวินัย ด้วยข้อความคิดพื้นฐานว่า บุคคลไม่อาจจะถูกลงโทษซ้ำจากการกระทำเดียวกัน และเป็นหลักที่ศาลต้องนำมาใช้แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ ซึ่งหลักนี้ สภาแห่งรัฐของประเทศเบลเยียมได้ตัดสินยอมรับมาโดยตลอด[25]

8) หลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

8.1) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักนี้ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อรักษาความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

8.2) หลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยเสมอ ทำให้รัฐสามารถจะ จัดตั้ง ปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะได้เสมอ

---

[25] C.E., 24 juin 1997, De Clerck, “C/Etat belge, no 66.946 : 17 janvier 1996, Verstraete c/Commune de Destelbergen et region falmmande, no 57.545 : 24 nov. 1995, Laemont c/Etat belge, no 56.431,” *อ้างไว้* รวมบทความกฎหมายมหาชน, จาก www.pub-law.net., เล่ม 6, บุปผา อัครพิมาน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), น. 94.

2.5 หลักการตีความกฎหมาย

ปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยในการใช้กฎหมาย คือ บทกฎหมายมีถ้อยคำไม่ชัดเจนหรือมีถ้อยคำที่คลุมเครือ หรืออาจมีหมายความได้หลายทาง จึงจำเป็นต้องมีการตีความบทกฎหมายนั้น แต่ปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ที่ใช้กฎหมายนำกฎหมายมาปรับใช้แล้วเกิดการไม่ยอมรับความเห็นในการปรับใช้นั้น ไม่ว่าจะเกิดจากการไม่ยอมรับระหว่างผู้ใช้กฎหมายด้วยกันเอง หรือระหว่างผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย การค้นหาความหมายหรืออธิบายความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน ถ้อยคำที่คลุมเครือหรืออาจมีความหมายได้หลายทางจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาก เพื่อจะได้นำกฎหมายไปปรับใช้ได้อย่างถูกต้องและเกิดความเป็นธรรมที่สุด

2.5.1 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี[26]

ในส่วนนี้จะนำเสนอหลักการตีความของระบบกฎหมายอังกฤษ มีหลักการตีความที่รู้จักกันทั่วไป3 หลัก คือ

1) หลัก Literal Rule เป็นหลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษร โดยหลักหรือแนวทางการตีความข้อนี้ ผู้พิพากษาหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมายจะแปลถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นปัญหาด้วยการอาศัยความหมายธรรมดาหรือความหมายปกติ (Ordinary sense) ของถ้อยคำนั้น ๆ เป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงว่าผลจากการแปลถ้อยคำตามความหมายธรรมดาเหล่านั้นจะมีเหตุมีผล (Sensible) มากน้อยเพียงใด (ทั้งนี้ เว้นแต่ถ้อยคำนั้นจะมีความหมายเฉพาะในลักษณะที่เป็นการกำหนดไว้เป็นบทนิยามศัพท์) โดยวิธีการตีความตามตัวอักษรนี้ ผู้พิพากษาหรือผู้มีหน้าที่ตีความที่จะต้องพิจารณาความหมายในทางภาษามากกว่าที่จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ เพราะในระบบกฎหมายจารีตประเพณี แนวความคิดของผู้พิพากษาของศาลอังกฤษถือว่าในการตีความกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเป็น Statutes นั้น ศาลไม่ได้ทำหน้าที่เป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย กล่าวคือไม่เหมือนกับการทำหน้าที่ของศาลสูงในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่เกิดจากข้อพิพาททั่วไป ซึ่งในกรณีนั้น ศาลสูงจะเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายจารีตประเพณี

หลักเกณฑ์ในการตีความถ้อยคำตามตัวอักษรนี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากนักกฎหมายอังกฤษ ทั้งที่เป็นผู้พิพากษาในระดับสูงและนักกฎหมายทั่วไปด้วยกันเอง โดยส่วนใหญ่จะเห็นว่าการที่ยึดมั่นในถ้อยคำนั้นน่าจะอยู่บนสมมติฐานที่ผิด ทั้งนี้โดยไปเข้าใจว่าถ้อยคำแต่ละคำจะมีความหมายเข้าใจได้โดยตัวของตัวเอง โดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาจากเนื้อความทั้งหมดของบทบัญญัติในกฎหมาย และการตีความตามตัวอักษรโดยให้ยึดมั่นต่อการใช้ความหมายจากพจนานุกรมนั้นน่าจะไม่ถูกต้องเสมอไป เพราะโดยปกติ พจนานุกรมจะให้ความหมายที่ไม่ใช่ความหมายในทางกฎหมายและโดยปกติย่อมจะมีหลายความหมาย และมีการเปลี่ยนความหมายไป

---

[26] อักขราทร จุฬารัตน, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : กฎหมายไทย, 2549), น.29-31.

โดยกาลเวลา จากข้อวิจารณ์หรือจากผลที่เกิดขึ้นจากการตีความในหลายเรื่องโดยการใช้หลัก Literal Rule ทำให้ศาลสูงของอังกฤษปรับปรุงหลักในการตีความกฎหมายแตกต่างไปจากหลักการตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดขึ้นบ้าง[27]

2) หลัก Golden Rule เป็นหลักการตีความเสริมประกอบหลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษร ไม่ใช่เป็นหลักการตีความที่เกิดขึ้นเป็นอิสระแยกต่างหากหลักหนึ่งอย่างแท้จริง เห็นได้จากคดีที่ศาลสูงอังกฤษได้ตัดสินตั้งแต่ประมาณปี ค.ศ. 1800 จนถึงปี ค.ศ. 1980 ที่มีการตีความโดยใช้หลัก Literal Rule กับหลัก Golden Rule กลับไปกลับมาอยู่ตลอดเวลา แม้จนกระทั่งในปัจจุบันนี้[28]

3) หลัก Mischief Rule เป็นหลักที่เปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น (Statutes) โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่นั้น ทั้งนี้สืบเนื่องจากการที่หลักกฎหมายระบบจารีตประเพณีที่ศาลสูงได้วางไว้แล้วก่อนหน้านั้นไม่อาจใช้บังคับกับกรณีที่เกิดขึ้นนั้นได้ ทำให้ต้องมี Statutes ออกมาใช้บังคับ ซึ่งหมายความว่าโดยปกติแล้วจะใช้หลัก Mischief Rule ต่อเมื่อไม่อาจจะใช้หลักกฎหมายที่เกิดหลักกฎหมายที่ศาลสูงวางไว้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นได้

ศาลสูงของอังกฤษได้วางหลักการนำหลัก Mischief Rule ไว้ว่า ประการที่หนึ่ง ศาลต้องพิจารณาว่าก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นนั้น หลักกฎหมายระบบจารีตประเพณีในเรื่องที่เป็นปัญหามีไว้ว่าอย่างไร ประการที่สอง ข้อบกพร่องที่หลักกฎหมายระบบจารีตประเพณีมิได้วางเอาไว้นั้นเป็นอย่างไร ประการที่สาม สิ่งที่รัฐสภาออกกฎหมายดังกล่าวมานั้นมีวิธีการแก้ไขข้อบกพร่องในเรื่องนั้นไว้อย่างไร และประการที่สี่ เหตุผลที่แท้จริงในการกำหนดวิธีการแก้ไขจุดบกพร่องนั้นคืออะไร[29]

2.5.2 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายนี้ จะมีนิติวิธีในการใช้และการตีความกฎหมายที่สอดคล้องกันทั้งสิ้น แม้ว่าในบางประเทศอาจใช้ชื่อเรียกหรือเน้นใช้ถ้อยคำต่างกัน หรืออาจมีการแยกแยะรายละเอียดมากน้อยแตกต่างกัน แต่โดยหลักทั่วไปจะตรงกัน โดยมีหลักสำคัญ 2 ประการดังนี้

1) หลักการตีความตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation) คือการตีความที่ยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษรเช่นเดียวกับหลักการตีความ Literal Rule ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะแตกต่างกันตรงที่ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะไม่ใช้วิธีพิจารณาเฉพาะแต่ถ้อยคำประการเดียว

---

[27] การตีความกฎหมาย, *เพิ่งอ้าง*, น.39-41.

[28] *เพิ่งอ้าง*, น.46.

[29] *เพิ่งอ้าง*, น.48-49.

หรือจะไม่ใช้วิธีหาความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรก่อน จนเมื่อไม่สามารถที่จะค้นหาความหมายที่แท้จริงได้จึงจะไปใช้หลักการตีความที่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเหมือนอย่างในระบบอังกฤษ ทั้งนี้ นอกจากเหตุผลที่สืบเนื่องจากประวัติความเป็นมาและนิติวิธีของระบบกฎหมายนี้ที่ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมาย หรือพระราชบัญญัติที่กำหนดขึ้น ย่อมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพียงประการเดียว มิได้มีหลักกฎหมายอื่นทำนองเดียวกับในประเทศอังกฤษที่มีทั้งหลักกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิม และกฎหมายเฉพาะเรื่อง (Statutes) ซึ่งนักกฎหมายอังกฤษถือว่ากฎหมายเฉพาะเรื่องเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายจารีตประเพณี เหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือนักกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีทัศนะต่อการใช้การตีความกฎหมายว่าถ้อยคำที่คนทั่วไปเข้าใจว่าสามารถแปลได้ตามความหมายธรรมดานั้นเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนเสมอไป เพราะถ้อยคำที่เข้าใจได้ตามความหมายธรรมดานั้น ความจริงแล้วอาจมีความหมายอย่างอื่นได้อีกด้วย และแม้ถ้อยคำที่คนคนหนึ่งอาจจะเห็นว่า ถ้าแปลเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลประหลาด แต่สำหรับอีกคนหนึ่งอาจเห็นว่าไม่ได้เป็นเช่นนั้นก็ได้ [30]

ตัวอย่างเช่น คำว่า “กลางวัน” ดูว่าเป็นถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนในตัว แต่เมื่อเกิดเป็นคดีความ อาจมีปัญหาว่า กลางวันนั้นเริ่มตั้งแต่เมื่อใดและสิ้นสุดลงเมื่อใด หรืออีกตัวอย่างเช่น การใช้คำว่า “หรือ” กับคำว่า “และ” แม้ว่าโดยทั่วไปสองคำนี้จะมีความหมายที่แตกต่างกัน แต่ในบางกรณีก็อาจเกิดปัญหาจากการใช้คำเหล่านี้มาบัญญัติเป็นกฎหมายได้ เช่น “ห้ามมิให้บุคคลใดล่าช้างและกวางโดยไม่ได้รับอนุญาต” ในกรณีเช่นนี้ ต้องเข้าใจว่า ผู้ร่างหมายถึงการห้ามล่าสัตว์ชนิดหนึ่งชนิดใดก็เป็นความผิดแล้ว คงจะไม่หมายความว่าจะต้องล่าสัตว์ทั้งสองชนิดจึงจะมีความผิด ซึ่งถ้าตีความตามถ้อยคำโดยเคร่งครัดแล้วจะทำให้ตัวบทกฎหมายนั้นเกือบจะไม่มีประโยชน์ตามความมุ่งหมายของกฎหมายแต่อย่างใด

2) หลักการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Logical Interpretation หรือ Purposive Approach)[31]

ปลายศตวรรษที่ 19 มีแนวความคิดของนักวิชาการทางกฎหมาย สถาบัน School of Free Scientific Research เห็นว่า การตีความโดยยึดมั่นอย่างเคร่งครัดในตัวบทของประมวลกฎหมายนั้นไม่น่าจะมีเหตุผลเพียงพอที่จะยึดเป็นหลักในการตีความกฎหมายได้อย่างแท้จริง เพราะเมื่อมีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ ยิ่งเวลาผ่านไปนานเท่าใดก็จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ายิ่งจะเป็นการยากที่จะทราบได้ถึงเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกกฎหมายมากขึ้นเท่านั้น และโดยอย่างยิ่งเมื่อต้องใช้บทบัญญัตินั้นต่อสถานการณ์หรือเหตุการณ์ในภายหลังที่ผู้ตรากฎหมายในขณะนั้นไม่อาจคาดเห็นได้

---

[30] การตีความกฎหมาย, *เพิ่งอ้าง*, น.63-65.

[31] *เพิ่งอ้าง*, น.69-74.

การยึดมั่นอยู่ในการตีความตามถ้อยคำตามตัวอักษรจึงไม่ทำให้การใช้กฎหมายถูกต้องและเป็นธรรมแก่สังคมได้ เช่นนี้แล้ว ผู้มีหน้าที่ตัดสินชี้ขาดก็จะต้องใช้บทบัญญัติในทางสร้างสรรค์มากขึ้น โดยเริ่มจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย ต้องแปลบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับความเป็นธรรมในสังคมและเป็นไปตามเจตจำนงของสังคมส่วนใหญ่ หรือธรรมเนียมประเพณีของบ้านเมือง วิธีการนี้จะทำให้บทบัญญัติเหล่านั้นสามารถที่จะใช้ได้กับทุกเวลาและในทุกสถานการณ์อย่างทันสมัยอยู่เสมอ จึงทำให้มีการใช้หลักการตีความตัวตัวอักษรควบคู่ไปกับการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยในประการแรก ศาลหรือผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายจะพิเคราะห์ถ้อยคำตามตัวอักษรเป็นหลัก ถ้าปรากฏว่าจากความหมายของถ้อยคำดังกล่าวนั้นจะก่อให้เกิดผลที่ประหลาด หรือความหมายของถ้อยคำนั้น ๆ มีความหมายกำกวมอาจแปลได้หลายความหมาย หรือบทบัญญัติในกฎหมายนั้นบกพร่องจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างของกฎหมาย ศาลหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความย่อมสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งวิธีการนี้เป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายและเป็นที่ยอมรับเหมือนกันในทุกประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในการพิเคราะห์จะเริ่มด้วยการพิจารณาจากโครงสร้างของกฎหมายนั้นเป็นอันดับแรก และจากบทบัญญัติทั้งหลายตามโครงสร้างของกฎหมายที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกันนั่นเอง ก็อาจทำให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้ชัดเจนขึ้น ในประการต่อมาอาจพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น ซึ่งสามารถค้นหาได้จากตัวร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกหลักการและเหตุผล บันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมาธิการของรัฐสภา หรือแม้กระทั่งรายงานการประชุมของสภา

นอกจากจะใช้วิธีข้างต้นแล้ว ในกรณีที่ปรากฏว่าภายหลังจากที่ได้ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแล้ว เมื่อมีปัญหาตีความกฎหมายเกิดขึ้นอันสืบเนื่องจากมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่คาดเห็นล่วงหน้าเกิดขึ้น ซึ่งบทบัญญัติในกฎหมายเรื่องนั้นมิได้กล่าวถึงอย่างแจ้งชัด ในกรณีนี้อาจใช้แนวทางการตีความที่เรียกว่าหลักการตีความตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย (Teleological Interpretation) คือวิธีการตีความโดยการขยายความบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้ตราไว้ในขณะหนึ่ง แต่ต่อมามีเหตุการณ์ที่อาจไม่ได้คาดเห็นในขณะที่มีการตรากฎหมายนั้นเกิดขึ้น และนำบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วนั้นมาใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่ไม่คาดเห็นนั้นได้ เป็นแต่เพียงว่าบทบัญญัติที่ว่ามีอยู่นั้นจะมีความหมายรวมถึงกรณีที่เป็นปัญหาหรือไม่ ซึ่งอาจตรงข้ามกับวิธีการพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายที่มุ่งค้นหาวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายดั้งเดิมของกฎหมายนั้น ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 ตัดสินโดยที่ประชุมใหญ่ว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นลักทรัพย์ แต่ในคำพิพากษานั้นเองมิได้ให้เหตุที่ชัดเจนไว้ ซึ่งก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ในทางวิชาการเป็นอย่างมาก โดยมีการอธิบายว่า ประมวลกฎหมายอาญาได้ตั้งใจ

ใช้คำว่า ทรัพย์ กับคำว่า ทรัพย์สิน โดยความหมายต่างกัน และคงจะใช้ตามความหมายต่างกัน ทั้งนี้ โดยอ้างว่าตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความหมายของคำว่า “ทรัพย์” กับคำว่า “ทรัพย์สิน” มีความหมายที่กว้างแคบกว่ากัน แต่เหตุผลดังกล่าวก็ไม่อาจที่จะฟังได้โดยปราศจากข้อโต้แย้งเสียทีเดียวเพราะในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในประมวลกฎหมายอาญานั้นเองก็ยังใช้คำว่าทรัพย์และทรัพย์สินปะปนกันอยู่หาได้แยกใช้จากกันโดยเคร่งครัเสมอไปไม่ และท้ายที่สุดก็คงอ้างว่าเมื่อเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศก็ดูเหมือนว่าหลาย ๆ ประเทศ ก็ถือว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นการลักทรัพย์เหมือนกัน เช่น ประเทศอิตาลี[32]

ส่วนในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกล่าวไว้แต่อย่างใด ศาลจำเป็นที่จะต้องใช้หลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง (Analogy) มาบังคับกับกรณีที่เกิดปัญหานั้นเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่มีข้อจำกัดในการใช้หลักนี้เหมือนกันในทุกประเทศที่จะไม่ใช้ในทางกฎหมายที่มีโทษอาญา เพราะจะขัดกับหลักกฎหมายว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดการกระทำอันใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ก็จะลงโทษมิได้[33]

2.6 สาระสำคัญเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

การดำเนินกิจกรรมทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น จำเป็นจะต้องมีเครื่องมือที่ใช้ในการปฏิบัติภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะให้บรรลุวัตถุประสงค์ แต่เนื่องด้วยภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองมีความหลากหลาย ประเภทของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงมีความหลากหลายไปด้วย ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองที่อยู่ในแดนของกฎหมายมหาชนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือว่าเอกชน หรือเลือกใช้เครื่องมือที่อยู่ในแดนของกฎหมายเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชนคนอื่นได้ด้วยเช่นกัน ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าหากกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนแล้วจะสะดวกและเป็นประโยชน์มากกว่าการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียวสั่งการ แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะกระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เนื่องจากเป็นแดนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนโดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนแต่อย่างใด[34] ซึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายมหาชน เรียกว่าการกระทำทางปกครอง

---

[32] การตีความกฎหมาย, น.73-82.

[33] *เพิ่งอ้าง*, น.83-84.

[34] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546) ,น.68.

2.6.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

มีนักวิชาการได้ให้ความหมายของการกระทำการทางปกครองไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้ให้ความหมายของการกระทำทางปกครอง ไว้ว่า การกระทำทางปกครองคือการกระทำที่มิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ ตุลาการ หรือการเมือง มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของประชาชน การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน รวมถึงการวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย[35]

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของการกระทำทางปกครอง ไว้ว่า โดยหลักแล้ว "การกระทำทางปกครอง" คือผลิตผล (Product) ของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่ผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติไม่อาจจัดเป็นการกระทำทางปกครองได้เลย[36]

2.6.2 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง แบ่งได้เป็น 4 รูปแบบ ดังนี้

1) นิติกรรมทางปกครอง

ทฤษฎีเรื่องนิติกรรมทางปกครองได้ถูกนำไปใช้ในหลายประเทศ โดยใช้คำในภาษานั้นๆ ที่มีความหมายทำนองเดียวกัน เช่น กฎหมายฝรั่งเศสใช้คำว่า "Acte Administratif"[37] กฎหมายเยอรมันใช้คำว่า "Verwaltungsakte"[38] กฎหมายสเปนใช้คำว่า "Acto Administrativo" และในกฎหมายอิตาลีใช้คำว่า "Atto Amministrative" แต่คำต่าง ๆ เหล่านี้อาจมีความหมายและขอบเขตของเนื้อหาที่แตกต่างกัน โดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" คือการแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครองเพื่อให้การเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์

---

[35] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), น.27.

[36] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น.145.

[37] ศาสตราจารย์ไอเซ็นมาน, อธิบายคำว่า "actes administrafifs," ว่าที่จริงแล้วเป็นคำที่ย่อมาจากคำเต็มที่ว่า "actes juridiques administratifs," หรือ "actes juridiques du droit administrafifs," *อ้างไว้* "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 9, ตอน 1, ชาญชัย แสวงศักดิ์, น.165(เมษายน 2533).

[38] มาจากคำเต็มว่า 'Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechtes," โดยรับเอาแนวคิดทฤษฎีมาจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, *อ้างไว้* Mahendra P. Sngh. (2000). German Administrantive Law in Common Law Perspective, p.32.

(Ordonnancement juriduque)[39] หรือหมายถึงการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งมุ่งโดยตรงให้เกิดผลในทางกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายในขณะใดขณะหนึ่ง[40] ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศเบลเยี่ยม ประเทศอิตาลี และประเทศโปรตุเกส คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" มีความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ ครอบคลุมถึงการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ที่มีผลบังคับเฉพาะรายหรือมีผลบังคับต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรียกว่า "คำสั่งทางปกครอง" และยังครอบคลุมถึงการใช้อำนาจซึ่งมีลักษณะเป็นการวางกฎ ข้อบังคับ หรือหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่ระบุกรณีหรือตัวบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงด้วย ซึ่งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรียกว่า "กฎ" สำหรับประเทศลักเซมเบิร์กหรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" จะมีความหมายที่แคบกว่า โดยหมายถึงเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะรายหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปหรือกฎ สำหรับประเทศไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติคำว่า "คำสั่งทางปกครอง" และ "กฎ" ไว้โดยเฉพาะแล้ว ในทางปฏิบัติจึงมักไม่ค่อยใช้คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง"[41]

นิติกรรมทางปกครอง จึงหมายถึง สิ่งที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปแล้วก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองผู้กระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน[42] ซึ่งการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองนี้ ถือว่ามีบทบาทสำคัญมากในทางกฎหมาย โดยในทางปฏิบัติเรียกว่า "คำสั่งทางปกครอง" ประเทศไทยได้นำหลักมาจากเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองในบทบัญญัติมาตรา 35 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และได้นิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

ในพระราชบัญญัตินี้ "คำสั่งทางปกครอง" หมายความว่า

---

[39] พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางฝ่ายปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 4, ตอน 2, น.273(สิงหาคม 2528).

[40] อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, "คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย," วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 12, ฉบับที่ 1, น.93(2524).

[41] ฤทัย หงส์สิริ, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น. 246-247.

[42] กฎหมายปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.36.

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

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง[43] คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำนั้นถือเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยไม่จำต้องพิจารณาว่านิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองตามลักษณะของคำสั่งทางปกครองหรือไม่

จากนิยามความหมายคำสั่งทางปกครองดังกล่าว คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะสำคัญ 4 ประการ ดังนี้ [44]

1. เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่ง

2. เจตนาที่องค์กรดังกล่าวแสดงให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้น จึงไม่รวมถึงการที่องค์กรดังกล่าวประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือเพียงแต่ขอความร่วมมือหรือเตือนให้บุคคลหรือคณะบุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ขอให้งดจำหน่ายสุราในวันธรรมสวนะ หรือเตือนให้ยื่นคำขอต่อใบอนุญาต เป็นต้น

3. ผลทางกฎหมายที่องค์กรดังกล่าวประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนนั้นคือการสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจ “ผู้ทรงอำนาจ” หรือมีสิทธิเรียกร้อง “ผู้ทรงสิทธิ” ให้อีกฝ่ายหนึ่ง “ผู้มีหน้าที่” กระทำการ

---

[43] กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(4) การสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงาน

2. การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

[44] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง พ.ศ. 2543 (อัดสำเนา), น.3-6. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างไว้* คำอธิบายกฎหมายปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.273-274.

หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลย่อมมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งหรือเลื่อนขั้นเงินเดือนให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา หรือการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยควบคุมอาคารออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร ย่อมมีผลเป็นการสร้างสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่ผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าว

4. นิติสัมพันธ์ดังกล่าวข้างต้น ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนแสดงออกมาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมแต่อย่างใด

โดยปกติแล้ว กฎหมาย (norm) มักไม่กระทบสิทธิของประชาชนโดยตรงจนกว่าจะมีการอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้น ๆ สั่งการให้ประชาชนปฏิบัติ (act) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประชาชนจะถูกกระทบสิทธิในกรณีที่มีคำสั่งให้ปฏิบัติ[45]

2) ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครองคือการกระทำทางปกครองทั้งหลายที่มิใช่นิติกรรมทางปกครองหรือขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งของนิติกรรมทางปกครองตามข้อ 1 โดยทั่วไปแล้ว ปฏิบัติการทางปกครองไม่ค่อยมีผลในทางปกครอง โดยปฏิบัติการทางปกครองอาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง หรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง[46] เช่น เจ้าหน้าที่ออกตรวจตราอาคารว่ามีการก่อสร้างฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ ซึ่งขั้นตอนการตรวจตรายังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารโดยตรง หรือเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังออกนิติกรรมทางปกครอง คือการกระทำที่เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้สั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารนั้นรื้อถอนแล้ว แต่ผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งรื้อถอน[47] แต่ถ้าหากเป็นปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชน ก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเรียกว่า “ปฏิบัติการในทางปกครอง”

3) คำสั่งทั่วไปในทางปกครอง

---

[45] กฎหมายปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.37.

[46] *เพิ่งอ้าง*, น.36.

[47] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น.169.

คำสั่งทั่วไปมีลักษณะผสม คือมีลักษณะบังคับหรืออนุญาตให้บุคคลทั่วไปกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า “คำสั่งทางปกครองเฉพาะกรณี” เช่น ป้ายจราจร ใช้บังคับทุกคนที่ขับรถให้กระทำการตามเครื่องหมายจราจรที่ปรากฏตามจุดนั้น ๆ ป้ายจราจรจึงไม่ใช่กฎหมายแต่เป็นคำสั่งทั่วไปเพราะมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่องแต่ไม่ระบุตัวบุคคล เมื่อใครมาพบต้องปฏิบัติตาม ในทางกฎหมายปกครอง คำสั่งทั่วไปจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองเพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทั่วไปในทางปกครองเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง[48]

4) สัญญาทางปกครอง

ข้อพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ให้พิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ คู่สัญญาของสัญญาทางปกครองฝ่ายหนึ่งอย่างน้อยจะต้องเป็นฝ่ายปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจะเป็นไปตามกฎหมายเรื่องสัญญา แต่ในการจะเข้าทำสัญญากับผู้ใดจะมีขั้นตอนการพิจารณาและการตัดสินใจอยู่ด้วย ซึ่งเป็นการมีคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งและย่อมอยู่ในหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามเกณฑ์ปกติ[49]

2.6.3 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

ในการศึกษาครั้งนี้ มุ่งศึกษาถึงคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณี จึงเน้นเฉพาะเฉพาะเรื่องคำสั่งทางปกครองเท่านั้น คำสั่งทางปกครองอาจแบ่งแยกออกได้เป็นหลายประเภท โดยในที่นี้จะพิจารณาแบ่งคำสั่งทางปกครองออกเป็นสองกลุ่ม คือ คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่การกำหนดสิทธิหน้าที่ และคำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่การให้ประโยชน์และการสร้างภาระ[50]

2.6.3.1 คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่การกำหนดสิทธิหน้าที่

---

[48] กฎหมายปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.41.

[49] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จิรรัชการพิมพ์, 2540), น.150.

[50] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ชุดการเรียนด้วยตนเอง หลักสูตรการเรียนรู้กฎหมายมหาชนด้วยตนเอง หมวดที่ 2 การกระทำทางปกครอง ชุดวิชาที่ 2 คำสั่งทางปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ., 2548), น. 27 – 33.

หากพิจารณาในแง่ของการกำหนดสิทธิหน้าที่แล้ว อาจแยกคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ และคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ

1) คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม

คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่พิจารณาจากเนื้อหาของคำสั่งแล้วเป็นเรื่องที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเอาสิทธิหน้าที่ที่ปรากฏในกฎหมายซึ่งมีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรมมากำหนดให้ชัดเจน เช่น คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากรซึ่งระบุจำนวนภาษีอากรอย่างชัดเจนว่าผู้รับคำสั่งมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าภาษีอากรเป็นจำนวนเท่าใด เป็นต้น คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรมเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งได้ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น

2) คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ

คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อตั้งสิทธิในทางมหาชน ได้แก่ ผู้ที่ได้รับคำสั่ง เช่น การออกใบอนุญาตต่าง ๆ สภาพการณ์ของการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้มีลักษณะเหมือนกันไม่ว่าจะเรียกคำสั่งทางปกครองนี้ว่าอย่างไร (ใบอนุญาต คำสั่งอนุมัติ สัมปทานบัตร ฯลฯ) กล่าวคือ สิทธิที่ผู้ได้รับคำสั่งต้องการนั้น เป็นเรื่องที่ในเบื้องต้นบุคคลนั้นต้องห้ามมิให้ปฏิบัติ ต่อเมื่อได้รับคำสั่งดังกล่าวแล้วจึงปฏิบัติได้ เช่น ก่อนได้รับใบอนุญาตขับขี่รถยนต์บุคคลย่อมต้องห้ามมิให้ขับขี่รถยนต์ เมื่อได้รับใบอนุญาตแล้วจึงสามารถขับขี่รถยนต์ได้ เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่มีผลในทางกฎหมายโดยตรงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอีก

3) คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ

คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันนิติสัมพันธ์ในทางปกครองซึ่งเป็นที่โต้แย้งกันว่ามีอยู่หรือไม่ หรือมีอยู่ในลักษณะใดให้ได้ผลเป็นยุติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิหรือสถานะของบุคคล เช่น คำสั่งยืนยันว่าบุคคลผู้ได้รับคำสั่งเป็นบุคคลสัญชาติไทย เป็นต้น คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในกฎหมายทันที ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นอีก

2.6.3.2 คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่การให้ประโยชน์และการสร้างภาระ

หากพิจารณาจากผลของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ผู้รับคำสั่งแล้ว อาจแยกคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 3 ประเภท คือ คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ คำสั่งทางปกครองที่เพิ่มภาระ และคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง

การแยกคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาจากผลของคำสั่งทางปกครองเป็นหลักมีความสำคัญในเรื่องของการยกเลิกและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นประโยชน์แก่ผู้ได้รับคำสั่ง แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ย่อมมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขอย่างไร โดยทั่วไปแล้วการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง และผู้รับคำสั่งเป็นผู้ที่สุจริตจะกระทำได้ค่อนข้างยาก ในขณะที่การเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่สร้างภาระแก่บุคคลจะกระทำได้ง่ายกว่า ส่วนการยกเลิกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและให้ประโยชน์แก่บุคคลนั้นจะกระทำได้ยากที่สุด หากกฎหมายอนุญาตก็มักจะเป็นกรณีที่จำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และต้องชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่สุจริตด้วย ในขณะที่การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแต่สร้างภาระแก่บุคคลเป็นเรื่องที่ทำได้ไม่ยากนักหากไม่กระทบบุคคลที่สาม เป็นต้น

1) คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์

คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในการที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งอาจจะได้แก่ การก่อตั้งสิทธิให้แก่ผู้ได้รับคำสั่ง หรือการยืนยันสิทธิในทางที่เป็นคุณให้แก่ผู้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนประจำปี คำสั่งอนุมัติปริญญาบัตร คำสั่งให้ทุนการศึกษา คำสั่งอนุมัติเงินอุดหนุนเกษตรกร คำสั่งยืนยันว่าบุคคลผู้รับคำสั่งเป็นผู้มีสัญชาติไทย เป็นต้น อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งเสมอ เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งไปแล้ว การยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมกระทำได้ในขอบเขตที่จำกัดภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

2) คำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระ

คำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระเป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้ายหรือเป็นลบ โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองประเภทนี้มักจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น คำสั่งยึดใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ส่วนบุคคล คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากรเพิ่มเติม คำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร การออกคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะต้องมีตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดแจ้งในทุกกรณี[51]

---

[51] หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, *เพิ่งอ้าง*, น.161.

มีข้อสังเกตว่า คำสั่งปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นคุณ เช่น การปฏิเสธการออกใบอนุญาต ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระให้แก่บุคคลผู้ได้รับคำสั่งเช่นกัน การยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระย่อมกระทำได้ในเงื่อนไขที่ง่ายกว่าการยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์

3) คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง

คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลสองคนในลักษณะที่เป็นคุณแก่บุคคลหนึ่งและเป็นผลร้ายหรือเป็นการสร้างภาระแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ คือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งแต่เป็นผลร้ายสำหรับบุคคลที่สาม หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นผลร้ายหรือสร้างภาระให้แก่ผู้รับคำสั่ง แต่มีผลในทางที่เป็นคุณหรือประโยชน์สำหรับบุคคลที่สาม เช่น คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ย่อมมีผลในทางที่เป็นประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่ง แต่เป็นผลร้ายแก่เจ้าของอาคารหรือเจ้าของที่ดินที่อยู่ใกล้เคียง เป็นต้น คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อผลในทางกฎหมายที่ค่อนข้างซับซ้อน เนื่องจากตั้งแต่ในขั้นตอนของการพิจารณา องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่สามซึ่งอาจจะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งนั้น ซึ่งอาจทำให้เจ้าหน้าที่จะต้องเรียกบุคคลนั้นเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนพิจารณาทางปกครอง และหลังจากมีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้วอาจจะมีการอุทธรณ์โต้แย้งจากบุคคลที่สามได้ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางนี้ยังไม่มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยอย่างชัดเจน

2.6.4 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของมาตรการทางปกครองที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายออกคำสั่งกำหนดสิทธิ หน้าที่ หรือสภาพทางกฎหมายของเอกชน เป็นการใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ออกมาแม้จะมีข้อบกพร่อง ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ในทางกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองนั้นยังมีผลใช้บังคับในทางกฎหมายอยู่เสมอ ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นตราบใดที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ยังไม่ถูกเพิกถอน ยกเว้นเป็นกรณีร้ายแรงเท่านั้น[52] ที่แม้แต่วิญญูชนทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษาด้านนิติศาสตร์หรือมีความรู้ด้านกฎหมายก็พิจารณาได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างแจ้งชัด และไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายแบ่งเป็นแห่งเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากลักษณะภายนอกของคำสั่งทางปกครอง และเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากลักษณะภายในของคำสั่งทางปกครอง

---

[52] กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.182.

2.6.4.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากลักษณะภายนอกของคำสั่งทางปกครอง

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง เป็นเรื่องเกี่ยวด้วยกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วย

1.1 ผู้ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลก็ได้ ในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น หรือเป็นเจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ตามที่กฎหมายบัญญัติก็ได้ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจนั้นมาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายบัญญัติอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่อื่นออกคำสั่งทางปกครองแทนได้ และต้องมอบอำนาจให้กับเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ทั้งนี้การมอบอำนาจต้องทำตามแบบที่กฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองบัญญัติไว้ด้วย ในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ต้องทำการออกคำสั่งทางปกครองในช่วงเวลาที่ดำรงตนตำแหน่งดังกล่าว หรือจะต้องมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมายด้วย (Legal existence) ในเวลาที่ออกคำสั่งทางปกครองและทำการออกคำสั่งทางปกครอง[53] เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองโดยที่ตนยังไม่ได้เข้ารับตำแหน่งหรือได้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่มีกฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีเจ้าหน้าที่คนใหม่เข้ามาดำรงตำแหน่งแทนไม่ได้ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจต้องออกคำสั่งในเขตแดนของตนหรือพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบเท่านั้น เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ถือเป็นประเด็นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ในกรณีที่ปราศจากอำนาจอย่างร้ายแรงอาจถือได้เลยว่าไม่มีคำสั่งทางปกครองนั้น

ตัวอย่างกรณีเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งนอกเหนืออำนาจ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.50/2546 วินิจฉัยโดยสรุปว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) มีคำสั่งไม่รับผู้สมัครสอบที่บิดามารดาเป็นผู้มีพฤติการณ์เกี่ยวกับยาเสพติดเข้ามาเป็นนักเรียนพลตำรวจ โดยถือว่าผู้สมัครสอบดังกล่าวเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดี อันเป็นลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 นั้น คุณสมบัติของผู้สมัครสอบเป็นกรณีเฉพาะตัวของผู้สมัครสอบเท่านั้นไม่รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้อง การที่บุคคลใดจะขาดคุณสมบัติหรือไม่ต้องเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 และระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ ผู้ถูกฟ้องคดีจะออกคำสั่งหรือกฎเกณฑ์ใดหรือมีนโยบายเกี่ยวกับการกำหนด

---

[53] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง,” ในเอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15, ม.ป.ป. : น.23.

คุณสมบัติให้แตกต่างออกไปไม่ได้ การมีหนังสือสั่งการของผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดให้มีการตรวจสอบประวัติบิดามารดาของผู้สมัครสอบและญาติที่เกี่ยวข้อง ย่อมถือว่าหนังสือดังกล่าวขัดต่อกฎหมายและคำสั่งตัดสิทธิของผู้สมัครสอบ เป็นคำสั่งที่ออกโดยนอกเหนืออำนาจหน้าที่และไม่ถูกต้อง จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

1.2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ทำตามแบบหรือไม่ทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำก่อนการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น

การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ทำตามรูปแบบหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์เสมอไป คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยทำผิดรูปแบบหรือขั้นตอนวิธีพิจารณา อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระที่ถูกต้องก็ได้ ในทุกระบบกฎหมายจึงวางหลักว่ากระทำผิดวิธีพิจารณาที่ไม่สำคัญ ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไป แต่ถ้าขั้นตอนการพิจารณาใดมีขั้นตอนเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชนที่เกี่ยวข้อง หรือถ้าไม่ดำเนินการตามขั้นตอนนั้นผลการพิจารณาคงจะเปลี่ยนไป ให้ถือเป็นกรณีสำคัญที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนนั้นเสมอ

1) แบบของคำสั่งทางปกครอง เป็นการกำหนดรูปแบบภายนอกของคำสั่งทางปกครองที่ออกมาปรากฏให้ผู้ที่เกี่ยวข้องรับรู้ ซึ่งอาจปรากฏออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ แบบจึงมิใช่ตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ทำตามแบบ เช่น

1.1) ไม่มีการให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือถ้ามีการให้เหตุผล จะต้องเป็นเหตุผลอย่างแท้จริงที่แสดงถึงข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่าง ๆ ด้วย มิใช่เพียงการอ้างหรือล้อถ้อยคำในกฎหมายเท่านั้น

1.2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่ลงนามและตำแหน่งในคำสั่งทางปกครอง การลงนามของผู้ออกคำสั่งทางปกครองมีความจำเป็นอย่างมาก เพื่อให้ตรวจสอบเรื่องหลักความสามารถของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

1.3) การไม่แจ้งสิทธิในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งและการฟ้องคำสั่งทางปกครอง

2) การกำหนดขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อประกันความเป็นธรรมให้แก่ประชาชนที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง และเพื่อประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครองที่จะออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองอาจจะกำหนดไว้เป็นกฎหมายกลาง เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแต่ละฉบับก็ได้ ถ้าฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดย

ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ไม่ทำตามขั้นตอน เช่น

2.1) ออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากคำขอของเอกชน กรณีกฎหมายกำหนดให้เอกชนต้องยื่นขอต่อฝ่ายปกครองก่อน

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจริเริ่มออกคำสั่งทางปกครองได้โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดร้องขอ ซึ่งต่างกับการดำเนินคดีของศาลที่จะต้องมีผู้รับได้ผลกระทบจากคำสั่งมายื่นฟ้องคดีเสียก่อน สำหรับคดีมีข้อพิพาท หรือยื่นคำขอสำหรับคดีไม่มีข้อพิพาท ศาลจึงจะพิจารณาพิพากษาคดีได้ และหลักการนี้เป็นที่มาของหลักกฎหมายไม่พิพากษาเกินคำขอ สำหรับกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ริเริ่มการใช้อำนาจเพื่อออกคำสั่งทางปกครองได้ตามกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ตรวจพบว่ามีการก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาต เจ้าหน้าที่ก็สามารถริเริ่มออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าของอาคารรื้อถอนหรือหากเป็นกรณีสามารถแก้ไขได้ก็ออกคำสั่งให้แก้ไขให้ถูกต้องได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เจ้าของอาคารข้างเคียงมาร้องเรียนก่อนแต่อย่างใด หรือกรณีโรงงานปล่อยน้ำเสียลงแม่น้ำ เจ้าหน้าที่ก็สามารถออกคำสั่งให้เจ้าของโรงงานดำเนินการปรับปรุงระบบบำบัดน้ำเสียได้ทันทีเพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชน และป้องกันไม่ให้น้ำเสียถูกระบายลงสู่แหล่งน้ำอันจะทำให้ระบบนิเวศเสียหาย

อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นถ้ากฎหมายบางฉบับบัญญัติว่า เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองจะริเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองไม่ได้ จะต้องให้เอกชนยื่นคำขอเสียก่อนจึงจะเริ่มกระบวนพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้น ๆ ได้ ส่วนใหญ่เป็นคำขออนุญาตเพื่อกระทำการต่าง ๆ เช่น คำขออนุญาตก่อสร้างอาคาร คำขอใบอนุญาตขับขี่รถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ คำขอใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะ ใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เป็นต้น

2.2) ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ผ่านกระบวนการแนะนำหรือได้รับการอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่น ดังตัวอย่างที่กฎหมายบัญญัติให้การออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำ เช่น

มาตรา 19 ประกอบกับมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2504 ได้บัญญัติว่า การต่อเวลาราชการให้ข้าราชการซึ่งมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์แล้วและจะต้องพ้นจากราชการเมื่อสิ้นปีงบประมาณที่อายุครบหกสิบปีบริบูรณ์นั้นรับราชการต่อไปอีกคราวละหนึ่งปีจนถึงอายุครบหกสิบห้าปีบริบูรณ์ ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะสั่งต่อเวลาราชการให้แก่ข้าราชการผู้ใดได้ก็ต่อเมื่อรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงที่ข้าราชการผู้นั้นอยู่ในสังกัดเสนอแนะ

มาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 ได้บัญญัติว่า คณะรัฐมนตรีจะออกคำสั่งแต่งตั้งบุคคลใดเป็นกรรมการธนาคารแห่งประเทศไทย หรือออกคำสั่งถอดถอนกรรมการธนาคารแห่งประเทศไทยผู้ใดจากตำแหน่งได้ก็ต่อเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังให้คำแนะนำ

มาตรา 52 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติว่า การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 11 ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้วให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้สั่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องได้รับการอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนออกคำสั่งทางปกครองเนื่องจากเห็นว่า การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นมีความสำคัญและมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ จึงให้มีเจ้าหน้าที่ฝ่ายอื่นร่วมกันพิจารณาเพื่อให้การออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปด้วยความรอบคอบ มีการคานอำนาจในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

2.3) ไม่ให้โอกาสบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง ได้โต้แย้งแสดงและพยานหลักฐาน

สำหรับวิธีการรับฟังบุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองแบ่งเป็น กรณีคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลเพียงไม่กี่คน จะใช้วิธีการรับฟังคู่กรณี แต่หากเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลจำนวนมาก จะใช้วิธีการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing of Public Inquiry)[54]

2.4) ไม่ออกคำสั่งภายในกำหนดระยะเวลา หากสิ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ฝ่ายปกครองได้มีการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นกระทำโดยปราศจากอำนาจเรื่องเวลา

โดยกำหนดระยะเวลาการออกคำสั่งทางปกครอง แบ่งได้เป็น 2 กรณี กรณีแรก กฎหมายได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองภายในเวลาที่กำหนด หากเป็นกรณีที่กฎหมายฉบับนั้นกำหนดเวลาโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน กำหนดเวลานั้นเป็นกำหนดเวลาที่มีสภาพบังคับ (Mandatory Delay) หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหลังจากสิ้นกำหนดเวลาดังกล่าว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่

[54] เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.57.

ชอบด้วยกฎหมาย และกรณีที่สอง หากกฎหมายฉบับนั้นกำหนดเวลาโดยมีเจตนารมณ์เพียงเพื่อเร่งให้มีการใช้กฎหมายฉบับนั้นโดยเร็ว กำหนดเวลานั้นเป็นกำหนดเวลาที่ไม่มีสภาพบังคับ (Directory Delay) หากสิ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งนั้นถือว่าสมบูรณ์ใช้บังคับได้[55]

คำสั่งทางปกครองที่ไม่กระทำตามแบบหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด จะต้องเป็นแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญที่เป็นปัจจัยสำคัญต่อการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนนั้นแล้วอาจส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงต่อการตัดสินใจได้ จึงจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้

2.6.4.2. เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย

1.1) เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเป็นการฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เห็นได้ชัดแจ้งที่สุด เช่น พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ แต่มีเนื้อหาที่ขัดแย้งกับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังโดยไม่มีอำนาจกระทำการเช่นนั้นได้ หรือกรณีฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะออกคำสั่งปรับเนื่องจากการกระทำผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง 500 บาท แต่ฝ่ายปกครองกลับออกคำสั่งปรับจำนวน 800 บาท เป็นต้น

1.2) คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง หรือโดยการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายผิดพลาด เป็นกรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจ (Motif) การออกคำสั่งทางปกครองนั้น

2) คำสั่งทางปกครองออกโดยการใช้อำนาจโดยบิดผันไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอ้างเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น นายกองค์การบริหารส่วนตำบลใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคารออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารโดยอ้างว่าอาคารมีลักษณะอันตรายหรือมีสภาพไม่เหมาะสม อันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของนายกองค์การบริหารส่วนตำบลในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่จะออกคำสั่งเช่นนั้นได้ตามกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า นายกองค์การบริหารส่วนตำบลมีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารดังกล่าวเพราะอาคารดังกล่าวบดบังทัศนียภาพของโรงแรมซึ่งอยู่ด้านหลัง อันเป็นการออกคำสั่งเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อื่นอันมิใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ นายกองค์การบริหารส่วนตำบลจึงเลี่ยงไปใช้เหตุผลอื่น

---

[55] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, หน่วยที่ 7 เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง ชุดวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ม.ป.ป.), น.36.

ในการสั่งให้รื้อถอนอาคาร ทั้งนี้เพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์แก่เจ้าของโรงแรม คำสั่งทางปกครองเช่นนี้จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีสามารถยกขึ้นเป็นเหตุในการสนับสนุนคำขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรียกคดีประเภทนี้ว่า “recours pour excès de pouvoir” ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเรียกคดีประเภทนี้ว่า “Anfechtungsklage”

2.6.4.3 ผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความชอบด้วยกฎหมายหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขที่กฎหมายเรียกร้องในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตาม ส่วนความมีผลในทางกฎหมายหรือความไม่มีผลในทางกฎหมายเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลในทางกฎหมาย (การเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่) ที่จะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นตามความประสงค์ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ความชอบด้วยกฎหมายหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในส่วนของ “องค์ประกอบ” ส่วนความมีผลหรือไม่มีผลในทางกฎหมายเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในส่วนของ “ผลในทางกฎหมาย” [56] ซึ่งผลในทางกฎหมายของคำสั่งปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่มีความบกพร่อง แบ่งได้หลายลักษณะ ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องการ หรืออีกนัยหนึ่ง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ถึงแม้ว่ากรณีนี้จะเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง แต่ระบบกฎหมายจะปล่อยให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงมีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมุ่งประสงค์ไม่ได้ ความไม่มีผลในทางกฎหมาย (โมฆะ) ของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ย่อมเป็นไปตามสภาพและเหตุผลของเรื่อง

ทั้งนี้ เหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง สามารถจำแนกได้ตามกรณีดังต่อไปนี้[57] (1) คำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจตามกฎหมายในการทำคำสั่งทางปกครอง (2) คำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกมาเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏในหนังสือนั้นว่าหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว (3) คำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎหมายกำหนดให้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ แต่

---

[56] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 6 ฉบับที่ 1, น.40-41(มกราคม – เมษายน 2549).

[57] *เพิ่งอ้าง*, น.46-47.

เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา (4) คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้ในความเป็นจริง เช่น ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ทั้งที่อาคารดังกล่าวได้ถูกรื้อถอนไปก่อนหน้านั้นแล้ว (5) คำสั่งทางปกครองนั้นเรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและจะส่งผลให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับโทษในทางอาญา (6) คำสั่งทางปกครองนั้น มีเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถึงขนาดรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ แต่คำสั่งทางปกครองนั้นยังมีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอน

(3) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ แม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่หากมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวในภายหลังตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดคำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถือว่ามีความบกพร่องเพราะเหตุดังกล่าวอีกต่อไป

(4) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งหมายถึงขั้นตอนหรือวิธีการที่ส่งผลกระทบใด ๆ ต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนได้

(5) คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อยที่เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอนั้น แม้ว่าจะมีข้อบกพร่องอยู่บ้าง แต่ก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

(6) คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง ความบกพร่องดังกล่าวก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะกฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งขยายออกไปหนึ่งปี หากไม่มีการแจ้งระยะเวลาอุทธรณ์ตามไปหลังจากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว

2.7 วิวัฒนาการของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

2.7.1 วิวัฒนาการของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในต่างประเทศ

ในปี ค.ศ. 1889 ราชอาณาจักรสเปนเป็นประเทศแรกที่ได้ริเริ่มจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีเนื้อหาสาระที่ครอบคลุมกิจกรรมทางปกครองบางเรื่อง และมีขอบเขตที่แตกต่างไม่น้อยจากกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่ตราขึ้นในเวลาต่อมา ซึ่งเป็นแนวทาง

ของกฎหมายทำนองนี้ในปัจจุบัน[58] ต่อมาในประเทศออสเตรียจากผลงานของฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) และอะดอล์ฟ แมคล์ (Adolf Merkl) ทำให้มีการจัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองแห่งสหพันธ์ (Federal Law on General Administrative Procedure) ใน ค.ศ. 1925 โดยรวมการจัดองค์กรทางปกครองวิธีพิจารณา กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และการบังคับทางปกครองเข้าไว้ในฉบับเดียวกัน ส่วนประเทศเยอรมันในระดับมลรัฐบางมลรัฐก็เคยมีกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของมลรัฐมาตั้งแต่ ค.ศ. 1926 [59] โดยเป็นวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองทั่วไปที่ไม่เจาะจงใช้กับการดำเนินการตามกฎหมายเฉพาะ เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยระเบียบแห่งฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1926 ของมลรัฐ Thüringen[60] เป็นต้น ในช่วงเวลาดังกล่าว หลายประเทศในยุโรปกลางได้จัดทำกฎหมายเช่นนี้ขึ้นมา ส่วนสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดทำกฎหมาย Administrative Procedure Act (A.P.A.) ในปี ค.ศ. 1946 เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม หรือโดยใช้อำเภอใจจากอำนาจรัฐ และต่อมา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีจัดทำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแห่งสหพันธ์ ในปี ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางของสหพันธ์รัฐในเรื่องนี้ และรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองแห่งสหพันธ์ (Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1977

ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งมีระบบกฎหมายปกครองมาประมาณสองร้อยกว่าปีและมีความก้าวหน้ามากนั้น ผู้พิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศสหรือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Couseil d'Etat) และสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้พัฒนาและสร้างระบบกฎหมายปกครองจนแยกออกเป็นเอกเทศจากกฎหมายแพ่ง[61] รวมทั้งเป็นผู้วางหลักกฎหมายในลักษณะของหลักกฎหมายปกครองทั่วไป จนมีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานอย่างมากมายที่เป็นที่เข้าใจกันทั่วไปในหมู่นักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ดังนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงยังมิได้มีการจัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองขึ้นโดยเฉพาะ

---

[58] บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2544), น.2.

[59] กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.157-158.

[60] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น.17.

[61] ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), น.24.

2.7.2 วิวัฒนาการของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในประเทศไทย

สำหรับวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในประเทศไทย ในอดีตการพัฒนาระบบกฎหมายของประเทศไทยไม่ให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองมากนัก อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายหลายฉบับได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอยู่บ้าง แต่รายละเอียดและหลักเกณฑ์ยังไม่เหมาะสมหรือไม่ครบถ้วน ต่อมามีการเริ่มจัดทำระบบวิธีการหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ระบบราชการไทยมีประสิทธิภาพและโปร่งใสมากขึ้น เป็นการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับการปกครองในระบบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐ การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองจึงต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจอย่างไร้เหตุผลหรือเกินสมควรแก่เหตุไม่ได้ ดังปรากฏเป็นลำดับแนวคิดทางกฎหมายให้เห็นและใช้บังคับเป็นกฎหมายอยู่ในสังคมปัจจุบันนี้ สามารถอธิบายได้ดังนี้[62]

1. พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้มีแนวความคิดให้มีการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ในประเทศไทย โดยบทบัญญัติมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ โดยที่ประชุมใหญ่มีอำนาจเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติวางระเบียบปฏิบัติราชการดังต่อไปนี้

ก) กำหนดวิธีการ และวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนออกคำสั่ง คำอนุญาต คำวินิจฉัย หรือคำชี้ขาดตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติ

ข) กำหนดให้คำสั่ง คำอนุญาต คำวินิจฉัย หรือคำชี้ขาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลหรือที่มีความสำคัญในการปฏิบัติราชการต้องมีข้อความและเหตุผลตามสมควรในการสนับสนุนการออกคำสั่ง คำอนุญาต คำวินิจฉัย หรือคำชี้ขาดนั้น

ค) กำหนดให้กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือคำสั่งใดที่มีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนมีผลใช้บังคับ

ในการเสนอแนะดังกล่าว ให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์คำนึงถึงประสิทธิภาพของการปฏิบัติราชการ ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานให้แก่รัฐในการดำเนินบริการสาธารณะอัน

---

[62] วีระ แม่นสำรวจการ, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับ พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง : ศึกษากรณีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), น.26-27.

เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม สิทธิหน้าที่ของเอกชนที่เกี่ยวข้องกับราชการ และความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานให้แก่รัฐ”

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พยายามผลักดันให้มีการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือด่วนที่สุดถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ขอให้คณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับการวางระเบียบปฏิบัติราชการเป็นการทั่วไป แต่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นว่ายังไม่สมควรมีมติตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ ต่อมา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พยายามเสนอแนะให้มีการวางระเบียบปฏิบัติราชการอีกครั้ง โดยได้เสนอแนะในคำแถลงการณ์ในเรื่องร้องทุกข์ของนายวิชิตวงศ์ ณ ป้อมเพชร ซึ่งร้องทุกข์ขอให้เพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และการพลังงาน ที่ให้ผู้ร้องทุกข์พ้นจากตำแหน่งประธานกรรมการสถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย โดยสมควรที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (คณะที่ 4) จะเสนอที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้พิจารณาเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติวางระเบียบปฏิบัติราชการตามมาตรา 51 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อเรื่องร้องทุกข์ดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ประชุมมีมติให้รับเรื่องการวางระเบียบปฏิบัติราชการดังกล่าวไว้พิจารณา แต่เนื่องจากมีความจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบกฎหมายและข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องบางประการเพิ่มเติม ที่ประชุมใหญ่ ฯ จึงเห็นสมควรให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เสนอคำวินิจฉัยในเรื่องร้องทุกข์ดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งการไปก่อนโดยไม่ต้องรอการพิจารณาวางระเบียบปฏิบัติราชการของที่ประชุมใหญ่ ฯ หลังจากนั้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็มิได้หยิบยกเรื่องนี้ขึ้นเสนอที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อีกเลย[63]

2. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2532

ในปี พ.ศ. 2530 คณะผู้วิจัย ประกอบด้วย ศาสตราจารย์ ดร. ชัยอนันต์ สมุทวณิช รองศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และนายเชาว์ อรรถมานะ ได้ศึกษากรณีตัวอย่างการขออนุญาตส่งออก การขออนุญาตจัดตั้งและขยายโรงงาน และการขออาชญาบัตรผูกขาดสำรวจแร่และประทานบัตร เพื่อจัดทำรายงาน “การศึกษาเพื่อปรับปรุงขั้นตอนการดำเนินงานของรัฐในเรื่องการอำนวยความสะดวกให้แก่ธุรกิจภาคเอกชน” ซึ่งรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นายมีชัย ฤชุพันธ์) ได้มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการับไปพิจารณาปรับปรุงร่างดังกล่าว

---

[63] “รายงานวิชาการประกอบการสอนวิชาปรัชญาและหลักกฎหมายมหาชน LA 703 ของมหาวิทยาลัยรามคำแหง,” น.4. จาก www.bpp.go.th/bpp_st6/revolve/lawyer%2022_3.../command%20**court**%201.doc.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ปรับปรุงแก้ไขร่างระเบียบเพื่อกำหนดให้หน่วยงานของรัฐให้บริการที่สะดวก รวดเร็ว และแน่นอนแก่ประชาชนผู้ขอรับบริการ โดยแก้ไขชื่อร่างเป็น “ร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ....” ต่อมา พลเอกชาติชาย ชุณหะวัน ซึ่งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการและระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน คณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาร่างระเบียบแล้วเห็นชอบและนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา คณะรัฐมนตรีพิจารณาร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐแล้วมีมติเห็นชอบให้ประกาศเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2532 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 เมษายน 2532[64] ระเบียบดังกล่าวมีสาระสำคัญเรื่องกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองตามคำขอของประชาชนให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด ผลปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่ได้ปรับปรุงการปฏิบัติงานให้ประชาชนได้รับบริการที่ดีขึ้น

3. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

การจัดทำร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในประเทศไทย แบ่งเป็น 3 ช่วงเวลา ดังนี้

ช่วงเวลาที่ 1 การดำเนินการในสมัยรัฐบาล นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี (พ.ศ. 2534) ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครองตามข้อเสนอของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยได้ใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นแนวทางการยกร่าง นายมีชัย ฤชุพันธุ์ ซึ่งดำรงตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรี พิจารณาร่างกฎหมายแล้วมีคำสั่งให้คณะกรรมการแยกร่างกฎหมายออกเป็น 2 ฉบับ คือ ร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ... ช่วงเวลาที่รอรัฐบาลเสนอร่างกฎหมายทั้ง 2 ฉบับต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในระหว่างนั้นแนวความคิดในการปรับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ขยายวงออกไปเป็นที่ตระหนักกันกว้างขวางขึ้น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2534) ที่ออกมาหลังจากการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง ก็ปรากฏหลักการอยู่ในมาตรา 64ความว่า รัฐพึงจัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่นให้มีประสิทธิภาพ ขจัดขั้นตอนที่ไม่จำเป็น และกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

---

[64] ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2540),น.19. *อ้างไว้* ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับ พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง : ศึกษากรณีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.27.

ให้ชัดเจน และพึงดำเนินการทุกวิถีทางเพื่อป้องกันและปราบปรามการเลือกปฏิบัติหรือการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ[65]

ช่วงเวลาที่ 2 การดำเนินการในสมัยรัฐบาล นายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี (พ.ศ. 2536 – 2538) ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนาระบบบริหารราชการแผ่นดิน และคณะกรรมการดังกล่าวมีคำสั่งแต่งตั้งคณะอนุกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ... แล้วนำเสนอคณะกรรมการพัฒนาระบบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งได้ให้ความเห็นชอบและนำเสนอคณะรัฐมนตรี ต่อมาคณะอนุกรรมการฯ ได้พิจารณาร่วมกับรัฐมนตรีและผู้แทนส่วนราชการ โดยมีการปรับปรุงให้ชัดเจนขึ้นและเปลี่ยนชื่อเป็น “ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ...” โดยคณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาและแก้ไขเพิ่มเติมอีกเล็กน้อย ในการประชุมคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้นำร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง รวมไว้เป็นเรื่องเกี่ยวเนื่องกับมาตรการและแผนงานในการจัดตั้งศาลปกครอง แต่ยังไม่ทันเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาก็มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร เปลี่ยนแปลงรัฐบาลเสียก่อน[66]

ช่วงเวลาที่ 3 การดำเนินการในสมัยรัฐบาล นายบรรหาร ศิลปอาชา เป็นนายกรัฐมนตรี (พ.ศ. 2538 – 2540) นายโภคิน พลกุล ซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี มีคำสั่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานำร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ... . เสนอต่อคณะรัฐมนตรี และผ่านการพิจารณาของรัฐสภา และประกาศใช้เป็นกฎหมาย โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 พฤษภาคม 2540 เป็นต้นมา

ในระหว่างดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เชิญผู้เชี่ยวชาญชาวเยอรมันมาให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน เมื่อวันที่ 17 - 21 สิงหาคม 2535 และได้จัดสัมมนาเพื่อรับฟังข้อคิดเห็นระหว่างนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยต่าง ๆ รวม 2 ครั้ง เมื่อวันที่ 15 – 17 มกราคม 2536 และวันที่ 12 – 14 มีนาคม 2536[67]

4. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

---

[65] กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.165.

[66] *เพิ่งอ้าง*, น.167.

[67] กองพัฒนาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่กองพัฒนาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., ม.ป.ป.), น.2.

การดำเนินงานของคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครองในสมัยรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน นั้น ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าร่างกฎหมายในเรื่องนี้ควรประกอบด้วยเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งเรื่องสิทธิของประชาชนในการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ แต่เพื่อความรวดเร็วในการดำเนินการในชั้นแรก คณะกรรมการดังกล่าวจึงได้ยกร่างเฉพาะพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. .... เท่านั้น ต่อมาจึงได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. .... ขึ้น และได้มีการดำเนินงานด้านการศึกษา สัมมนาวิชาการและปรับปรุงแก้ไขร่างกฎหมายนี้มาโดยตลอดในรัฐบาลสมัยต่อๆ มา โดยสามารถประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายลงในราชกิจจานุเบกษาได้เมื่อวันที่ 10 กันยายน 2540[68]

2.7.3 เหตุผลของการมีหลักกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

เหตุผลพื้นฐาน (fondement) ของการมีหลักกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งหมายถึง วัตถุประสงค์หรือประโยชน์ที่สำคัญ มีอยู่ 3 ประการ ได้แก่[69]

ประการแรก หลักกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครองมีผลในด้านสิทธิหน้าที่ของประชาชน กล่าวคือ เป็นการช่วยคุ้มครองปกป้องสิทธิของประชาชนเมื่อจะต้องมีการติดต่อสัมพันธ์กับทางราชการ โดยการที่เนื้อหาของมาตรการต่าง ๆ ที่วางไว้จะเป็นมาตรการที่ปกป้องสิทธิของประชาชน และโดยการที่ประชาชนจะได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่ตนมีอยู่

ประการที่สอง หลักกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครองจะเป็นประโยชน์ต่องานของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ช่วยให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีความชัดเจนและมี “คุณภาพ” เพิ่มขึ้น โดยฝ่ายปกครองเองก็จะมั่นใจว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไรบ้าง และการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้ โดยปกติก็จะทำให้การปฏิบัติงานบรรลุผลโดยถูกต้องตามกฎหมายและเป็นที่ยอมรับได้ของทุกฝ่าย

ประการที่สาม นอกเหนือจากผลดีต่อประชาชนและต่อฝ่ายปกครองแล้ว หลักกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครองยังมีผลดีอีกประการหนึ่ง คือจะมีผลดีต่อการปฏิบัติงานของศาลด้วย กล่าวคือ ในด้านหนึ่ง การปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องเหล่านี้จะส่งผลให้โอกาสที่จะเกิดข้อขัดแย้งระหว่างฝ่ายปกครองและประชาชนลดลง ซึ่งก็จะทำให้คดีที่ขึ้นสู่ศาลลดจำนวนลงไปด้วย ในอีกด้านหนึ่ง หลักเกณฑ์ต่าง ๆ นี้จะเป็นสิ่งที่ศาลใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเมื่อเกิดมีคดีขึ้นสู่ศาล

---

[68] ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับ พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง : ศึกษากรณีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.29.

[69] หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.8.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่เหมาะสมในการดำเนินงานทางปกครองของฝ่ายปกครองตามลำดับก่อนหลังและต่อเนื่องกัน ซึ่งหลักเกณฑ์บางหลักเกณฑ์มาจากหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองนำมาบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือหลักการรับฟังคู่กรณี เป็นต้น เหตุผลของการมีกฎหมายฉบับนี้จึงเพื่อคุ้มครองปกป้องสิทธิของคู่กรณีเมื่อต้องมีการติดต่อกับฝ่ายปกครองทำให้คู่กรณีได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองมากขึ้นอันเป็นหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม และเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายปกครอง ช่วยให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน เป็นการเตือนให้ฝ่ายปกครองมีความรอบคอบและระมัดระวังในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง หากมีการปฏิบัติตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมามีคุณภาพและเป็นที่ยอมรับได้ของทุกฝ่าย แต่หากกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้น ๆ กำหนดหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ฝ่ายปกครองต้องใช้กฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะนั้น และเป็นประโยชน์หากมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองว่าการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจะได้นำหลักกระบวนพิจารณาทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

บทที่ 3
มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศและประเทศไทย

กระบวนพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องทุกฉบับ ทั้งที่เป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับทุกหน่วยงาน หรือกฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีแล้ว ยังมีหลักการที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึง คือหลักการรับฟังคู่กรณี (Audi alteram partem) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับ โดยบางประเทศได้นำหลักการรับฟังคู่กรณีมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่บางประเทศ ศาลได้นำหลักการรับฟังคู่กรณีมาใช้ในการพิจารณาคดีจนเป็นที่ยอมรับโดยไม่ต้องบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหลักการรับฟังคู่กรณีเป็นส่วนหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Law)

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Law) หรือหลักความเป็นธรรม เป็นความยุติธรรมที่มีลักษณะเป็นสากล และมีการถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลานานแล้ว โดยถือเป็นมาตรการขั้นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิของประชนชน อันเป็นแนวคิดหรือที่มาของข้อห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าไปมีส่วนได้เสียในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติหรือหลักความเป็นธรรม ประกอบด้วย

1. การที่ไม่มีบุคคลใดจะเป็นผู้วินิจฉัยในข้อพิพาทของตนเองได้ การยอมให้ผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนต้องวินิจฉัยย่อมทำให้เกิดความผิดพลาดเนื่องจากมีความลำเอียงและไม่เที่ยงตรง หรือหลักความเป็นกลาง

2. การรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีทุกฝ่าย เป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงข้อเท็จจริงหรือข้อกล่าวหา (Audi alteram parterm) หรือหลักการฟังความสองฝ่าย

การรับฟังคู่กรณี จึงหมายถึง การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง เป็นกระบวนการและขั้นตอนที่เปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเข้าไปมีส่วนร่วมในการเตรียมการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง และการเปิดโอกาสดังกล่าวกระทำได้โดยการให้บุคคลเหล่านั้นโต้แย้ง หรือแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับความประสงค์ของเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ซึ่งขั้นตอนนี้กฎหมายได้กำหนดขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่สำคัญ 2 ประการประกอบกัน ได้แก่ ประการแรก เพื่อประกัน

ความเป็นธรรมให้แก่บุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง โดยการโต้แย้งหรือปกป้องสิทธิและเสรีภาพในส่วนกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมเหล่านั้น ประการที่สอง เพื่อประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครอง เพราะการเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้งความตั้งใจหรือความประสงค์ของเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองทำให้เจ้าหน้าที่ได้ทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่ตนเองจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับอย่างรอบด้าน ทำให้เจ้าหน้าที่สามารถออกคำสั่งทางปกครองให้เกิดประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ในขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นได้ นั่นคือวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงของหลักการรับฟังบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง[1] การรับฟังบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีลักษณะแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจจะนำออกมาใช้บังคับนั้นมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนน้อยหรือจำนวนมาก กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจจะนำออกมาใช้บังคับมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนน้อย วิธีการรับฟังบุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง เรียกว่า การรับฟังคู่กรณี หรือการฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งแปลมาจากภาษาลาตินว่า “Audi alteram partem” ส่วนในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจจะนำออกมาใช้บังคับมีผลกระทบกระเทือนต่อเอกชนจำนวนมาก วิธีการรับฟังเรียกว่า การรับฟังความคิดเห็นของสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ แปลมาจากภาษาอังกฤษว่า “Public Hearing”[2] แนวความคิดเรื่องการให้สิทธิโต้แย้งนั้น ในประเทศที่ใช้กฎหมายปกครองฝั่งตะวันตก เช่น ประเทศอังกฤษและสาธารณรัฐฝรั่งเศส บังคับให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองต้องรับฟังคู่กรณีก็เฉพาะแต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษบุคคลโดยตรง เช่น คำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เมื่อผู้รับอนุญาตประพฤติผิดข้อจำกัดและเงื่อนไขการประกอบวิชาชีพ หรือประพฤติผิดจรรยาบรรณที่วิชาชีพนั้น ๆ กำหนดไว้ คำสั่งลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐทางวินัย ต่อมาได้มีการนำหลักการรับฟังคู่กรณีมาใช้บังคับกับการออกคำสั่งทางปกครองที่แม้จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษบุคคลโดยตรง แต่ก็มีลักษณะคล้ายคลึงเป็นอย่างยิ่งกับการลงโทษบุคคล เช่น คำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต เมื่อผู้รับอนุญาตกระทำการหรือดำเนินกิจการตามที่ได้รับอนุญาตโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือที่เจ้าหน้าที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต โดยกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

---

[1] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, คำบรรยายวิชาการกระทำทางปกครอง (ถอดเทปคำบรรยาย) โครงการประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน รุ่น 4, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เอกสารอัด, ม.ป.ป.), น.25.

[2] *เพิ่งอ้าง*, น. 26.

ประเภทนี้จะไม่ได้บัญญัติบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมอังกฤษและศาลปกครองฝรั่งเศสก็พิพากษาว่าเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าว โดยศาลยุติธรรมอังกฤษถือว่าหลักการรับฟังคู่กรณีเป็นหลักกฎหมายที่เป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) และศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Principe général du droit)[3]

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า หลักการรับฟังคู่กรณีเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ทุกประเทศยอมรับ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) เช่น ประเทศในเครือจักรภพอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ศาลจะมีคำพิพากษาในเรื่องนี้ในอนาคตก็ต้องยึดมั่นตามหลักการดังกล่าว ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย ได้มีการบัญญัติหลักการรับฟังคู่กรณีไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน

3.1 หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศ

ในแต่ละประเทศจะมีหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับการพัฒนาการทางกฎหมายและสภาพสังคมของประเทศนั้น ๆ จึงเห็นควรศึกษาหลักการให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของต่างประเทศ โดยแบ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนี้

3.1.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

แนวความคิดและหลักกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของกลุ่มประเทศระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ได้รับการพัฒนาจากกระบวนพิจารณาความในชั้นศาล โดยประเทศอังกฤษใช้หลัก “Natural Justice” ในขณะที่สหรัฐอเมริกาใช้หลัก “Due Process of Law” ซึ่งมีหลักการที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ หากฝ่ายปกครองจะดำเนินการใดอันเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งให้ผู้ถูกกระทบสิทธิทราบและรับฟังความเห็นจากผู้ถูกกระทบสิทธิเสียก่อน และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

3.1.1.1 . หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของประเทศอังกฤษ

---

[3] เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.58.

ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) จึงไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดก่อนที่จะออกคำสั่งอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่ของปัจเจกชนแต่ศาลอังกฤษได้นำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice) มาใช้บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนบางอย่างก่อนออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย จึงเป็นหลักวิธีพิจารณาที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลและถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นหลักการที่กำหนดจาก Magna Carta ในส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับการบริหารงานยุติธรรม โดย Magna Carta เป็นกฎบัตรที่ตราขึ้นโดยกษัตริย์จอห์น แห่งประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ.1215 ซึ่งถือกันว่าเป็นต้นแบบแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก สาเหตุที่มีการตรา Magna Carta เนื่องจากกษัตริย์จอห์นทรงละเมิดจารีตประเพณีการปกครองแบบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudalism) ด้วยการเก็บภาษีจากบรรดาขุนนางและราษฎรที่เป็นเจ้าของที่ดินผิดไปจากที่จารีตประเพณีกำหนดไว้จนเป็นที่เดือดร้อนของเหล่าบรรดาขุนนางและราษฎรเหล่านั้น บรรดาขุนนางทั้งหลายจึงร่างข้อกำหนดขึ้นมาและบังคับกษัตริย์จอห์นทรงรับเอาข้อกำหนดดังกล่าวด้วยการประทับตราแผ่นดินลงไปในเอกสารที่ร่างขึ้นมา และเพื่อเป็นการถวายเกียรติให้กับกษัตริย์จอห์น จึงให้กษัตริย์จอห์นตราเป็นกฎบัตรขึ้นและตั้งชื่อว่า “Magna Carta” หรือ “มหากฎบัตร” ดังนั้น Magna Carta จึงเป็นข้อตกลงระหว่างกษัตริย์และผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองว่า กษัตริย์จะปกครองอังกฤษและปฏิบัติต่อประชาชนตามธรรมเนียมของกฎหมายศักดินา โดยบทบัญญัติมาตรา 39 เป็นบทบัญญัติที่สำคัญที่สุดในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการบริหารงานยุติธรรม และหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมีต้นกำหนดมาจากมาตรา 39 ดังนี้ [4]

No freeman shall be taken, imprisoned, outlawed, banished or in anyway destroyed, nor will we proceed against or prosecute him, except by the lawful judgement of his peers and by the law of the land[5]

“ไม่มีเสรีชนคนใดอาจถูกจับหรือถูกจำคุก, หรือถูกยึดสิทธิหรือทรัพย์สิน, หรือถูกประกาศว่าเป็นบุคคลนอกกฎหมายหรือถูกเนรเทศ, หรือถูกริบฐานะของตนในทางอื่นใด, ทั้งเราจะไม่ใช้กำลังกับเขา, หรือสั่งให้ผู้อื่นทำเช่นนั้น เว้นแต่มีการพิพากษาที่ชอบด้วยกฎหมายจากผู้ที่เทียบเท่ากับเขาหรือโดยกฎหมาย”

---

[4] ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย, การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.13.

[5] Arthur L. Goodhart, Law of the Land, (Charlottesville : The University Press of Virginia, 1966), p.14.

หลังจากนั้น กษัตริย์อังกฤษองค์ต่อมาได้ทรงรับรองในการมีผลบังคับใช้ของ Magna Carta เรื่อยมา จนปี ค.ศ. 1297 พระเจ้าเอ็ดเวิร์ด ที่ 1 ได้ทรงรับรองการมีผลบังคับใช้ของ Magna Carta และทรงสั่งให้ผู้พิพากษา นายอำเภอ เจ้าเมือง และเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ ให้ปฏิบัติต่อ Magna Carta ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ทั่วไปในลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ในการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ โดยคำวินิจฉัยใดที่ขัดต่อ Magna Carta จะเป็นโมฆะ[6] ต่อมา ในสมัยพระเจ้าเอ็ดเวร์ดที่ 3 พระองค์ได้ตรากฎหมาย 6 ฉบับ มีผลเป็นการรับรองตีความหรือแก้ไขบทบัญญัติใน Magna Carta กฎหมายที่สำคัญที่สุดได้แก้ไขมาตรา 39 โดยมาตรา 39 ที่ถูกแก้ไขได้มีบทบัญญัติดังนี้ [7]

None shall be condemned without trial, Also, that no Man, of whatever Estate or Condition that the be, shall be put out of Land or Tenement, not taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to Answer by due Process of Law

กฎหมายฉบับนี้ได้ใช้คำว่า “due Process of Law” แทนคำว่า “the law of the land” บทบัญญัตินี้ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่ถูกต้องและยุติธรรมในการพิจารณาและวินิจฉัยที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน ศาลอังกฤษก็ได้พิจารณาข้อพิพาทตามวิธีพิจารณาที่ถูกต้องและยุติธรรมและได้ทำให้วิธีพิจารณานี้เป็นวิธีพิจารณาในชั้นศาลคอมมอน ลอว์

1) พัฒนาการของหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ประกอบด้วย หลักการรับฟังจากคู่ความทุกฝ่าย (Audi alteram partem) และหลักผู้มีอำนาจพิจารณาต้องมีความเป็นกลางและปราศจากอคติ (Nemo judex in re sua) โดยช่วงแรก หลักการรับฟังจากผู้ถูกกระทบสิทธิเป็นหลักการที่ใช้บังคับกับฝ่ายตุลาการเท่านั้น ต่อมาจึงได้นำมาบังคับใช้กับองค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการ เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และฝ่ายปกครองทั้งหลายด้วยในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป สำหรับคำวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิอาจมีผลเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับทั่วไปจนถึงระดับโมฆะ โดยพิจารณาจากระดับความร้ายแรงของการละเมิด[8] หลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิจึงมี

---

[6] Edward S. Corwin, The “Higher Law,” Background of American Constitutional Law (Ithaca: Great Seal Book, 1959), p.33. *อ้างไว้* การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ในกฎหมายปกครองไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.13.

[7] ชัยยุทธนา วงศ์วานิช, หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541) ,น.182.

[8] หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.1.

ความหมายว่า ผู้พิพากษาหรือผู้ที่ตนเสมือนเป็นผู้พิพากษาต้องฟังความคู่ความแต่ละฝ่าย ต้องให้โอกาสคู่ความแต่ละฝ่ายชี้แจงเหตุผลของตน รวมทั้งได้แสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง[9] เมื่อเป็นเช่นนี้ หลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิก่อนออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นหลักการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติ แต่ไม่ได้มีการบัญญัติวิธีการไว้เฉพาะ การใช้หลักการรับฟังจากคู่ความทุกฝ่ายจึงมีความยืดหยุ่นขึ้นอยู่กับสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงแต่ละกรณี กล่าวคือ ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาและวินิจฉัยประเด็นที่มีบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครองตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการนี้อย่างเคร่งครัด โดยต้องมีการพิจารณาทำนองการพิจารณาในชั้นศาล (Judicial decision) เพื่อป้องกันการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดจนมีผลกระทบต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่โดยปกติแล้ว การพิจารณาทางปกครองจะมีคู่กรณีเพียงคนเดียวที่เกี่ยวข้องคือผู้ยื่นคำขอ ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีวิธีพิจารณา (Administrative decision) ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากคำสั่งที่ต้องมีการพิจารณาทำนองการพิจารณาในชั้นศาล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องพิจารณาทำนองการพิจารณาในชั้นศาล คือ ไม่ต้องรับฟังพยานหลักฐานและข้อโต้เถียงต่าง ๆ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการวินิจฉัยและในการกำหนดวิธีการในการสืบหาข้อเท็จจริงได้เอง[10] หลักการรับฟังผู้จะถูกกระทบสิทธิก่อนออกคำสั่งทางปกครองต้องการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามข้อเรียกร้อง 2 ประการ ดังต่อไปนี้ [11]

ประการที่ 1 การแจ้งคำบอกกล่าว

หลักการให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งคำบอกกล่าวให้แก่บุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธิ คำบอกกล่าวนี้จะทำให้บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิมีโอกาสเตรียมตัวหาข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการชี้แจงข้อเท็จจริงแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น คำบอกกล่าวจึงต้องแจ้งให้บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิทราบถึงข้อมูลต่าง ๆ อย่างเพียงพอ ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธิถูกกล่าวหา บุคคลนั้นก็จะต้องทราบถึงข้อกล่าวหา ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธิต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายต่อเขา บุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธิก็จะต้องทราบถึงข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายนั้นด้วย คำบอกกล่าวจะต้องมีข้อความที่ชัดเจนและจะต้องแจ้งเวลารวมทั้งสถานที่ที่จะรับฟังข้อเท็จจริงด้วย นอกจากนี้ คำบอกกล่าวจะต้องให้เวลาแก่

---

[9] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), น.111.

[10] การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ในกฎหมายปกครองไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.25.

[11] *เพิ่งอ้าง*, น.41.

บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิได้มีโอกาสเตรียมตัวหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ[12] เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจจะมีคำวินิจฉัยในประเด็นหรือข้อเท็จจริงที่ไม่ได้บอกกล่าวให้แก่บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิทราบ แต่การแจ้งคำบอกกล่าวก็มีข้อจำกัด เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นที่จะต้องบอกกล่าวถึงแหล่งข้อมูลหรือพยาน ถ้าการเปิดเผยแหล่งข้อมูลหรือพยานจะทำให้บุคคลที่ให้ข้อมูลหรือพยานเป็นอันตราย หรือทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวม และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องแจ้งคำบอกกล่าว ถ้าไม่มีข้อเท็จจริงหรือคำกล่าวหาที่เป็นผลร้ายต่อบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องวินิจฉัยหรือตัดสินด้วยความเป็นธรรมภายหลังจากได้รับฟังเหตุของผู้จะถูกกระทบสิทธิแล้ว[13]

ตัวอย่างคดีที่ศาลยุติธรรมอังกฤษพิพากษาวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งคำบอกกล่าว ได้แก่ คดี R. v. Cambridge University, (1723) ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า กรณีที่มหาวิทยาลัยเคมบริดจ์มีคำสั่งเรียกปริญญาคืนจาก Dr.Bently โดยอ้างว่าเขาได้กระทำความผิดทางวินัย คำสั่งดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เนื่องจากการเพิกถอนสิทธิในการได้รับปริญญาได้ดำเนินไปอย่างไม่เป็นธรรม เพราะ Dr.Bently ในฐานะคู่กรณีผู้ถูกกระทบสิทธิควรที่จะได้รับหนังสือหรือหมายแจ้งเตือนให้ทราบถึงข้อกล่าวหา เพื่อที่เขาจักได้มีโอกาสให้เหตุผลและชี้แจงข้อเท็จจริงเพื่อแก้ข้อกล่าวหาและใช้สิทธิในการป้องกันตนเองได้ก่อนที่จะออกคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ สิทธิในการชี้แจงเหตุผลและข้อเท็จจริงเพื่อป้องกันตนเองของคู่กรณีผู้ถูกกระทบสิทธิถือเป็นหลักการสำคัญที่ได้รับการรับรองและยอมรับในฐานที่เป็นกฎหมายของพระเจ้าและมนุษย์ (the laws of god and man)[14] ซึ่งท่านผู้พิพากษา Fortescue ได้อ้างถึงหลักการรับฟังคู่กรณีในฐานะที่เป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติไว้ในคำพิพากษาคดีนี้ว่า “ทั้งกฎหมายของพระผู้เป็นเจ้าและกฎหมายของมนุษย์ต่างก็ให้โอกาสคู่กรณีในการแก้ข้อกล่าวหา ถ้าหากว่าเขามีข้อแก้ตัวอย่างใด ๆ ข้าพเจ้าจำได้ว่าเคยได้ยินมาว่าได้มีการตั้งข้อสังเกตกันในคราวหนึ่งว่า แม้แต่พระผู้เป็นเจ้าก็ยังไม่ลงโทษ Adam ก่อนที่จะได้เรียกให้เขามาให้การแก้ข้อกล่าวหา (โดย) พระผู้เป็นเจ้าตรัสถาม Adam ว่า Adam เจ้าอยู่ที่ไหน เจ้าได้กินผลไม้ที่ข้าได้สั่งห้ามมิให้เจ้ากินหรือไม่ และพระผู้เป็นเจ้าก็ได้ตรัสถาม Eve เช่นนี้เหมือนกัน”[15]

---

[12] H.W.R. Wade, supra note 15. p.480.

[13] วรวุฒิ ทวาทศิน, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น.535.

[14] H.W.R. Wade, Administrative Law, Seventh Edition (London : Clarendon, 1995).

[15] เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.58.

ประการที่ 2 การรับฟังข้อเท็จจริง[16]

ในการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิ โดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิด้วยวาจา แต่ในบางสถานการณ์การให้บุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธิทำหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงก็เป็นการเพียงพอ ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้บุคคลซึ่งถูกกระทบสิทธิชี้แจงด้วยลายลักษณ์อักษร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสแก่บุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธิแก้ข้อกล่าวหาหรือให้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างเพียงพอ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะหาพยานหลักฐานได้เอง ถ้าข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใดที่จะเป็นผลร้ายต่อบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเช่นว่านั้นให้บุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธิทราบเพื่อเป็นการให้โอกาสที่จะคัดค้านหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานดังกล่าวด้วย แต่หากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิไม่คัดค้านหรือดำเนินการใด ๆ ก็ถือได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตามหลักการให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานแล้ว

ตัวอย่างคดีที่ศาลยุติธรรมอังกฤษพิพากษาวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังข้อเท็จจริง ได้แก่ คดี Bagg's case (1615) ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า กรณีพลเมืองคนหนึ่งได้ข่มขู่คุกคามนายกเทศมนตรีของเมืองและทำให้เกิดเป็นข่าวอื้อฉาว ส่งผลให้บุคคลดังกล่าวต้องถูกลงโทษถอดถอนสิทธิพลเมืองทั้งหลาย คำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะเนื่องจากมิได้มีการดำเนินการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิมาตั้งแต่แรก

หรือคดี Ridge v. Baldwin (1963) ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า ผู้บังคับการตำรวจเมืองไบรตันได้ถูกคณะกรรมการตรวจสอบของเมืองไบรตันไล่ออกจากราชการโดยมิได้ให้โอกาสแก่เขาในการชี้แจง คำสั่งดังกล่าวย่อมกระทบต่อสิทธิตามกฎหมาย อย่างน้อยก็กระทบสิทธิที่จะได้รับบำนาญ (Pension Rights) แม้คณะกรรมการตรวจสอบของเมืองไบรตันมิได้กระทำการอย่างตุลาการ แต่ได้ทำหน้าที่บริหารหรือกระทำการทางปกครอง ศาลสภาขุนนางเห็นว่า หากคำสั่งหรือคำวินิจฉัยใด ๆ กระทบต่อสิทธิของประชาชนแล้ว ไม่ว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นจะกระทำขึ้นโดยองค์กรซึ่งทำหน้าที่ตุลาการหรือไม่ก็ตาม ก็จำต้องเคารพหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติโดยเคร่งครัด การที่

---

[16] การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ในกฎหมายปกครองไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.41-42.

คณะกรรมการตรวจสอบของเมืองไบรตันมิได้ให้โอกาสนายไรด์จในการชี้แจงและแก้ข้อกล่าวหา ย่อมถือว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อหลักการรับฟังคู่ความ จึงเป็นคำสั่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย [17]

ศาลยุติธรรมอังกฤษได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้การรับฟังข้อเท็จจริงเพื่อประกันสิทธิต่าง ๆ มากขึ้น ศาลยุติธรรมอังกฤษได้บังคับใช้หลักการรับฟังกับคำวินิจฉัยที่กระทบสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนและคำวินิจฉัยที่ไล่บุคคลออกจากตำแหน่งทางราชการหรือจากสมาคมวิชาชีพต่าง ๆ มากขึ้นกว่าในอดีต และในปัจจุบัน ศาลยุติธรรมอังกฤษได้นำหลักความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate expectation) มาบังคับใช้โดยผ่านเข้ามาทางหลักการฟังความจากคู่ความทุกฝ่าย กล่าวคือ บุคคลย่อมมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าตนจะได้รับความยุติธรรมจากรัฐโดยได้มีโอกาสได้รับการพิจารณาอย่างปราศจากอคติ และมีโอกาสชี้แจง ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ชี้แจงแสดงพยานหลักฐานก่อนที่องค์กรฝ่ายปกครองจะตัดสินใจเปลี่ยนแปลงการกระทำจากเดิมหรือเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจจากเดิม แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งใดหรือเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจใดโดยมีผลกระทบต่อประโยชน์หรือสถานะของคู่กรณี องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้คู่กรณีได้ชี้แจงเสียก่อน[18]

2) ข้อยกเว้นหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ

แม้หลักการรับฟังข้อเท็จจริงจะเป็นหลักการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามในการพิจารณาและวินิจฉัยที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล แต่หลักการเช่นว่านี้ก็มีข้อยกเว้นที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริงในการพิจารณาและวินิจฉัย ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้ ได้แก่

1. กรณีที่กฎหมายบัญญัติยกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงไว้ (Expression unius est exclusion alterius) กฎหมายบางฉบับได้บัญญัติว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิก่อนที่จะวินิจฉัย แต่ศาลอังกฤษจะยอมรับบทบัญญัติที่ยกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติยกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงไว้โดยชัดแจ้ง แต่ในบางกรณีก็สามารถสรุปบทบัญญัติของกฎหมายได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้มีการรับฟังข้อเท็จจริงก่อนที่จะวินิจฉัย

2. กรณีที่ต้องวินิจฉัยโดยรีบด่วนเพื่อรักษาความปลอดภัยและเพื่อความสงบสุขของสาธารณชน หรือมีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันหรือแก้ไขเพื่อความมั่นคงของส่วนรวม เช่น การ

---

[17] ณรงค์เดช สรุโฆษิต, การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), น.128.

[18] กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป, *เพิ่งอ้าง*, น.229.

วินิจฉัยเพื่อสั่งยึดหรือทำลายพืชหรืออาหารที่เป็นพิษต่อสุขภาพของผู้บริโภค ซึ่งจะต้องวินิจฉัยโดยรีบด่วน

3. กรณีการวินิจฉัยในขั้นตระเตรียมที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่จะออกคำสั่ง การวินิจฉัยว่าจะฟ้องร้องหรือดำเนินการพิจารณาสอบสวนที่กระทบต่อสิทธิ ไม่ต้องแจ้งคำบอกกล่าวหรือแจ้งพยานหลักฐานให้บุคคลที่จะถูกฟ้องร้องหรือสอบสวนทราบ แม้คำวินิจฉัยนั้นจะก่อให้เกิดผลร้ายก็ตาม เพราะการวินิจฉัยในขั้นตระเตรียมหรือในการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงมีมูลเพียงพอที่จะดำเนินการสอบสวนหรือไม่นั้น บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหาและพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาและมีโอกาสที่จะให้ข้อเท็จจริงในการพิจารณาที่จะเกิดขึ้นภายหลัง

4. กรณีไม่สามารถแจ้งคำบอกกล่าวได้เนื่องจากการกระทำของบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบเป็นอุปสรรคต่อการแจ้งคำบอกกล่าวล่วงหน้า หรือต่อการให้สิทธิในการรับฟังคู่กรณีได้

3) ผลของการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองบกพร่องหรือขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ[19]

ในกฎหมายอังกฤษ ผลของคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่ไม่เป็นไปตามกระบวนการพิจารณาทางปกครองขึ้นอยู่กับว่ากระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองบังคับ หรือกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เป็นแนวทาง ศาลอังกฤษถือว่าคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองจะเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อคำวินิจฉัยนั้นออกโดยฝ่าฝืนกระบวนการพิจารณาทางปกครองบังคับ เช่น กระบวนการพิจารณาทางปกครองเกี่ยวกับภาษีอากรต้องมีการระบุเตือนผู้รับคำวินิจฉัยว่าสามารถอุทธรณ์ได้ คำวินิจฉัยซึ่งกระทบสิทธิของบุคคลและกฎหมายบังคับให้ทำการไต่สวน แต่ไม่ทำการไต่สวน กฎหมายกำหนดให้ต้องประกาศให้สาธารณชนทราบเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียใช้สิทธิป้องกันตนเอง แต่ไม่ทำ เป็นต้น เมื่อฝ่ายปกครองพิจารณาและวินิจฉัยโดยขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ จึงเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงมีผลเป็นโมฆะ และจะเป็นโมฆะสำหรับบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิจากคำวินิจฉัยเท่านั้นและจะต้องได้รับการวินิจฉัยโดยศาลถึงความเป็นโมฆะ

4) การเยียวยาคำสั่งที่ออกโดยขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ

เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรู้ว่าการพิจารณาของตนขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเยียวยาการพิจารณาที่ขัดต่อหลักการรับฟังได้ โดยการจัดให้มีการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิในภายหลัง และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยที่ได้วินิจฉัยไปแล้ว ส่วนในชั้นของการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่าย

---

[19] หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.16 – 18.

ปกครองนั้น ไม่อาจเยียวยาแก้ไขกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิได้

3.1.1.2 หลักการให้สิทธิและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา มีหลัก Due Process of Law โดยนำมาใช้ในความหมายเดียวกับ “The law of the land” ของประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1354 “Due Process of Law” เป็นที่เข้าใจและยอมรับกันว่าเป็นข้อเรียกร้องพื้นฐานที่สำคัญของหลักความยุติธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน หลักนี้ได้มีอิทธิพลเผยแพร่ไปยังประเทศอาณานิคมของประเทศอังกฤษควบคู่ไปกับหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) อื่น ๆ แต่ Magna Carta 1215 ของอังกฤษเกิดมาจากการกำจัดอำนาจของกษัตริย์ ในขณะที่ Bill of Rights ของสหรัฐอเมริกา เพื่อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองหรือรัฐบาล[20] หลักการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (The Bill of Rights) ได้รับการให้สัตยาบรรณเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1791 และได้นำมาเป็นบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 ถึง 10 (the first ten)[21] โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 ปี ค.ศ. 1791 เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หลักนิติธรรม และค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Criminal actions – Provisions concerning – Due process of law and just compensation danses) และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 ปี ค.ศ. 1868 เป็นบทที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเพราะรองรับสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค (The Equality) และหลักวิถีทางที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process of Law) ซึ่งหมายถึงกระบวนการและวิถีทางตามกฎหมายที่การปฏิบัติใด ๆ จะต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย[22] จึงนับเป็นการปรากฏตัวครั้งแรกของหลัก Due Process of Law ต่อมา มีการนำหลักเกณฑ์ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม หรือโดยใช้อำเภอใจจากอำนาจรัฐ บัญญัติไว้ในมาตรา 7 (C) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกา (Adminitrative Procedure Act 1946 หรือ A.P.A.) ซึ่งบัญญัติว่า “คู่กรณีทุกฝ่ายมีสิทธิที่จะแสดงข้อกล่าวหาหรือข้อแก้ต่างของตน โดยแสดงหลักฐานด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร และมีสิทธิที่

---

[20] หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, *เพิ่งอ้าง*, น.99.

[21] วันชัย โฆษิตมาศ, หลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2503), น.14.

[22] ปัญญา อุดชาชน, “สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, น.19 (มกราคม – เมษายน 2557).

จะซักค้านเพื่อที่จะได้มาซึ่งข้อเท็จจริงโดยสมบูรณ์" หลักดังกล่าวนี้ก็คือหลัก Due Process of Law ดังนั้น A.P.A. ปี ค.ศ. 1946 จึงไม่ได้สร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ หากแต่อิงและยืนยันแนวกฎหมายเดิมที่ยังไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น[23] หลักการ Due Process of Law เรียกร้องให้ขั้นตอนกระบวนพิจารณา ต้องให้บุคคลจะมีโอกาสที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบ และสถานที่ที่จัดให้มีการพิจารณารับฟังความ

หลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีทั้งการรับฟังคู่กรณีที่ไม่อยู่ในระบบกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. และที่อยู่ในระบบกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. หรือที่เรียกกันว่า กระบวนพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (Informal Procedure) และกระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (Formal Procedure)[24] ซึ่งลักษณะของกระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (Formal Procedure) มีลักษณะคล้ายการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาล ที่ฝ่ายนิติบัญญัติพยายามทำให้เกิดความชอบธรรมในกระบวนพิจารณา[25] เป็นไปตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 554 มาตรา 556 และมาตรา 557 ส่วนหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. มาตรา 554 หรือที่เรียกว่าการรับฟังคู่กรณีตามกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (Informal Procedure) ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. แต่อย่างใด และในบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. ก็มิได้ให้คำนิยามใด ๆ ไว้ในกฎหมายว่า การดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการหมายความว่าอย่างไร และมีลักษณะเช่นใด แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 555 จะปรับใช้กับกระบวนพิจารณาของหน่วยงานทางปกครองทั้งหมด ก็มิได้ปรากฏความหมายที่ชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา 555 ว่าจะมีความหมายเช่นใด มาตรา 555 ส่วนใหญ่เป็นเนื้อหาในเรื่องของการมีทนายความในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองทั้งในกระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการและไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และการให้เหตุผลประกอบการปฏิเสธคำขอ คำร้อง และคำร้องขอเท่านั้น[26]

---

[23] หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, *เพิ่งอ้าง*, น.101.

[24] หลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.21.

[25] *เพิ่งอ้าง*, น.22.

[26] *เพิ่งอ้าง*, น.22.

ข้อยกเว้นของหลักการรับฟังคู่กรณีตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 554 (a) คือ[27]

1. เรื่องการพิจารณาคดีใหม่ในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงในศาล

2. การสรรหา หรือการดำรงตำแหน่งของลูกจ้าง ยกเว้นผู้พิพากษากฎหมายปกครอง (Administrative law judges) ที่ได้รับการแต่งตั้งตามมาตรา 3105 ของบทบัญญัตินี้

3. กระบวนพิจารณาซึ่งคำตัดสินอาศัยเพียงแค่เรื่องของการตรวจสอบ ทดสอบ หรือการเลือกตั้ง

4. การดำเนินงานของทหาร หรือการปฏิบัติหน้าที่ราชการเกี่ยวกับการต่างประเทศ

5. กรณีซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำลังปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนของศาล หรือ

6. การรับรองผู้แทนลูกจ้าง

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 554 (c) (1) เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะให้คู่กรณีที่มีส่วนได้เสียมีโอกาสสำหรับการเสนอและการพิจารณาข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง ข้อเสนอให้มีการระงับข้อพิพาท หรือข้อเสนอของการแก้ไขข้อพิพาท เมื่อเวลา ลักษณะของกระบวนพิจารณาและประโยชน์สาธารณะเปิดโอกาสให้กระทำได้ และ (2) ถึงขนาดที่คู่กรณีไม่สามารถกระทำการดังกล่าวในการที่จะกำหนดข้อโต้แย้งด้วยความยินยอมได้ การรับฟังคู่กรณีและการตัดสินในเรื่องการแจ้งให้ทราบ และตามบทบัญญัติมาตรา 556 และ 557 ของลักษณะนี้

ส่วนข้อยกเว้นของกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ จึงเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและภายใต้การทบทวนของศาล จึงขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ทำให้แนวคำพิพากษาของศาลก็ไม่แน่นอนในหลักการ

การรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในกระบวนพิจารณาทางปกครองที่รูปแบบเป็นพิธีการ มาตรา 556 ของ A.P.A. บัญญัติถึงหลักการรับฟังข้อเท็จจริงของคู่กรณีก่อนวินิจฉัยสั่งการ โดยกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการพิจารณาไต่สวนพยานหลักฐานขึ้น เรียกว่า “Hearing Examiners” ต่อมาได้เปลี่ยนเป็น “Administrative Law Judge” หรือผู้พิพากษากฎหมายปกครอง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เพื่อดำเนินการพิจารณาไต่สวนพยานและทำความเห็นเสนอเท่านั้น การวินิจฉัยหรือออกนิติกรรมทางปกครองยังคงเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง[28]

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของประชาชน ซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐาน แต่หลักดังกล่าวจะไม่นำมาใช้ในกรณีที่พรากไปซึ่งสิทธิหรือเสรีภาพของ

---

[27] *เพิ่งอ้าง*, น.24.

[28] การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ในกฎหมายปกครองไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.71-72.

ประชาชน ฝ่ายปกครองจึงปฏิเสธการให้สิทธิรับฟังคู่กรณีได้ ถ้าคู่กรณีไม่ได้รับการกระทบในเรื่องสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อื่นใด

1) ข้อยกเว้นหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ[29]

1. ในกรณีอันตรายฉุกเฉิน ซึ่งหากดำเนินการล่าช้าอาจก่อให้เกิดภยันตรายแก่บุคคลอื่นหรือผู้ที่เกี่ยวข้องได้ และเป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน เช่น การยึดหรืออายัด หรือทำลายสิ่งของที่เน่าบูด หากต้องรับฟังข้อเท็จจริงอาจจะทำให้การตัดสินใจของฝ่ายปกครองล่าช้า ไม่ทันการ

2. ในกรณีความจำเป็นในการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ ซึ่งบางครั้งอาจเกิดความจำเป็นซึ่งฝ่ายปกครองอาจไม่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงได้ เช่น กรณีเกิดน้ำท่วมในเขตท้องที่หนึ่งซึ่งเป็นเขตสำคัญส่งผลต่อการจราจร ฝ่ายปกครองอาจทำเขื่อนกั้นน้ำมิให้เข้ามาเขตพื้นที่สำคัญอันเป็นความจำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายก็ได้

3. กรณีเรื่องเล็กน้อย มโนสาเร่ ซึ่งอาจเป็นคำสั่งทางปกครองชั่วครั้งชั่วคราว ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบสิทธิของประชาชน เช่น การปิดการจราจรชั่วคราวบนถนนที่เกิดเหตุเพลิงไหม้

4. กฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากร ซึ่งเป็นนโยบายในการคลังก็สามารถยกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงได้

5. มีกฎหมายกำหนดยกเว้นให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

6. ข้อเท็จจริงเป็นที่รับรู้กันทั่วไป และผู้เกี่ยวข้องยอมรับข้อเท็จจริงนั้นแล้ว เช่น คู่ความยอมรับข้อเท็จจริงว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตรงกับความเป็นจริงและมีผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องอย่างไรบ้าง และคู่ความได้ยอมรับผลนั้นได้เกิดขึ้นและมีผลกระทบจริง

2) ผลของการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองบกพร่องหรือขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ

การออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนต่อหลักการรับฟังคู่กรณีสำหรับการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ คู่กรณีมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามหลัก Due Process ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 และครั้งที่ 14 หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่รับฟังคู่กรณีก่อน คู่กรณีจะได้รับความคุ้มครองโดยการทบทวนของศาล (Judicial review) เพราะถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดต่อหลัก Due Process

---

[29] การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ในกฎหมายปกครองไทย, *เพิ่งอ้าง*, น. 74-75.

3.1.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

แนวความคิดและหลักกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของกลุ่มประเทศระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการนำเหตุและผลในทฤษฎีของกฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบัญญัติไว้เป็นตัวบทกฎหมาย อันเป็นการกำหนดแนวิธีปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามบทกฎหมาย คำสั่งทางปกครองอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.1.2.1 หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร(Civil Law System) แต่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองขึ้นเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสกลับมีความก้าวหน้าเป็นอย่างมาก โดยผู้พิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศสหรือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นผู้วางหลักกฎหมายปกครองทั่วไปจนเป็นที่ยอมรับกันในหมู่นักกฎหมายของฝรั่งเศส

1) พัฒนาการของหลักการให้สิทธิโต้แย้ง

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้นำแนวคิดที่คล้ายคลึงกับแนวคิดเรื่องความยุติธรรมตามธรรมชาติมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1944 โดยนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principes généraux du droit) โดยการเปิดโอกาสให้คู่ความอีกฝ่ายได้รับทราบข้อมูลที่เกี่ยวกับตัวเขาเพื่อโต้แย้งคัดค้านในกระบวนวิธีพิจารณา (principe du caractère contradictoire de l'instruction) และการให้ความเคารพในสิทธิของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงเพื่อต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนเอง (principe du respect des droits de la défense) หากการกระทำทางปกครองมีลักษณะเสมือนโทษทางอาญาและมีผลกระทบในลักษณะที่เป็นผลร้ายแก่สิทธิของเอกชนแล้วฝ่ายปกครองจะต้องให้เอกชนผู้นั้นมีสิทธิเสนอความเห็น ข้อเท็จจริง หรือข้อต่อสู้ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการอันจะทำให้สิทธิและหน้าที่ของเอกชนผู้นั้นต้องเปลี่ยนแปลงไป[30] ซึ่งกระบวนการนี้เป็นกระบวนที่ได้รับอิทธิพลมาจากกระบวนการพิจารณาในศาลที่เรียกว่า "สิทธิต่อสู้โต้แย้ง" (Droit de la défense) หลักสิทธิต่อสู้โต้แย้งนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สังเคราะห์จากหลักกฎหมายอาญาและวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบด้วยเจตนารมณ์ในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลซึ่งประกาศอยู่ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และหากศาลพบว่าในรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องใดมีบทบัญญัติคุ้มครองปัจเจกชนได้เหมาะสม ศาลก็จะสังเคราะห์เอาหลักหรือ

[30] คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น. 535.

วิธีการในกฎหมายนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป[31] การไต่สวนหาข้อเท็จจริงก่อนมีคำสั่งทางปกครองถือเป็นกระบวนการเดียวกันกับการออกคำสั่ง เพราะฉะนั้น ประชาชนที่เกี่ยวข้องที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวจะอ้างเหตุการณ์ไต่สวนไม่ชอบเพื่อฟ้องศาลโดยตรงไม่ได้ คงต้องรอให้มีคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นก่อน จึงจะฟ้องย้อนไปถึงเหตุของการมีคำสั่ง คือ การไต่สวนที่ไม่ชอบ ซึ่งจะทำให้คำสั่งนั้น ๆ ไม่ชอบเพราะเหตุดังกล่าวไปด้วย สำหรับหลักการให้โอกาสให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของฝรั่งเศส จะไม่ใช้ถ้อยคำ “Audi alteram partem” ดังเช่นในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษ เพราะระบบของฝรั่งเศส ข้อพิพาทปกครองที่จะเสนอต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ หรือที่จะนำไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง มักจะกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งสิ้น แต่ในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณีนั้น หลักการแถลงชี้แจงด้วยวาจายังคงได้รับการถือปฏิบัติมากกว่า[32] สภาแห่งรัฐจึงใช้ถ้อยคำอื่นที่มีความหมายทำนองเดียวกัน โดยได้แยกหลักกฎหมายที่สำคัญเพื่อความเหมาะสมกับระบบกฎหมายปกครองเป็น 2 หลัก คือ[33]

1. หลักการเปิดโอกาสให้คู่ความฝ่ายตรงกันข้ามได้รับทราบข้อมูลเพื่อโต้แย้งคัดค้าน

หลักของกระบวนวิธีพิจารณาทางปกครองของฝรั่งเศส ไม่ว่าในชั้นศาลหรือชั้นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสั่งการ คือจะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร แม้ว่าจะมีกฎหมายบัญญัติให้ตัวผู้เสียหายเองสามารถเลือกที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงหรือมีข้อสังเกตอย่างใด ๆ ด้วยวาจาต่อศาลหรือต่อเจ้าหน้าที่ หรือจะมอบอำนาจให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนด้วยวาจาได้ก็ตาม ซึ่งในทางปฏิบัติในทุกกรณีก่อนที่ศาลจะพิพากษาหรือเจ้าหน้าที่จะสั่งการ ศาลหรือเจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนกระบวนวิธีพิจารณาเสียก่อน ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์สำคัญสองประการ คือ ประการแรก ทำข้อเท็จจริงในข้อเรียกร้องของคู่ความทุกฝ่ายให้กระจ่างเสียก่อน ประการที่สอง เปิดโอกาสให้คู่ความแต่ละฝ่ายได้รับทราบข้อมูลและโต้แย้งคัดค้านข้อเรียกร้องทุกข้อของอีกฝ่ายหนึ่ง

คดีสำคัญที่สภาแห่งรัฐได้พิพากษาวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักการเปิดโอกาสให้คู่ความฝ่ายตรงกันข้ามได้รับทราบข้อมูลเพื่อโต้แย้งคัดค้านไว้ ได้แก่ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐลงวันที่ 5

---

[31] จันจิรา เอี่ยมมยุรา, “กระบวนการต่อสู้โต้แย้ง ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539,” รวมบทความวิชาการในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, น.212(2543).

[32] เทอดพงศ์ คงจันทร์, หลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริง และโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด, (กรุงเพทมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.22-23.

[33] รังสิกร อุปพงศ์, รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2541), น.75.

พฤษภาคม ค.ศ. 1944 คดี Dame Veuve Trompier – Gravier[34] สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า การที่นาง Trompier – Gravier (ผู้ฟ้องคดี) เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบการค้าขายหนังสือพิมพ์ในซุ้มหนังสือที่ตั้งอยู่บนถนนบูเลอวาร์ด แซงต์ – เดอนิส เมืองปารีส และต่อมาผู้ว่าราชการจังหวัดได้เพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีโดยอ้างเหตุว่า ผู้รับใบอนุญาตทำผิดเงื่อนไขใบอนุญาตนั้น เห็นว่า การเพิกถอนใบอนุญาตถือเป็นการลงโทษผู้รับใบอนุญาตที่รุนแรง ดังนั้น กระบวนการเพิกถอนจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ถูกลงโทษแสดงพยานหลักฐานโต้แย้งข้อกล่าวหาของฝ่ายปกครองแล้วเท่านั้น เมื่อไม่ปรากฏว่าได้มีการแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบเพื่อเปิดโอกาสให้โต้แย้งข้ออ้างของผู้ว่าราชการจังหวัดก่อนทำการเพิกถอนใบอนุญาต การออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตโดยผู้ว่าราชการจังหวัดจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย สภาแห่งรัฐจึงสั่งให้เพิกถอนคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ว่าราชการจังหวัดเสีย[35]

ในปี ค.ศ. 1946 สภาแห่งรัฐตัดสินว่า หลักประกันในกระบวนการโต้แย้งนั้นถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ก็ตามในกรณีที่มี “sanction” ทางปกครอง[36] หรือมีมาตรการบังคับสำหรับฝ่ายปกครอง (C.E., 21 mai 1946, Maillou)

หรือคดีที่ตุลาการผู้แถลงคดี (Commissaire du Gouvernement) Denis BESLE ได้แถลงความเห็นต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมืองลียง โดยกล่าวถึงข้อเท็จจริงและเสนอความเห็นว่า[37] การสั่งปิดสถานที่ให้บริการเครื่องดื่มนั้น เป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา L.3332-15 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข โดยมีกำหนดไม่เกินหกเดือน หากมีการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบการดังกล่าวหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งปิดดิสโกเทคเลอ คาสติ้ง โดยมีเหตุผลว่าสถานที่ดังกล่าวได้ให้บริการเครื่องดื่มแก่บุคคลซึ่งอยู่ในสภาพมึนเมาอย่างชัดแจ้ง ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา R.6 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการประกอบการค้าเครื่องดื่ม ผู้ฟ้องคดีได้ยกเหตุผลเกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอกของความชอบด้วยกฎหมายโดยอ้างว่าก่อนออกคำสั่งดังกล่าว ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบถึงรายงานของตำรวจเพื่อที่ให้ตนได้มีโอกาสที่จะชี้แจง ตุลาการ

---

[34] C.E.., 5 mai 1944, Dame veuve Trompier – Gravier Rec, p.133.

[35] หลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด, *เพิ่งอ้าง*, น.24.

[36] ประสาท พงษ์สุวรรณ์, “เหตุผลในการพิพากษาคดีปกครองประเภทต่าง ๆ,” ในเอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15, น.25.

[37] ยงยุทธ อนุกูล และสุภาวดี ชัยโยธา, “คำพิพากษาต่างประเทศ,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, เล่ม 7, ปีที่ 3, น.120-121(2550).

ผู้แถลงคดีเห็นว่า คำสั่งปิดสถานประกอบการค้าเครื่องดื่มเป็นมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งและต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีในการชี้แจงโต้แย้งก่อนตามบทบัญญัติมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 2000 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้จัดการบริษัทผู้ฟ้องคดีทราบเพื่อให้ชี้แจงกรณีที่จะมีคำสั่งปิดสถานประกอบการดังกล่าวเป็นเวลาหนึ่งเดือน จึงเห็นว่าการที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีมาโต้แย้งดังกล่าว เป็นการให้โอกาสที่เพียงพอที่จะให้ผู้ฟ้องคดีได้มีโอกาสโต้แย้งแล้ว

ในกรณีเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นไปตามคำขอของผู้ยื่นคำขอ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 บังคับให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องให้เหตุผลอย่างชัดเจนด้วย และรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 83- 1025 ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ. 1983 ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ใช้บริการสาธารณะขึ้นใช้บังคับ (Le décret nº 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers)[38] กำหนดเงื่อนไขบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง 2 ประการ คือ เงื่อนไขแรก จะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ที่จะอยู่ในบังคับของคำสั่งได้ทำข้อสังเกตเป็นหนังสือ อันเป็นการนำหลักการฟังความสองฝ่ายมาบังคับใช้ (le principe du contradictoire) เว้นแต่บุคคลนั้นสามารถตอบด้วยวาจาได้ ก็ไม่จำเป็นต้องขอเป็นลายลักษณ์อักษร[39] ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งสามารถยกข้ออ้างใด ๆ ที่จะเป็นคุณแก่ตนเองขึ้นอ้างได้ และ เงื่อนไขที่ 2 จะต้องรับฟังผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ในเรื่องที่จะมีคำสั่งด้วย ไม่ใช่เฉพาะแต่ผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งโดยตรง

2. หลักสิทธิต่อสู้เพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง (droit de la défense)

หลักการนี้ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีจุดเริ่มต้นมาจากผลกระทบจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่มีต่อประชาชน ซึ่งมาตรา 65 ของรัฐบัญญัติการคลัง ลงวันที่ 22 เมษายน 1905 กำหนดไว้ว่า บรรดาข้าราชการพลเรือนและทหาร พนักงานและลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ มีสิทธิขอสำเนาเอกสารหรือข้อมูลใด ๆ ที่เกี่ยวกับตัวเขาก่อนที่เขาจะถูกสั่งลงโทษทางวินัย หรือก่อนที่จะถูกสั่งโยกย้ายหรือก่อนที่จะถูกสั่งชะลอการเลื่อนขั้น ในระยะแรกบทบัญญัตินี้ใช้บังคับแต่เฉพาะบุคลากรของหน่วยงานของรัฐเท่านั้น[40] หรือตัวอย่างคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1954 เมื่อตุลาการในสภา

---

[38] "เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง," เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15, *เพิ่งอ้าง*, น.58.

[39] สิริชัย สุธีวีระขจร, การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), น.78.

[40] หลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด, เพิ่งอ้าง, น.25.

แห่งรัฐต้องการสร้างกฎเกณฑ์ใหม่เพื่อนำมาตัดสินคดีที่มีชื่อเรียกกันว่า คดี Aramu [41] ศาลปกครองได้ตัดสินคดีดังกล่าวโดยกล่าวไว้ในคำพิพากษาว่า ในกรณีที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดจะถูกสั่งลงโทษจากฝ่ายปกครอง บุคคลผู้นั้นพึงมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากข้อกล่าวหาที่ทำให้ตนต้องอาจถูกลงโทษนั้น ๆ โดยบุคคลดังกล่าวพึงมีสิทธิเข้ารับรู้และตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้างเพื่อสั่งลงโทษตน รวมตลอดจนมีสิทธิที่จะเข้าชี้แจงเพื่อต่อสู้โต้แย้งข้อกล่าวหาที่ฝ่ายปกครองยกขึ้นอ้างเพื่อสั่งลงโทษตน อนึ่ง หลังจากคดี Aramu เป็นต้นมา หลักการนี้ก็ได้ถูกนำไปปรับใช้กับการพิพากษาคดีอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกันกับคดี Aramu[42] และสภาแห่งรัฐได้ขยายผลการบังคับใช้ไปยังบุคคลอื่น ๆ และเรื่องอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง โดยถือว่าหลักการนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปและหลักนี้ได้ขยายผลไปใช้กับกระบวนการพิจารณาทางปกครองทุกระดับ ซึ่งรวมถึงขั้นตอนกระบวนการก่อนมีคำสั่งทางปกครองด้วย

ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส โดยปกติแล้วฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบถึงการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งให้ต้องกระทำ เช่น กรณีกฎหมายเกี่ยวกับการวางผังเมือง ซึ่งจะต้องมีการประกาศแจ้งให้ประชาชนทราบ หรือกรณีการสอบแข่งขันเพื่อเข้ารับราชการ ซึ่งจะต้องมีการประกาศแจ้งล่วงหน้าถึงเงื่อนไขคุณสมบัติต่าง ๆ ดังนั้น การสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขอย่างใด ๆ จึงมีผลกระทบโดยตรงต่อผู้ที่มีส่วนได้เสีย หรือกรณีการไต่สวนสาธารณะ ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนได้รับทราบโครงการที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจดำเนินการ และในขณะเดียวกันก็จะได้รวบรวมข้อคิดเห็นเสนอแนะจากประชาชนที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาใช้ประกอบการตัดสินใจ

สำหรับหลักสิทธิที่จะต่อสู้เพื่อป้องกันสิทธิของตน ไม่ได้ถูกนำไปใช้กับคำสั่งทางปกครองทุกกรณี ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐได้วางหลักการพิจารณาไว้ เช่น ถ้าเป็นกรณีผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองไม่ใช้สิทธิของตนเองภายในเวลาที่เจ้าหน้าที่กำหนดจนล่วงพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว จะมาใช้สิทธิย่อมไม่ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีคำสั่งเกี่ยวกับตัวบุคคล เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งลงโทษบุคคลอื่น ๆ หรือคำสั่งเกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลหรือความสามารถของบุคคล หรือคำสั่งเกี่ยวกับการเลิกบริษัท หรือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมาตรการนั้นส่งผลดีผลเสียอย่างร้ายแรง เช่นนี้ กระบวนการพิจารณา

---

[41] C.E., 26 oct. 1945, Aramu, R. 213

[42] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “หลักกฎหมายทั่วไป : การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 6 ฉบับที่ 1, น.56(2549)

ทางปกครองจะต้องเคารพในหลักสิทธิที่จะต่อสู้ป้องกันสิทธิของผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น[43]

2) ข้อยกเว้นหลักการรังฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ

หลักการฟังความสองฝ่ายและหลักให้สิทธิในการต่อสู้คดีอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นที่อาจจำกัดขอบเขตของหลักการดังกล่าวได้ คือ

1. มีความจำเป็นเร่งด่วน หรือในสถานการณ์พิเศษอย่างยิ่งซึ่งไม่อาจรับฟังข้อเท็จจริงได้ ซึ่งนอกจากจะได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับต่างๆ แล้ว ในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐก็ได้วางบรรทัดฐานความหมายของทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษของประเทศขึ้นด้วย นอกจากนั้น ศาลยังได้พัฒนาข้อยกเว้นนี้ขยายไปสู่วิกฤตการณ์เรื่องอื่นๆ ที่รุนแรง เช่น ความไม่สงบเรียบร้อยภายในการชุมนุมประท้วงทั่วประเทศ การกบฏ เป็นต้น อย่างไรก็ตามความหมายของสถานการณ์พิเศษที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาล ประกอบด้วยเงื่อนไขหลากหลายต่าง ๆ เช่น ต้องปรากฏว่าระบบการบังคับใช้กฎหมายในเวลาปกติไม่อาจปฏิบัติได้ นอกจากนี้ การฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมายกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีความจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งหากปล่อยให้ล่าช้าออกไปจะก่อความเสียหายและท้ายที่สุดการกระทำอันเป็นต้นเหตุกับสถานการณ์ที่วิกฤตนั้นจะต้องเกิดขึ้นในคราวเดียวกัน

2. ความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ทั้งทางทหาร เศรษฐกิจ และการคลัง

3. ในกรณีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

4. กรณีที่เป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้แสดงไว้ในคำขอของตน สภาแห่งรัฐเห็นว่ากรณีนี้จะต้องหมายความว่า ข้อเท็จจริงได้ถูกระบุอย่างชัดเจนในคำขอ และฝ่ายปกครองมิได้ละเลยต่อข้อเท็จจริงดังกล่าว แต่ได้นำมาพิจารณาประกอบในขั้นตอนการพิจารณาทำคำสั่งด้วย

5. ลักษณะของคำขอที่เป็นการขอซ้ำซากหรือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ข้อยกเว้นกรณีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้หลักประกันแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะทำงานเพื่อประโยชน์มหาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยจะไม่ถูกผูกติดกับวิธีพิจารณาที่ไร้ประโยชน์

6. ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากประชาชน ฝ่ายปกครองก็ไม่จำเป็นต้องรับฟังความคิดเห็นแต่ประการใด

นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังไม่ใช้บังคับกับหน่วยงานทางปกครองของศาลยุติธรรมและกับกรณีความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานนั้น[44]

---

[43] หลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด, *เพิ่งอ้าง*, น.25-26.

3) ผลของการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองบกพร่องหรือขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ[45]

กรณีฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองละเลยที่จะปฏิบัติตามกระบวนการหรือรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชนและเพื่อให้ฝ่ายปกครองดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนมีการออกคำสั่งทางปกครอง การไม่ทำตามรูปแบบและขั้นตอนดังกล่าวจึงมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ไม่เป็นเหตุที่จะฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เช่น ในกรณีที่การกำหนดรูปแบบของการทำคำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบเสริม หรือรูปแบบของคำสั่งทางปกครองไม่ได้เป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนกรณีที่ถือว่ารูปแบบของการทำคำสั่งทางปกครองเป็นสิ่งสำคัญนั้น หมายถึงว่าการไม่ทำตามรูปแบบจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคำตัดสินหรือต่อคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง การไม่ทำตามรูปแบบนั้นก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดรูปแบบ

3.1.2.2 หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ออกแบบให้คู่กรณีมีฐานะเป็นประธานในการพิจารณาเรื่องทางปกครอง กล่าวคือเป็นผู้ทรงสิทธิ ไม่ใช่วัตถุแห่งการกระทำของหน่วยงานของรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญจึงมีผลเป็นรูปธรรมในกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครอง นอกจากสิทธิทั่ว ๆ ไป เช่น สิทธิในความเสมอภาค สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองในฐานะเป็นชนกลุ่มน้อย[46] และสิทธิของคู่กรณีที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองมีหลายประการ แต่สิทธิที่สำคัญที่สุด หลักการรับฟังคู่กรณี ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่หลายประเทศให้การยอมรับ โดยเฉพาะประเทศที่ปกครองในระบบประชาธิปไตย ดังเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของเยอรมันหรือกฎหมายพื้นฐาน (The basic law) มาตรา 103 ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในศาลของประชาชน (basic rights in the courts) โดยขณะนั้นยังใช้บังคับเฉพาะการพิจารณาคดีในชั้นศาลเท่านั้น

1) พัฒนาการของหลักการให้สิทธิโต้แย้ง

---

[44] สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.94.

[45] หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.16 – 18.

[46] วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, *เพิ่งอ้าง*, น.109.

สำหรับกระบวนพิจารณาทางปกครองในเยอรมนีก่อนที่จะมีรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ในขณะนั้นคู่กรณีคงมีเพียงสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง (Right to be heard) ที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายปกครองแต่ละฉบับ มิได้มีการออกกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองให้เป็นกฎหมายกลางที่ทุกมลรัฐต้องปฏิบัติตาม แต่ศาลปกครองก็ให้การรับรองหลักการรับฟังคู่กรณีแม้จะมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ และต่อมาได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ของเยอรมนี (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG) เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 กฎหมายดังกล่าวได้ให้ความหมายของ “วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง” ตามมาตรา 9 แห่งรัฐบัญญัติ ว่าหมายถึง “การกระทำการใด ๆ ของหน่วยงานที่มีผลออกไปภายนอก โดยมุ่งหมายที่จะตรวจสอบเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง การเตรียมการตลอดจนการออกคำสั่งทางปกครอง หรือมุ่งหมายที่จะตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครอง” จากความหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การออกคำสั่งทางปกครองหรือการทำสัญญาทางปกครองนั้นเป็นผลมาจากกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง โดยเหตุที่วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นกระบวนการขั้นตอนการกระทำของหน่วยงานที่มีผลออกไปนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร[47] ส่วนมาตรา 35 ให้นิยามหมายความของคำสั่งทางปกครองว่า หมายถึง คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องเฉพาะรายในขอบเขตกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก[48] รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 แบ่งกระบวนพิจารณาทางปกครองออกเป็นสามรูปแบบ ได้แก่ กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบพิธีการ (Informal procedure) กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (Formal procedure) และกระบวนพิจารณาในการอนุมัติแผน (Planning approval proceeding)

กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบพิธีการ ตามมาตรา 10 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 บัญญัติให้เจ้าหน้าฝ่ายปกครองต้องดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองโดยไม่ผูกพันกับรูปแบบใด หากไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้ดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองแบบเรียบง่าย เหมาะสมและไม่ให้เกิดความล่าช้า และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงได้ทุกทาง ไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานจากคู่กรณี การแสวงหาข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ตัดสินข้อเท็จจริงที่แสวงหามาด้วยตนเองตามมาตรา 24 (1) โดยสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการรับฟัง

---

[47] *เพิ่งอ้าง*, น. 15-16.

[48] หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, *เพิ่งอ้าง*, น.106.

ได้บัญญัติในมาตรา 28[49] แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 โดยมาตรา 28 วรรคหนึ่ง เป็นหลักทั่วไปของหลักการรับฟังคู่กรณี วรรคสอง เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังเมื่อเกิดกรณีตามข้อ 1 ถึง 5 และวรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้จัดให้การรับฟังเมื่อขัดกับประโยชน์สาธารณะโดยชัดแจ้ง กระบวนพิจารณาทางปกครองในการจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 28 VwVfG นั้น จึงเป็นกระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบไม่เป็นพิธีการ (Informal procedure)

สิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการรับฟังตามมาตรา 28 วรรคหนึ่ง มี 2 ประการ คือ สิทธิที่จะได้รับการรับฟังและสิทธิที่จะได้ตรวจดูเอกสาร โดยมีหลักกฎหมาย ดังนี้[50]

1. หลักทั่วไปของหลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน (มาตรา 28 วรรคหนึ่ง)

1) สิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริง เป็นสิทธิของคู่กรณีที่อาจจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง จึงมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้บุคคลที่อาจจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้เถียงของตนได้ถูกต้องและเป็นธรรม เจ้าหน้าที่ฝ่าย

---

[49] Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG

Section 28. Hearing of praticpants.

(1) Before and administrstive act affecting the rights of a participant may be executed, the letter must be given the opportunity of commenting on the fact relevant to the decision.

(2) This hearing may be omitted when not required by the circumstances of an individual case and in particular when:

1. an immediate decision appears necessary in the public interest or because of the risk involved in delay;

2. the hearing would jeopardise the observance of a time limit vital to the decision;

3. the intent is not to diverge, to his disadvantage, from the actual statement made by a participant in an application or statement;

4. the authority wishes to issue a general order or similar administrative acts in considerable numbers or administrative acts using automatic equipment;

5. measures of administrative enforcement are to be taken.

(3) A hearing shall not be granted when this is grossly against the public interest.

[50] หลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด, *เพิ่งอ้าง*, น. 32-38.

ปกครองผูกพันที่จะให้ข้อมูลและคำแนะนำที่จำเป็นที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีในกระบวนพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 25 แห่งกฎหมายดังกล่าว

2) สิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น คู่กรณีมีโอกาสที่จะแสดงออกโดยการชี้แจงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งทางปกครองมากระทบต่อสิทธิของคู่กรณี รวมถึงการแสดงออกเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง และคู่กรณียังสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่น่าจะเป็น ตลอดจนแสดงพยานหลักฐาน อันเป็นการให้หลักประกันสิทธิของคู่กรณีในกระบวนพิจารณาทางปกครอง เพราะฉะนั้นสิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานจึงมีความสำคัญมากที่สุด

เมื่อพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 28 แล้ว จะเห็นว่า กฎหมายใช้คำว่า “Before an administrative act affecting the rights of a participant may be executed…” ซึ่งหมายความว่า “ก่อนที่คำสั่งทางปกครองจะมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีที่อาจจะถูกบังคับ” อันแสดงให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระเท่านั้น เช่น คำสั่งไล่ข้าราชการออก คำสั่งห้ามใช้อาคารที่เป็นอันตราย หรือคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ไม่ได้รับอนุญาต คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะของการแทรกแซงสิทธิของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว[51] ส่วนคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี (ein Verwaltungsakt, der in Rechte eines Beteiligten eingreift) หมายถึงคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องกระทำการ ละเว้นกระทำการ หรือยอมให้กระทำการหรือคำสั่งทางปกครองที่ตัดสิทธิคู่กรณี ทั้งนี้โดยมิพักต้องคำนึงว่าในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น หน่วยงานต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยไม่มีดุลพินิจ หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานมีดุจพินิจก็ตาม โดยทั่วไปแล้วแม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีมักเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ แต่คำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์หรือคำสั่งทางปกครองที่เปลี่ยนแปลงสิทธิของคู่กรณี ทำให้คู่กรณีตกอยู่ในฐานะที่แย่ลงก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานจะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งด้วยเช่นกัน ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณีย่อมไม่ตกอยู่ในความหมายของคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิ หน่วยงานจึงไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง[52]

---

[51] Mahendra P. Singh, supra note 1, p.71.

[52] วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, *เพิ่งอ้าง*, น.110-111.

ตัวอย่างคดีที่ศาลปกครองเยอรมันพิพากษาเกี่ยวกับหลักทั่วไปของหลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ได้แก่ คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐ OVG Münster, Nvwz 1985, 661 (คดีวิศวกร) ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า ก่อนผู้ถูกฟ้องคดี (เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง) ออกคำสั่งเพิกถอนการรับรองปริญญาวิศวกรของผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเสียก่อน อีกทั้งข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่ากรณีนี้เป็นข้อยกเว้นให้ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต้องให้โอกาสดังกล่าว หรือห้ามผู้ถูกฟ้องคดีให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งเพิกถอนการรับรองปริญญาวิศวกรจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สิทธิที่จะได้รับการรับฟังจำกัดเฉพาะการให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นที่มีต่อข้อเท็จจริงที่ผลสำคัญในการตัดสินใจของหน่วยงานเท่านั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองต้องเชิญตนไปสอบถามหรือให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อกฎหมาย ในกรณีที่หน่วยงานได้ให้โอกาสคู่กรณีในการแสดงความเห็นแล้ว แต่คู่กรณีไม่ใช้โอกาสนั้น หน่วยงานสามารถที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้โดยไม่ถือว่าฝ่าฝืนขั้นตอนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในการให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นนั้น หน่วยงานต้องให้เวลาคู่กรณีพอสมควรในการที่คู่กรณีจะได้ศึกษาข้อเท็จจริงเพื่อจะโต้แย้งแสดงความเห็นได้ กับทั้งจะต้องกำหนดสถานที่และเวลาที่จะรับฟังให้เหมาะสมด้วย โดยเหตุที่กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบของการรับฟังไว้ หน่วยอาจจะรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาหรือให้คู่กรณีแถลงเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การกำหนดรูปแบบการรับฟังคู่กรณีถือเป็นดุลพินิจของหน่วยงาน[53]

2) ข้อยกเว้นหลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

เป็นที่ยอมรับกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ทำหน้าที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสามารถใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้คู่กรณีผู้ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการเน้นให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพต่อสิทธิ เสรีภาพและประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีความจำเป็นต้องพิจารณาระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของบุคคลแล้ว ประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือกว่าสิทธิเสรีภาพของปัจเจก

---

[53] อรรถพล ลี้กระจ่าง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558), น.68-69.

บุคคล ข้อยกเว้นหลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของเยอรมันได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม โดยกำหนดเป็น 2 กรณี ดังนี้[54]

2.1 มาตรา 28 วรรคสอง กรณีที่หน่วยงานมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นข้อยกเว้นไม่เด็ดขาด หากปรากฏเหตุดังต่อไปนี้

1) มีความจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองโดยทันที เพราะหากปล่อยให้ล่าช้าจะเกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เป็นการป้องปัดภยันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้า (wegen Gefahr im Verzuge) หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ (im öffentlichen Interesse) เป็นข้อยกเว้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติขึ้นโดยชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีและประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครอง ถ้าหน่วยงานเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ใช่กรณีที่มีความจำเป็นที่ต้องตัดสินใจอย่างฉับพลันเพื่อป้องปัดภยันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้า หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง

2) เมื่อการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน จะทำให้เกิดความล่าช้าต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด ข้อยกเว้นที่หน่วยงานไม่ต้องรับฟังคู่กรณีในกรณีนี้จะต้องเป็นเรื่องที่มีการกำหนดระยะเวลาในการตัดสินใจของหน่วยงานเอาไว้ระยะเวลาที่กำหนดไว้นี้จำเป็นที่จะต้องได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายหรือไม่ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ อย่างไรก็ตาม การอ้างเอาระยะเวลามาเป็นเหตุที่จะไม่รับฟังคู่กรณีนี้จะต้องไม่ใช่เป็นกรณีหน่วยงานมีส่วนผิดในการไม่รักษาระยะเวลานั้น เช่น หน่วยงานทราบข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่จำเป็นในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองครบถ้วนแล้ว แต่เฉยเสียไม่ดำเนินการสั่งการ เมื่อระยะเวลาใกล้จะครบกำหนดที่หน่วยงานนั้นต้องออกคำสั่ง ปรากฏว่าหน่วยงานดังกล่าวยังไม่ได้รับฟังคู่กรณี เช่นนี้หน่วยงานนั้นจะออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่รับฟังคู่กรณี โดยอ้างเหตุว่าต้องรีบทำคำสั่ง เพราะมิฉะนั้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้จะล่าช้าออกไปไม่ได้[55] อนึ่ง บทกฎหมายที่กำหนดให้หน่วยงานต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้า ไม่ใช่เหตุที่จะทำให้หน่วยงานนำมาใช้อ้างที่จะไม่รับฟังคู่กรณี เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติระยะเวลาที่ชัดแจ้งไว้[56]

3) เมื่อคำสั่งทางปกครองที่มุ่งหมายจะออกนั้นไม่แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่คู่กรณีได้แถลงในคำขอหรือคำแถลง และไม่เป็นไปในทางเสียหายต่อคู่กรณี ทั้งนี้เพื่อความรวดเร็วในการพิจารณา

---

[54] วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, *เพิ่งอ้าง*, น.115 – 116.

[55] Siegmund, in : Brandt/Sach (Hrsg.) S. 30 £., *อ้างไว้เพิ่งอ้าง*.

[56] VGH Kassel NVwZ 1986, S. 683 , *เพิ่งอ้าง*, น.115.

4) กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทั่วไปทางปกครอง หรือออกคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมาก เพื่อใช้บังคับกับผู้รับคำสั่งทางปกครองจำนวนมากหรือไม่อาจระบุตัวให้ชัดแน่นอนลงไปได้ โดยใช้เกณฑ์ของข้อเท็จจริงเดียวกัน ซึ่งเป็นการยากที่จะให้โอกาสคู่กรณีที่มีเป็นจำนวนมากนั้นทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานได้ และจะเป็นการสร้างภาระให้กับเจ้าหน้าที่เป็นอย่างมาก

5) การใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการปกครองอาจมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น คำสั่งกำหนดค่าปรับบังคับการ เพราะหากต้องมีการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเสียก่อน ผู้ที่จะต้องถูกบังคับทางปกครองอาจจะดำเนินการด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกบังคับทางปกครองได้

2.2) มาตรา 28 วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่จะให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองถ้าการดำเนินการดังกล่าวจะขัดกับประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นยิ่ง (zwingendes öffentliches Interesse) การห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรานี้ เป็นคนละกรณีกับประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 28 วรรคสอง ข้อ 1 ซึ่งเป็นกรณีฉุกเฉินต้องตัดสินใจโดยฉับพลัน จึงต้องยกเว้นการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองทันทีเพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 28 วรรคสาม เป็นกรณีที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเป็นอันขาดหากปรากฏว่าเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นอย่างยิ่ง (zwingendes öffentliches Interesse) ซึ่งมีความหมายที่แคบกว่าประโยชน์สาธารณะที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรคสอง ข้อ 1 ร่างรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1973 ยกตัวประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นยิ่ง ว่าได้แก่ ความปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี[57]

3) ผลของการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองบกพร่องหรือขัดต่อหลักการรับฟังคู่กรณี[58]

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยหน่วยงานไม่ได้รับฟังคู่กรณี ทั้ง ๆ ที่หน่วยงานต้องรับฟัง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในแง่กระบวนการพิจารณา (Verfahrensfehler) และด้วยเหตุดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย (rechtswidrig) ความบกพร่องดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วไม่ถือ

---

[57] วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, *เพิ่งอ้าง*, น.117.

[58] *เพิ่งอ้าง*, น.117 – 118.

ว่ารุนแรงและเห็นประจักษ์ถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ (nichtig) เพราะฉะนั้น โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานออกมาโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณีจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้

การปฏิเสธไม่รับฟังคู่กรณีในกระบวนพิจารณาแม้ว่าจะเป็นคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีโดยตรง แต่คู่กรณีต้องรอให้กระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองยุติลงก่อนจึงจะสามารถฟ้องร้องโต้แย้งการปฏิเสธไม่รับฟังคู่กรณีได้ โดยต้องโต้แย้งพร้อมกับคำสั่งทางปกครอง ในการพิจารณาชั้นศาล แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยไม่มีการรับฟัง ศาลก็ย่อมจะต้องพิจารณาในประเด็นดังกล่าว แต่โดยที่การไม่รับฟังคู่กรณีเป็นความบกพร่องในกระบวนพิจารณาแบบสัมพัทธ์ (relativer Verfahrensfehler) ไม่ใช่ความบกพร่องในกระบวนพิจารณาแบบสัมบูรณ์ (absoluter Verfahrensfehler) เพราะฉะนั้นศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่มีการรับฟังได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการรับฟังคู่กรณีจะมีผลต่อการทำคำสั่งทางปกครอง หากการรับฟังหรือไม่รับฟังคู่กรณีไม่มีผลอย่างใดต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องของหน่วยงานที่ไม่รับฟังคู่กรณี ย่อมเป็นความบกพร่องที่ไม่อาจใช้เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้

4) การเยียวยาคำสั่งที่ออกโดยขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ

ในอดีต หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณี หรือจัดให้มีการรับฟังแต่การรับฟังนั้นกระทำไปโดยไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 และการรับฟังตามกฎหมายเฉพาะอื่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเยียวยาความบกพร่องในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบพิธีการได้โดยจัดให้มีการรับฟังในภายหลัง คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ถูกเพิกถอนแต่อย่างใดตามรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ VwVfG มาตรา 45 (1) ข้อ 3 ซึ่งจะต้องกระทำก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดี แต่ในปัจจุบันการเยียวยาความบกพร่องในการรับฟังคู่กรณีสามารถกระทำได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริง (Tatsacheninstanz) แต่ต้องก่อนศาลปกครองตัดสินคดี ตามรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ VwVfG มาตรา 45 (2) ทั้งนี้ หากกระบวนพิจารณาอยู่ในชั้นศาลแล้ว ศาลจะเป็นผู้ที่มีดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวหรือไม่

คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิในกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบพิธีการไม่สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันที คู่กรณีต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อน เพื่อให้โอกาสแก่ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยการจัดให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งหรือสิทธิรับฟังคู่กรณีในขั้นตอนการอุทธรณ์ โดยในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้นเป็นไปตามประมวล

กฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน VwGO มาตรา 68 ที่บัญญัติให้ต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาล และเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) รวมทั้งคดีฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบการกระทำของตนไม่ว่าจะเป็นเรื่องความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (Zweckmaessigkeit) และความชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmässigkeit) ของคำสั่งทางปกครอง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงถือว่าเป็นกระบวนการโต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขที่จะนำไปสู่การพิจารณาคดี (Sachentscheidungsvoraussetzung)[59] แต่มีข้อยกเว้นกรณีที่คู่กรณีไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองหากเป็นการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยกระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ขั้นสูงสุดของสหพันธ์หรือเจ้าหน้าที่สูงสุดของมลรัฐ และกรณีคำตัดสินในเรื่องของการเยียวยาหรือเรื่องของคำคัดค้านที่ได้คัดค้านเข้ามาแล้วก่อให้เกิดความเดือดร้อนเป็นครั้งแรก

3.2 หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองสิทธิในข้อมูลข่าวสารของประชาชนในทำนองเดียวกันว่า ประชาชนย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลกระทบหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ซึ่งการมีส่วนร่วมคือการให้ประชาชนได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งอันมีผลกระทบสิทธิของตน การบัญญัติรับรองการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อให้ประชาชนใช้ในการป้องกันตัวเองจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ โดยประเทศไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นองค์ประกอบตามหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือหลักการรับฟังคู่กรณีไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายกลางหรือกฎหมายทั่วไปสำหรับการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง แต่หากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวต้องมีลักษณะที่มีหลักประกัน

---

[59] บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547), น.87.

ความเป็นธรรมไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ถ้ากฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติงานไว้ต่ำกว่ามาตรการปฏิบัติราชการในพระราชบัญญัติดังกล่าว ฝ่ายปกครองต้องใช้กฎหมายนี้บังคับแก่กรณีแทน เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอำเภอใจ จึงสอดคล้องกับการปกครองในระบบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหลักเกณฑ์หนึ่ง คือ หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือ หลักการรับฟังคู่กรณี โดยได้บัญญัติถึงขั้นตอนและวิธีการที่หน่วยงานทางปกครองจะต้องดำเนินการก่อนและหลังจากออกคำสั่งทางปกครอง

3.2.1 พัฒนาการของหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 อันเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักการให้โอกาสคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองสำหรับกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดกำหนดเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ ในระบบกฎหมายปกครองของไทยได้มีการกำหนดสิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานไว้ในกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ โดยเฉพาะกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษทางวินัยของข้าราชการหรือผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะ จะมีหลักเกณฑ์ในการประกันสิทธิของผู้ที่จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง หากข้าราชการหรือผู้ประกอบวิชาชีพถูกกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่ากระทำผิดวินัย ก่อนที่ผู้บังคับบัญชาหรือคณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพนั้นจะลงโทษทางวินัยหรือเพิกถอนใบอนุญาต จะต้องมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อสืบหาข้อเท็จจริง มีการแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบและให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธข้อกล่าวหานั้น เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติวิชาชีพวิศวกรรม พ.ศ. 2505 แต่ในกระบวนพิจารณาทางปกครองดังกล่าวยังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการบังคับใช้ ส่งผลให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องได้รับผลกระทบจนมีการนำรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาเป็นต้นแบบในการวางรากฐานของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย โดยคณะกรรมการยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองได้นำเอาบทบัญญัติมาตรา 28 ของกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์ ค.ศ. 1976 มาเป็นหลักในการยกร่างในส่วนของหลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองดังปรากฏในมาตรา 30 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย

3.2.2 หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ความว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน” แต่มีคำสั่งปฏิเสธคำขอบางเรื่องเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่กระทบสิทธิของคู่กรณี ดังนั้น เจ้าหน้าที่จึงไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณี คำสั่งปฏิเสธคำขอ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า คำสั่งปฏิเสธการก่อตั้งสิทธินั้น อย่างไรก็ตาม ยังมีความเห็นทางวิชาการว่า คำสั่งปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณีเป็นคำสั่งที่กระทบต่อประโยชน์ได้เสียของบุคคล ถึงแม้จะไม่ทำให้บุคคลนั้นสูญเสียสิทธิแต่บุคคลนั้นก็ไม่ได้สิทธิที่เขาต้องการ จึงต้องตีความบทบัญญัติมาตรานี้ไปในทางคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่เปลี่ยนสถานะจากสถานะเดิมไปเป็นสถานะที่เป็นผลดีแก่ผู้รับคำสั่งจึงต้องถือว่าเป็นคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองเช่นกัน คำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธสิทธิของคู่กรณี เช่น คำสั่งปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร หรือปฏิเสธให้ประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น ปฏิเสธการผ่อนผันการตั้งหาบเร่แผงลอยบนทางเท้า เป็นต้น[60]

3.2.3 กระบวนการพิจารณาในการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

คำว่า “เจ้าหน้าที่” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

คำว่า “คู่กรณี” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับ หรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองอันมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลใด บุคคลนั้นอาจเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนพิจารณาทางปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคล โดยคำว่า “สิทธิ” คือประโยชน์ใด ๆ ของบุคคลที่

---

[60] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554) ,น.172.

กฎหมายรับรองและให้ความคุ้มครองประโยชน์ดังกล่าว ซึ่งโดยสภาพต้องเป็นกรณีที่ไม่ขัดต่อกฎหมายใด[61] จากคำนิยามของคู่กรณีจึงสามารถแบ่งคู่กรณีออกได้เป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรกคือกลุ่มที่พิจารณาจากสถานะทางกฎหมาย คู่กรณีกลุ่มนี้อาจเป็นผู้ริเริ่มให้เกิดกระบวนพิจารณาทางปกครองขึ้น ได้แก่ บุคคลที่ยื่นคำขอออกใบอนุญาตตามกฎหมายต่าง ๆ หรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และกลุ่มที่สองคือกลุ่มที่พิจารณาจากส่วนได้เสียหรือประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือเป็นคู่กรณีที่เข้ามาภายหลังเมื่อเกิดกระบวนพิจารณาทางปกครองขึ้นแล้ว เนื่องจากสิทธิของบุคคลนั้นถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง เช่น บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำขอของบุคคลอื่น เป็นต้น

เป็นที่ทราบกันดีว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งเป็นการนำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลมาใช้บังคับกับการพิจารณาเรื่องของเจ้าหน้าที่เพื่อออกคำสั่งทางปกครอง หากต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองทุกเรื่องอาจทำให้การดำเนินงานทางปกครองเป็นไปด้วยความล่าช้า ไม่สามารถสนองตอบความต้องส่วนรวมของประชาชนได้ทันการณ์ด้วยเหตุนี้ หลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองในฐานะที่เป็นขั้นตอนหนึ่งของการออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องมีขอบเขตการใช้บังคับ[62] ดังนี้

(1) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องรับฟังคู่กรณีเฉพาะคำสั่งที่มีผลกระทบสิทธิ แต่หากคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จะออกมาใช้บังคับเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น คำสั่งอนุมัติทุนการศึกษา คำสั่งอนุญาตให้ประกอบกิจการ คำสั่งรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นต้น เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง[63] เจ้าหน้าที่จะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับเฉพาะแต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจจะออกมาใช้บังคับนั้นอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี ซึ่งสิทธิในที่นี้รวมถึงเสรีภาพด้วย ดังนั้น คำสั่งปฏิเสธคำขอบางเรื่องจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิและเสรีภาพ จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(2) คู่กรณีที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะได้รับสิทธิโต้แย้งและแสดงหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ได้แก่ บรรดาบุคคลซึ่งสิทธิของเขาจะถูก

---

[61] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จิรรัชการพิมพ์, 2540), น.250.

[62] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา, 2557) ,น.45.

[63] กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, *เพิ่งอ้าง*, น. 171.

กระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจจะออกมาใช้บังคับ ซึ่งได้แก่บุคคลที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง เช่น ผู้ยื่นคำขอที่ถูกปฏิเสธคำขออนุญาต อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิจะไม่จำกัดเพียงบุคคลที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เช่น ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามคำขอของนาย ก. ถ้าใบอนุญาตก่อสร้างอาคารจะมีผลกระทบถึงนาย ข. และนาย ค. ต้องถือว่านาย ข. และนาย ค. เป็นคู่กรณีที่ทรงสิทธิจะถูกรับฟังในกระบวนการออกใบอนุญาตครั้งนี้ ทำนองเดียวกับใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการให้เปิดบริการในเวลา 22 นาฬิกา ถึง 2 นาฬิกา ของวันรุ่งขึ้น ผู้ที่ตั้งบ้านเรือนพักอาศัยอยู่ในบริเวณใกล้ชิดติดกันกับสถานบริการ ย่อมเป็นคู่กรณีที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะถูกรับฟัง ดังนั้น ในกระบวนการพิจารณาเรื่องเพื่อออกคำสั่งทางปกครองจึงมีคู่กรณีได้หลายคน ได้แก่ ผู้ยื่นคำขอ ผู้คัดค้านคำขอ หรือบุคคลภายนอกที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จะออกตามคำขอนั้น ถ้าคู่กรณีมีหลายคนก็มิได้หมายความว่าทุกคนจะเป็นคู่กรณีซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะถูกรับฟัง แต่จะหมายถึงเฉพาะคู่กรณีคนที่สิทธิของเขาจะถูกกระทบกระเทือนเนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น[64]

นอกจากนี้ ก่อนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามสิทธิย่อยๆ ของหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วย

1) สิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริง

เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองจะต้องแจ้งให้คู่กรณีผู้ถูกกระทบสิทธิทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองและผลกระทบของคำสั่งทางปกครองที่จะเกิดขึ้นอย่างเพียงพอ หรือที่เรียกว่าเป็น “สิทธิที่จะได้รับแจ้งผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นกับคู่กรณีผู้ถูกกระทบสิทธิ (Right to notification)” หรือ “สิทธิที่จะได้รับแจ้งผลกระทบต่อสิทธิ”[65] ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งที่อาจกระทบถึงสิทธิของผู้ใด เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้นั้นทราบข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้น รวมทั้งข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นมูลเหตุจูงใจในการออกคำสั่งอย่างเพียงพอที่คู่กรณีจะสามารถโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่กรณี

2) สิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงที่ได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่และแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน

ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่มีอำนาจเต็มที่ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมโดยไม่จำต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณีตามมาตรา 28

---

[64] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, คำบรรยายวิชาการกระทำการทางปกครอง (ถอดเทปคำบรรยาย) โครงการประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน รุ่น 4, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., ม.ป.ป.), น.173-174.

[65] หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย, *เพิ่งอ้าง*, น.44.

แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานได้หลากหลายวิธีตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่การให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนนั้นมีประโยชน์ 2 ด้าน คือ ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเพื่อประกอบการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง การออกคำสั่งทางปกครองจึงมีความสมบูรณ์มากขึ้น และทำให้คู่กรณีมีโอกาสป้องกันสิทธิของตนอย่างเต็มที่ โดยการโต้แย้งนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะให้โต้แย้งเป็นหนังสือหรือให้มาชี้แจงหรือให้โต้แย้งด้วยวาจาก็ได้ แล้วแต่กรณี พร้อมทั้งต้องให้คู่กรณีมีเวลาพอสมควรในการเตรียมข้อต่อสู้เพื่อป้องกันสิทธิของตน แต่เจ้าหน้าที่ต้องระวังมิให้ใช้หลักการให้สิทธิโต้แย้งเป็นหลักจนทำให้การพิจารณาล่าช้าโดยไม่สมควร[66]

3) สิทธิของคู่กรณีที่จะขอตรวจดูเอกสารหรือพยานหลักฐานที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตน

มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติให้คู่กรณีมีสิทธิตรวจดูเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนจากเจ้าหน้าที่ได้ โดยเจ้าหน้าที่ต้องให้เวลาและจำนวนเอกสารเท่าที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจง หรือป้องกันสิทธิของตนได้ แต่ก็มีข้อจำกัดได้ด้วยตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 32 สิทธิตรวจดูเอกสารนี้ หากคู่กรณีขอตรวจดูเอกสารเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัตินี้ เช่น เพื่อทราบความคืบหน้าของการพิจารณา เจ้าหน้าที่ย่อมปฏิเสธไม่ให้คู่กรณีตรวจดูเอกสารได้ ซึ่งสิทธิในการตรวจดูเอกสารของเจ้าหน้าที่ที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงต่างจากสิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เพราะบุคคลที่จะมีสิทธิตรวจดูเอกสารของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะต้องเป็นคู่กรณีในกระบวนพิจารณาทางปกครองเท่านั้น

4) สิทธิของคู่กรณีที่จะนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง

มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติให้คู่กรณีมีสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองกรณีที่ต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ โดยเป็นที่ยอมรับกันมานานแล้วว่าสิทธิมีทนายความเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่กรณีในกระบวนการยุติธรรม ในการพิจารณาทางปกครองก็เช่นเดียวกัน ควรให้สิทธิคู่กรณีในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาทำหน้าที่ช่วยปกป้องสิทธิของคู่กรณีหากคู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ เพราะในบางกรณี คู่กรณีไม่มีความรู้ด้านกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ อย่างเพียงพออันเนื่องมาจาก

---

[66] กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.262.

กฎหมายมีความสลับซับซ้อนหรือเป็นเรื่องเฉพาะทาง การจะให้คู่กรณีชี้แจงด้วยตนเองทุกขั้นตอนจึงเป็นไปไม่ได้ และจะเป็นการไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี

3.2.4 ข้อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

แม้หลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองจะเป็นมาตรฐานขั้นพื้นฐานในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่กรณีก็ตาม แต่ในบางกรณีก็มีข้อยกเว้นหลักการนี้เช่นกัน หากเจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด โดยมีลักษณะเป็นการให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีทั้งข้อยกเว้นไม่เด็ดขาดและข้อยกเว้นเด็ดขาด โดยข้อยกเว้นไม่เด็ดขาดปรากฏตามมาตรา 30 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

กรณีนี้เป็นกรณีเร่งด่วนที่การให้สิทธิคู่กรณีโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองอาจทำให้เจ้าหน้าที่แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ทันการณ์และอาจก่อให้เกิดความเสียหาย เป็นการชั่งน้ำหนักความสำคัญระหว่างการดำเนินการตามขั้นตอนปกติกับการป้องกันความเสียหายแก่ผู้ใดหรือแก่ประโยชน์สาธารณะ เช่น โรงงานปล่อยน้ำเสียลงแม่น้ำก่อให้เกิดมลภาวะ เจ้าหน้าที่อาจจำเป็นต้องออกคำสั่งปิดโรงงานโดยไม่ต้องให้ผู้รับใบอนุญาตได้ทราบข้อเท็จจริงเพื่อจะได้โต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

กรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้ เช่น กำหนดว่าในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้ถึงเหตุที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยเหตุที่คำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี ดังนั้น ก่อนออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องรับฟังคู่กรณี แต่หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจจะเพิกถอนคำสั่งทาปกครองที่ให้ประโยชน์ในขณะที่ระยะเวลาเก้าสิบวันจะล่วงพ้นไปแล้ว เนื่องจากเพิ่งจะแน่ใจว่าคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมควรถูกเพิกถอน ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังคู่กรณีได้

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

กรณีนี้เป็นกรณีที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบต่อข้อมูลที่ให้ไว้กับเจ้าหน้าที่ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติของตน หากเจ้าหน้าที่ใช้ข้อมูลที่คู่กรณีได้ให้ไว้เองเป็นเหตุผลในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ก็ไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณี

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

กรณีนี้อาจจะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่พบตัวผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่จำเป็นต้องออกคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น ข้าราชการผู้หนึ่งขาดงานติดต่อกันเกินกว่าสิบห้าวันโดยไม่มีเหตุอันสมควรและไม่กลับมาปฏิบัติราชการอีกเลย เจ้าหน้าที่อาจออกคำสั่งไล่ข้าราชการผู้นั้นออกจากราชการได้โดยไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายจราจร เช่น การให้สัญญาณไฟจราจรด้วยเครื่องอัตโนมัติ กรณีย่อมเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้เช่นกัน หรือเปรียบเทียบได้กับมาตรา 28 (2) ข้อ 4 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) ซึ่งเป็นกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์จะออกคำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือออกคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมากเพื่อใช้บังคับกับผู้รับคำสั่งทางปกครองจำนวนมาก

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

มาตรการบังคับทางปกครองเป็นมาตรการที่เจ้าหน้าที่กำหนดขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองบางมาตรการอาจเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ในหลายลักษณะ เช่น อาจว่าจ้างให้บริษัทเอกชนมาดำเนินการรื้อถอนอาคาร หรืออาจกำหนดค่าปรับเป็นรายวันให้เจ้าของอาคารชำระก็ได้ การกำหนดค่าปรับรายวันดังกล่าวถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งรื้อถอนอาคาร คำสั่งปรับกรณีนี้จึงถือว่าเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่สามารถกำหนดค่าปรับได้โดยไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง[67] นอกจากนี้ ก่อนจะบังคับทางปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องเตือนให้ผู้ที่ฝ่าฝืนทราบก่อนแล้วด้วย

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ปัจจุบัน ได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่

---

[67] กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, *เพิ่งอ้าง*, น.173-174.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำต้องให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้สิทธิโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครองไว้ 6 กรณี ดังนี้

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

(2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล

(3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว

(5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

(6) การสั่งให้เนรเทศ

สำหรับ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) นี้ ครอบคลุมถึงข้าราชการพนักงานและลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐด้วย และหมายความรวมถึงคำสั่งย้ายข้าราชการ คำสั่งให้ข้าราชการประจำกระทรวง ประจำทบวง ประจำกรม ประจำกองหรือประจำจังหวัด และคำสั่งให้ข้าราชการมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ด้วย

ส่วนคำสั่งให้โอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในต่างกระทรวง ทบวง กรม นั้นไม่ถือเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวโดยสภาพทั่วไปแล้วไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่หรือนิติฐานะของบุคคล[68]

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่าการให้โอกาสเช่นว่านั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสเช่นว่านั้นอย่างเด็ดขาด ซึ่งหลักข้อยกเว้นในส่วนนี้ปรากฏตามมาตรา 30 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

จากข้อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อาจกล่าวได้ว่า แม้กฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งก่อนที่จะพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง แต่ในกรณีที่จะให้มีการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานนั้นก็จำกัดเฉพาะแต่กรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีเท่านั้น ซึ่งหากกฎหมายนี้กำหนดอย่างเคร่งครัดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองในทุกครั้งและทุกกรณีแล้ว การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจ

---

[68] รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 1-1/2540 วันพุธ ที่ 14 พฤษภาคม 2540, น.9.

ถูกคัดค้านจากคู่กรณีจนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะดำเนินการต่าง ๆ ได้ และจะส่งผลกระทบให้การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหยุดชะงักหรือขาดความต่อเนื่องและกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะได้ในที่สุด

3.2.5 ผลของการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองบกพร่องหรือขัดต่อหลักการรับฟังคู่กรณี

ในการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพิกเฉยมิได้ดำเนินการในขั้นตอนดังกล่าว ก็จะมีผลทำให้การออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการฝ่าฝืนหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพบเห็นเหตุบกพร่องในกระบวนพิจารณาทางปกครองดังกล่าวด้วยตนเองหรือคู่กรณีร้องขอให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองดังกล่าว ถ้าฝ่ายปกครองได้ให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานให้สมบูรณ์ในภายหลัง ก็ถือว่าไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

3.2.6 การเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขในทางแบบพิธีของความชอบด้วยกฎหมายถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจได้รับการเยียวยาให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลับชอบด้วยกฎหมายได้ สำหรับการเยียวยาคำสั่งที่ออกโดยขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ (1) ... (3) การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง... วรรคสอง บัญญัติว่า เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (3) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย และวรรคสาม บัญญัติว่า กรณีตาม (3) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ดังนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเยียวยาคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก่อนที่คำสั่งนั้นจะมีผลบังคับผูกพัน กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งได้ต่อไป

คำว่า การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินมาโดยไม่สมบูรณ์นี้ หมายถึงการไม่รับฟังคู่กรณีเลยด้วย ไม่ใช่หมายถึงได้มีการรับฟังมาบ้างเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นต้นแบบในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ที่ยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณีเช่นกัน นอกจากนี้ยังหมายถึงการรับฟังตามกฎหมายเฉพาะอื่นด้วย และการไม่รับฟังคู่กรณีที่จะเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องได้นั้น จะต้องเป็นสาระสำคัญที่มีผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าการรับฟังคู่กรณีซึ่งถือเป็นรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการของกระบวนพิจารณาทางปกครองไม่ได้เป็นสาระสำคัญต่อคำสั่งทางปกครองแล้ว กล่าวคือ แม้เจ้าหน้าที่จะให้โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานแล้ว เจ้าหน้าที่ก็ยังคงวินิจฉัยสั่งการเหมือนเช่นคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปนั่นเอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายและไม่อาจถูกเพิกถอนเพราะเหตุไม่มีการรับฟังคู่กรณีได้ แม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะได้ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการนั้น[69]

ในกรณีคู่กรณีอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองอยู่ในระหว่างพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณี โดยสามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังนี้

ก. การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นระบบการอุทธรณ์สองชั้น โดยกฎหมายกำหนดให้คู่กรณียื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว[70] ในชั้นแรกเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะเป็นผู้พิจารณาคำอุทธรณ์ก่อน หากเจ้าหน้าที่พบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน และความบกพร่องนั้นสามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็มีอำนาจที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ กฎหมายกำหนดให้รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ โดยจะเข้าสู่การพิจารณาอุทธรณ์ในชั้นที่สอง ซึ่งเป็นการพิจารณาอุทธรณ์โดยเจ้าหน้าที่ ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ทั้งนี้ มาตรา 45 วรรคสาม กำหนดว่า เจ้าหน้าที่

---

[69] "คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย," วารสารวิชาการศาลปกครอง, *เพิ่งอ้าง*, น.45.

[70] มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดย รัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณี อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่ วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจ พิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคสองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ในปัจจุบันได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) กำหนดผู้พิจารณาอุทธรณ์เอาไว้ ซึ่งอาจจำแนกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน คือ ผู้บังคับบัญชาและผู้กำกับดูแล

ข. การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ

การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะโดยหลักแล้วจะเป็นการกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อองค์กรอื่น โดยอาจจำแนกผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้เป็นสามประเภทด้วยกัน ได้แก่ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชา กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้กำกับดูแล หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อคณะกรรมการภายในฝ่ายปกครอง

เมื่อคู่กรณีซึ่งอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ให้สิทธิโต้แย้งต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ผู้พิจารณาอุทธรณ์พิจารณาแล้วไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ คู่กรณีสามารถนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวได้โดยถือเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”

บทที่ 4
วิเคราะห์ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง กรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง และแนวทางแก้ไขปัญหา

ประเทศไทยใช้หลักนิติรัฐในการปกครอง จึงถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการอันเป็นสาระสำคัญและได้รับการรับรองเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งซึ่งจะมีผลบังคับในกฎหมายลำดับชั้นรองลงมา รวมทั้งวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย[1] เช่นนี้แล้ว ในการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรม ประชาชนมีสิทธิในการป้องกันตนเองเมื่อรัฐใช้อำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักการรับฟังคู่กรณีเป็นหลักการที่ศาลใช้ในกระบวนการพิจารณา ต่อมาได้มีการนำหลักการรับฟังคู่กรณีมาใช้ในขั้นตอนพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หลักการให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกันในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และเป็นหลักการที่ยอมรับให้นำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในกระบวนการขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติก่อนออกคำสั่งทางปกครองทั้งในต่างประเทศและประเทศไทย แต่ด้วยเหตุที่การบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ใช้ถ้อยคำว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี” จึงมีประเด็นปัญหาให้ต้องวินิจฉัยว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งจะใช้บังคับกับการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองทุกกรณีหรือไม่ และคำสั่งทางปกครองกรณีใดบ้างที่อยู่ภายในบังคับของหลักการให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีที่คู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย จะถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งดังกล่าวหรือไม่เพียงใด ซึ่งยังมีการแปลความหรือการตีความในมุมมองที่

---

[1] กมลชัย รัตนสกาวงศ์, สาระสำคัญและหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2539), น. 35.

แตกต่างกัน ทั้งในส่วนของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครองหรือแม้แต่ศาลปกครองซึ่งมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก็ยังมีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักการให้สิทธิโต้แย้งกรณีมีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ หลักการยกเว้นมิให้นำความในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรื่องการให้พ้นจากตำแหน่ง ซึ่งยังมีการแปลความหรือการตีความคำว่าการให้พ้นจากตำแหน่งในมุมมองที่แตกต่างกัน ผู้วิจัยจึงมุ่งเน้นศึกษาวิเคราะห์ถึงสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของผู้ถูกกระทบสิทธิ โดยพิจารณาจากเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดทั้ง 2 กรณี รวมถึงหลักเรื่องการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ว่ามีแนวทางการพิจารณาอย่างไร เพื่อให้เกิดความเข้าใจว่าเหตุใดคำวินิจฉัยเรื่องการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งก่อสร้างรุกล้ำลำน้ำ และคำสั่งทางปกครองที่ให้พ้นจากตำแหน่งจึงแตกต่างกัน ผู้วิจัยจึงขอเสนอปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหา ดังนี้

4.1 ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และแนวทางแก้ไขปัญหา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 60 บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 58 บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานนับว่ามีบทบาทสำคัญ โดยให้นำกระบวนพิจารณาในชั้นศาลมาประยุกต์ใช้กับฝ่ายปกครองเพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่คู่กรณี แต่ปรากฏว่าในชั้นดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกลับตีความคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิ” ต่างกัน และเมื่อมีข้อพิพาทสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ศาลปกครองก็มีความเห็นเกี่ยวกับคำว่าถูกกระทบสิทธิ กรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือ

ละเมิดกฎหมายแตกต่างกัน ซึ่งในการศึกษานี้ ผู้วิจัยได้ศึกษากรณีคู่กรณีฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 และมุ่งที่จะวิเคราะห์ผลของคำพิพากษาศาลปกครองว่า ศาลปกครองพิเคราะห์ความหมายของคำว่า “สิทธิ” อย่างไร

4.1.1 วิเคราะห์ปัญหากรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งปกครองแม้คู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.36/2547 วินิจฉัยโดยสรุปว่า ผู้ถูกฟ้องคดีตรวจสอบพบว่า ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารบนที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน และไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งห้ามใช้อาคารและคำสั่งให้รื้อถอนอาคารเนื่องจากผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตและเป็นอาคารที่สร้างเสร็จแล้ว เป็นการออกคำสั่งภายหลังจากที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกาศใช้บังคับแล้ว เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งมิได้บัญญัติถึงขั้นตอนและวิธีการในการจัดให้มีคำสั่งทางปกครองอันเป็นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไว้โดยเฉพาะ การออกคำสั่งพิพาทจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เมื่อการเตรียมการและการดำเนินการเพื่อจัดให้มีคำสั่งพิพาท ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้แจ้งหรือเรียกผู้ฟ้องคดีไปสอบถามหรือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีไปยื่นคำขออนุญาตก่อนออกคำสั่ง จึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมิได้ให้โอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่ง ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดคดีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นว่าแม้ผู้ฟ้องคดีจะก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ผู้ฟ้องคดีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารก็ตาม แต่การที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนอาคารโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงขั้นตอนและวิธีการของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งทางปกครองอันเป็นกระบวนพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งพิพาทจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง โดยนำหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับด้วย ซึ่งหาก

ไม่ได้ให้สิทธิโต้แย้งก็ถือเป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่อาจจะเป็นเหตุทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

4.1.2 วิเคราะห์ปัญหากรณีเจ้าหน้าที่ไม่จำต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองหากคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย

4.1.2.1 กรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.248/2549 วินิจฉัยโดยสรุปว่า ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเล้าไก่ในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน และเป็นอาคารที่ก่อสร้างโดยไม่ได้ขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น และการกระทำดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งห้ามใช้อาคารและคำสั่งให้รื้อถอนอาคารของผู้ฟ้องคดี แม้ว่าคำสั่งห้ามใช้อาคารและคำสั่งให้รื้อถอนอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่มาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติไว้เพื่อให้ใช้บังคับสำหรับคำสั่งทางปกครองที่ “อาจกระทบถึงสิทธิ” ของคู่กรณี จึงหาได้หมายความถึงคำสั่งทางปกครองทุกประเภทแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น หากคำสั่งทางปกครองใดไม่ใช่คำสั่งที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งก็ย่อมมีอำนาจที่จะทำคำสั่งโดยไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ส่วนปัญหาว่า คำสั่งทางปกครองใดอาจจะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีหรือไม่นั้น ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจะต้องเป็นผู้พิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่า เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีดังกล่าวไว้แล้วหรือไม่ หรือมีการรับรองสิทธิจากเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น หากพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นกรณีที่หากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว สิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาตดังกล่าวของคู่กรณีอาจได้รับความกระทบกระเทือนจากคำสั่งทางปกครองของตน เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งก็จะต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง เสียก่อนจึงจะออกคำสั่งได้ ส่วนในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ที่จะรับคำสั่งทางปกครองนั้นหาได้มี “สิทธิ” ตามกฎหมายหรือตามที่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจอนุญาตตามกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจำเป็นต้องออกคำสั่งบังคับกับผู้นั้น เช่น กรณีที่ต้องการออกคำสั่งเพื่อบังคับกับผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัย เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งก็ย่อมพิจารณาออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องดำเนินการตาม มาตรา 30 วรรคหนึ่ง แต่อย่างใด เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แล้วเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางปกครองบังคับกับผู้ที่กระทำ

การฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้กระทำการตามที่กฎหมายกำหนดหรือละเว้นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย คู่กรณีดังกล่าวจึงหาได้มี “สิทธิ” ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาตอันอาจถูกกระทบตามนัยของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แต่อย่างใด เจ้าพนักงานท้องถิ่นจึงอาจออกคำสั่งต่าง ๆ ดังกล่าวได้โดยไม่จำต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ในคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏชัดแจ้งต่อผู้ถูกฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีปลูกสร้างอาคารพิพาทโดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 อีกทั้งผู้ฟ้องคดีก็หาได้มี “สิทธิ” ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาต ที่จะได้รับการยกเว้น ผ่อนผัน หรือกล่าวอ้างที่จะไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนอาคารได้ทันที โดยไม่จำต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.462/2554 วินิจฉัยโดยสรุปว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ยื่นขออนุญาตก่อสร้างอาคาร 2 ชั้น เพื่อพักอาศัยบนที่ดินดังกล่าว และได้รับอนุญาตจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แล้ว ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเสร็จเรียบร้อย ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีระงับการก่อสร้างอาคาร คำสั่งห้ามผู้ฟ้องคดีใช้หรือเข้าไปในส่วนใดๆ ของอาคารที่กระทำผิดไปจากแบบแปลน และคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการแก้ไขและให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคาร หรือดำเนินการแจ้งตามมาตรา 39 ทวิ ตามมาตรา 41[2] แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ผู้ฟ้องคดียื่นอุทธรณ์คำสั่งทั้ง 3 ฉบับ ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำวินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งทั้ง 3 ฉบับ เนื่องจากการก่อสร้างของผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการเสร็จสิ้นไปก่อนแล้ว เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดียื่นขออนุญาตก่อสร้างอาคาร ชนิด ค.ส.ล. 2 ชั้น ขนาดประมาณ 9.00 x 10.50 เมตร ผู้ฟ้องคดีได้ก่อสร้างอาคารพิพาทมีความสูงไม่เกิน 9 เมตร โดยที่ด้านทิศเหนืออยู่ห่างจากแนวเขตที่ดินน้อยกว่า 2 เมตร มีช่องหน้าต่างหรือช่องระบายอากาศขนาด 20 x 20 เซนติเมตร ซึ่งเป็นการก่อสร้างที่ผิดไปจากแบบแปลนที่ได้รับอนุญาต และขัดต่อข้อ 50 (1) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ส่วนกรณีผนังของอาคารห้องบันไดด้านทิศเหนือที่ห่างจากแนวเขตที่ดินน้อยกว่า 2 เมตร ได้ก่อเป็นผนังบล็อกแก้วซึ่งแสงสามารถลอดผ่านได้

---

[2] พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 41 ถ้าการกระทำตามมาตรา 40 เป็นกรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของอาคารยื่นคำขออนุญาตหรือดำเนินการแจ้งตามมาตรา 39 ทวิ หรือดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะขยายเวลาดังกล่าวออกไปอีกก็ได้ และให้นำมาตรา 27 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

จึงเป็นการขัดต่อข้อ 50 (2) ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวด้วยเช่นกัน และไม่ใช่ผนังตามที่ยื่นแบบ จึงเป็นการก่อสร้างที่ผิดไปจากแบบแปลนที่ได้รับอนุญาตอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 31 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่น อาศัยอำนาจตามมาตรา 40 (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ออกคำสั่งตามมาตรา 39 ทวิ ทั้งสามฉบับ จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว อีกทั้ง ในการออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่จำต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยการให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน เพราะพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 47 มาตรา 47 ทวิ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ขั้นตอนและวิธีปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว จึงไม่อาจนำมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับอีกได้ เพราะกฎหมายดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมและมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งสามฉบับจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำวินิจฉัยยกอุทธรณ์ จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.696/2557 วินิจฉัยโดยสรุปว่า เมื่อการกระทำของผู้ฟ้องคดีขัดต่อบทบัญญัติของกฎกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เจ้าพนักงานท้องถิ่นจึงไม่อาจพิจารณาอนุญาตให้ก่อสร้างได้ แต่หากจะพิจารณาให้ได้รับอนุญาตก็มีผลเป็นเพียงข้อยกเว้นของกฎหมายซึ่งเป็นดุลพินิจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่จะต้องใช้อย่างเคร่งครัดโดยมิให้ขัดต่อกฎหมาย เมื่อผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารหรือสิ่งก่อสร้างอื่นใดในบริเวณที่ว่างระหว่างตึกแถวอันเป็นพื้นที่สาธารณะโดยใช้เป็นพื้นที่ส่วนตัวโดยปริยาย โดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายและไม่ได้ขออนุญาตหรือไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมาย รวมทั้งการก่อสร้างใด ๆ ที่ปิดกั้นช่องว่างระหว่างตึกแถวย่อมเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าเมื่อเกิดอัคคีภัยจะเกิดความไม่สะดวกในการระงับอัคคีภัยอันเป็นอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน กรณีจึงเห็นได้ว่าไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องโดยชอบด้วยกฎหมายได้นอกจากรื้อถอนออกไปเท่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจตาม

มาตรา 42[3] แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่จะออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนสิ่งก่อสร้างดังกล่าวออกไปจากบริเวณที่นั้นได้ และโดยที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.

[3] พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

2539 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง มีความหมายว่า เป็นกรณีที่คู่กรณีมีสิทธิตามกฎหมายในการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งก่อสร้างอื่นใดอยู่แล้ว และคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นอาจกระทบต่อสิทธิดังกล่าวนั้น แต่กรณีนี้ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิตามกฎหมายอยู่ก่อนที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะมีคำสั่งแต่อย่างใด เนื่องจากมีกฎหมายห้ามไม่ให้ผู้ใดก่อสร้างอาคาร รั้ว กำแพง หรือสิ่งก่อสร้างอื่นใด ในที่ว่างระหว่างตึกแถว ตามข้อ 34 วรรคห้า ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง อีกทั้งมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจอ้างสิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดทั้ง 3 คดีดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง จะใช้บังคับกับการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองใด จะต้องพิจารณาก่อนว่าคำสั่งทางปกครองนั้นอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีหรือไม่ หากไม่ใช่คำสั่งที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งมีอำนาจที่จะทำคำสั่งโดยไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง โดยการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี จะต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีหรือไม่ หรือมีการรับรองสิทธิจากเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากเป็นกรณีที่สิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาตดังกล่าวของคู่กรณีอาจได้รับความกระทบกระเทือนจากคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งก็จะต้องให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ส่วนในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่า คู่กรณีนั้นไม่มีสิทธิตามกฎหมายหรือตามที่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจำเป็นต้องออกคำสั่งเพื่อบังคับกับผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัย เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งก็ย่อมพิจารณาออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง อันถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้ง

มาตรา 42 ถ้าการกระทำตามมาตรา 40 เป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 41 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน โดยให้ดำเนินการรื้อถอนตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 8 (11) หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามมาตรา 9 หรือมาตรา 10

4.1.2.2 กรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.579/2555 วินิจฉัยโดยสรุปว่า คำสั่งของผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าท่าตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ที่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างอาคารสำหรับจอดเรือออกไปให้พ้นจากลำคลองสาธารณะ เป็นคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 118 ทวิ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อการใช้อำนาจออกคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกจากลำคลองสาธารณะของเจ้าท่าดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางปกครองบังคับกับผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้กระทำการตามที่กฎหมายกำหนดหรือละเว้นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย คู่กรณีจึงหาได้มี “สิทธิ” ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาตอันอาจถูกกระทบตามนัยของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แต่อย่างใด เจ้าท่าจึงอาจออกคำสั่งต่างๆ ดังกล่าวได้โดยไม่จำต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏชัดแจ้งว่าผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ปลูกสร้างอาคารล่วงล้ำเข้าไปในลำคลองสาธารณะอันเป็นทางสัญจรของประชาชนหรือที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีก็หาได้มี “สิทธิ” ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาตที่จะได้รับการยกเว้น ผ่อนผัน หรือกล่าวอ้างที่จะไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น เมื่ออาคารพิพาทไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะอนุญาตให้ปลูกสร้างได้ ผู้ฟ้องคดีจึงออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารหรือสิ่งอื่นใดดังกล่าวรื้อถอนหรือแก้ไขอาคารหรือสิ่งอื่นใดนั้นให้เสร็จสิ้นโดยถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ทันที โดยไม่จำต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.111/2556 วินิจฉัยทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.579/2555

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.579/2555 ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นและเหตุผลในแนวทางเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.248/2549 ที่ อ.462/2554 และที่ อ.696/2557 (คดีพิพาทตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร) ซึ่งผู้วิจัยได้มีการวิเคราะห์มาแล้วข้างต้น โดยมีส่วนที่แตกต่างกันเพียงในกรณีที่ว่าคดีนี้คู่กรณีผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองปลูกสร้างอาคารล่วงล้ำเข้าไปในน้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ฟ้องคดี อันเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำไทย เท่านั้น

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ผู้วิจัยยกมาเป็นกรณีศึกษา มีทั้งกรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่า แม้การกระทำของคู่กรณีที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย ก็จะต้องให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และกรณีที่วินิจฉัยว่า หากการกระทำของคู่กรณีที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย ก็ไม่จำต้องให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ผู้วิจัยเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบและปัญหาทางกฎหมายในแต่ละกรณีดังนี้

1. กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ฝ่ายปกครองต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แม้คู่กรณีผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย

การที่ศาลวินิจฉัยเช่นนี้ เป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลให้ความสำคัญหรือให้คุณค่ากับการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยการที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้คู่กรณีผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่มากระทบสิทธิของตน แม้ผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะกระทำการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร เนื่องจากมีการก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็ตาม การวินิจฉัยในแนวทางเช่นนี้จะมีผลในทางที่เป็นคุณหรือเป็นประโยชน์กับคู่กรณีในส่วนที่เป็นหลักประกันสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่ในขณะเดียวกันก็มีประเด็นปัญหาว่า จะเป็นการสร้างภาระให้กับฝ่ายปกครองมากเกินความจำเป็นหรือไม่ หากเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงปรากฏชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัยว่ามีการก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตและก่อสร้างในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือมีการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารที่ผิดไปจากที่ได้รับอนุญาต และถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะได้ให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม ฝ่ายปกครองก็จะยังคงออกคำสั่งโดยมีเนื้อหาเหมือนเช่นกรณีที่ไม่ได้ให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเมื่อการให้สิทธิโต้แย้งหรือไม่ให้สิทธิโต้แย้งแก่คู่กรณีไม่มีผลอย่างใดต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องของฝ่ายปกครองที่ไม่ให้สิทธิโต้แย้งแก่คู่กรณี ย่อมเป็นความบกพร่องที่ไม่อาจใช้เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลของการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ว่าด้วยการรับฟังคู่กรณีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่กำหนดว่า ศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่มีการรับฟังได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการรับฟังคู่กรณีจะมีผลต่อการทำคำสั่งทางปกครอง หากการรับฟังหรือไม่รับฟังคู่กรณีไม่มีผลอย่างใดต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องของหน่วยงานที่ไม่รับฟัง

คู่กรณีย่อมเป็นความบกพร่องที่ไม่อาจใช้เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ และสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลของการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ว่าด้วยการรับฟังคู่กรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่กำหนดว่า รูปแบบของการทำคำสั่งทางปกครองที่เป็นสิ่งสำคัญ ถ้าไม่ทำตามรูปแบบจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคำตัดสินหรือต่อคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง การไม่ทำตามรูปแบบนั้นถือว่าเป็นการทำผิดรูปแบบ

2. กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่า ฝ่ายปกครองไม่จำต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หากคู่กรณีที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.248/2549 ที่ อ.462/2554 ที่ อ.696/2557 และที่ อ.579/2555)

การที่ศาลวินิจฉัยเช่นนี้ เป็นการพิจารณาว่าเจตนารมณ์ของมาตรา 30 วรรคหนึ่งกำหนดไว้เพื่อให้ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเท่านั้น ไม่ได้หมายความถึงคำสั่งทางปกครองทุกกรณี เช่น คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ หรือคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีไว้หรือไม่ หรือมีการรับรองสิทธิจากเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการวินิจฉัยแนวทางนี้ มุ่งพิจารณาถึงสิทธิของคู่กรณีผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ ซึ่งหากเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิหรือเป็นกรณีที่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองแล้วสิทธิดังกล่าวอาจได้รับความกระทบกระเทือนในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระที่ส่งผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้ายหรือเป็นลบถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่งหรือมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงเป็นคำสั่งที่อาจกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี คู่กรณีจึงย่อมได้รับความคุ้มครองในการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจากแนวคำพิพากษาที่หยิบยกมานั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่กรณีก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตและก่อสร้างในที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือกรณีคู่กรณีก่อสร้างอาคารไม่เป็นไปตามแบบที่ได้รับอนุญาตหรือดัดแปลงอาคาร แม้จะเป็นกรณีที่แก้ไขได้หรือไม่อาจแก้ไขได้ก็ตาม หรือกรณีคู่กรณีก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นใดล่วงล้ำลำน้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ก็ถือว่าคู่กรณีไม่มีสิทธิตามกฎหมายหรือตามที่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งเพื่อบังคับกับผู้ที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัย ฝ่ายปกครองก็สามารถออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยขอยกคำแถลงการณ์ของผู้แถลงคดีในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.248/2549 ซึ่งตุลาการผู้แถลงคดี (นายบุญอนันต์ วรรณพานิชย์) ได้มีคำแถลงการณ์ไปในแนวทางเดียวกับคำพิพากษา และได้บรรยายถึงคำสั่งที่อาจกระทบสิทธิของคู่กรณี ซึ่งวินิจฉัยโดยสรุปว่า การวางหลักที่จะทำให้เกิดหลักกฎหมายปกครองที่ถูกต้องและเหมาะสมเกี่ยวกับความหมายที่แท้จริงของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงสภาพการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ที่มาของการกำหนดหลักดังกล่าวไว้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ตลอดจนความหลากหลายของคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

(1) การดำเนินงานของฝ่ายปกครองนั้น มีสภาพแตกต่างไปจากการดำเนินงานของกลไกของรัฐประเภทอื่นๆ โดยเป็นฝ่ายที่ริเริ่มการดำเนินงานได้เองและส่วนใหญ่ต้องการผลในแต่ละกรณีโดยทันที (ซึ่งแตกต่างไปจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ) ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้รับผิดชอบในการบริการสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของสังคม ขณะเดียวกันก็เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายกับกรณีเฉพาะราย สภาพการดำเนินงานของฝ่ายปกครองโดยหลักจึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือแสดงให้เห็นเอกสิทธิ์ และต้องการการสัมฤทธิ์ผลโดยเร็ว แต่ในขณะเดียวกันการสร้างหลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนจึงต้องมีอยู่ด้วย โดยช่องทางหลักคือการแก้ไขเยียวยาโดยศาล หรืออาจให้มีการแก้ไขเยียวยาได้ภายในฝ่ายปกครองเอง ซึ่งในระยะต่อมาได้พัฒนาระบบการทบทวนตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองจนเป็นระบบมากขึ้น ในระยะหลังสุดจึงมีการสร้างหลักประกันในเชิงป้องกันเพิ่มเติมเข้าไป โดยกำหนดให้มีหลักต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองตั้งแต่ก่อนที่จะมีการออกคำสั่ง ซึ่งหลักที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 วรรคหนึ่งก็เป็นอีกหลักหนึ่งที่วางไว้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ หลักต่างๆ ในเชิงป้องกันที่ถูกกำหนดไว้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองจึงต้องนำมาใช้ให้สอดคล้องหรือไม่เป็นอุปสรรคแก่สภาพการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง เพราะมุ่งหมายเป็นมาตรการเสริมในเชิงป้องกันเท่านั้น และหลักประกันสิทธิของประชาชนโดยการแก้ไขเยียวยาโดยช่องทางหลักที่มีมาแต่เดิมก็ยังคงมีอยู่เสมอ

(2) หลักตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง เป็นหลักการที่กำหนดขึ้นเพื่อให้มีการรับฟังคู่กรณีโดยการเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้โต้แย้ง ซึ่งเป็นหลักที่ดึงเอาแนวคิดเช่นเดียวกันกับหลักวิธีพิจารณาคดีขององค์กรตุลาการ (ที่กำหนดให้ต้องเคารพหลักการให้สิทธิโต้แย้งหรือหลักการฟังความทุกฝ่าย) มาใช้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย แต่สภาพการใช้อำนาจทางปกครองและการใช้อำนาจทางตุลาการแตกต่างกัน โดยการใช้อำนาจทางตุลาการเริ่มต้นจากการมีข้อพิพาท ซึ่งมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างโต้แย้งสิทธิขึ้น และเป็นการใช้อำนาจที่นำไปสู่ความเป็นที่สุดเด็ดขาด กรณีจึง

จำเป็นต้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้มีโอกาสโต้แย้งให้เพียงพอเสียก่อน หลักดังกล่าวจึงนำมาบังคับใช้เป็นหลักทั่วไปในกระบวนการพิจารณาทางศาล แต่การใช้อำนาจทางปกครองส่วนใหญ่เกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวและไม่ได้มีผลเป็นที่สุดเด็ดขาด ดังนั้น ระดับความจำเป็นที่ต้องให้สิทธิโต้แย้งจึงน้อยกว่ากรณีการใช้อำนาจทางตุลาการ การนำหลักการให้สิทธิโต้แย้งมาใช้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองจึงมีขอบเขตที่แคบกว่าโดยนำมาใช้ได้แต่เพียงบางกรณีเท่านั้น

(3) เมื่อพิจารณาการใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” นั้น เห็นได้ว่า มีความหลากหลายและเกิดผลทางกฎหมายในทางที่ต่างกันขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่พิจารณา บางกรณีคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิของบุคคลโดยตรง (โดยอาจเป็นการพิจารณาให้สิทธิ ปฏิเสธไม่ให้สิทธิ รับรองหรือยืนยันสิทธิ หรือเป็นการพิจารณาจำกัดตัดทอนสิทธิให้ลดลงไปจากเดิม) หรือบางกรณีคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่กำหนดภาระหน้าที่แก่บุคคลเนื่องจากมีกรณีที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นต้น ความหลากหลายของคำสั่งทางปกครองนี้เองที่ช่วยทำให้มองเห็นได้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า มิใช่คำสั่งทางปกครองทุกกรณีจะต้องอยู่ในบังคับของหลักการให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง เช่น คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้สิทธิก็ดี หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นการรับรองสิทธิก็ดี ถึงแม้จะมีการกระทบถึงสิทธิของบุคคล แต่โดยสภาพก็ย่อมไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่ต้องให้มีการโต้แย้งก่อน จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “อาจกระทบถึงสิทธิ” ตามนัยมาตรา 30 วรรคหนึ่ง สำหรับกรณีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดหน้าที่แก่บุคคลนั้น โดยสภาพมิใช่มุ่งที่จะพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิ หากแต่มักจะกระทำในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่าไม่มีสิทธิใด ๆ ที่อาจถูกกระทบ เพราะกฎหมายไม่เคยรับรองสิทธิใด ๆ จากการฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมาย ในแง่ของความหมายที่ว่า “อาจกระทบสิทธิ” จึงไม่เกี่ยวข้องกับคำสั่งประเภทนี้ นอกจากนั้น การมีคำสั่งกำหนดภาระหน้าที่กรณีที่ฝ่ายปกครองเห็นว่ามีการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายนี้ โดยสภาพฝ่ายปกครองย่อมสมควรออกคำสั่งไปโดยเร็วตามข้อเท็จจริงที่ตนแสวงหามาได้ หากต้องรอให้มีการใช้สิทธิโต้แย้งเสียก่อน (ซึ่งแน่นอนว่าอาจเป็นหลักประกันแก่ประชาชนมากขึ้น) ก็ย่อมทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจบังคับใช้กฎหมายได้โดยทันต่อสภาพการณ์และไม่เด็ดขาด ซึ่งเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างการขาดหลักประกันสิทธิของประชาชนไปบ้างกับความจำเป็นที่ต้องบังคับใช้กฎหมายเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายก็จะเห็นได้ว่าต้องให้น้ำหนักกับกรณีมีการฝ่าฝืนกฎหมายมากกว่า

ตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่อยู่ในบังคับมาตรา 30 วรรคหนึ่ง จะต้องเป็นคำสั่งที่เป็นการพิจารณาเนื้อหาแห่งสิทธิ และทำให้สิทธินั้นถูกกระทบในทางเสียหายเท่านั้น คำสั่งทางปกครองในลักษณะอื่นไม่อยู่ในบังคับของมาตราดังกล่าว เมื่อคำสั่งให้รื้อถอนอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นการใช้อำนาจในลักษณะที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดี

มีหน้าที่กระทำหรือละเว้นการกระทำเมื่อมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และกฎหมายได้บัญญัติระบบการใช้อำนาจเช่นนี้ไว้เป็นขั้น ๆ จนถึงการรื้อถอนอาคารและขอให้ศาลจับกุมกักขังบุคคล ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวซึ่งมีลักษณะเป็นคำสั่งกำหนดภาระหน้าที่เมื่อมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย มิใช่คำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิในทางเสียหาย จึงไม่มีกรณีที่ต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แต่อย่างใด

ผู้วิจัยเห็นว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนต่าง ๆ ในการดำเนินการทางปกครอง โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองเป็นไปโดยถูกต้อง มีประสิทธิภาพ รักษาประโยชน์สาธารณและให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชน กระบวนการก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิคู่กรณี จึงต้องให้สิทธิคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง เสียก่อน แต่การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีนั้น ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจะต้องเป็นผู้พิจารณาในเบื้องต้นว่า สิทธิดังกล่าวเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองหรือไม่ หรือมีการรับรองสิทธิจากเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ เช่น เจ้าหน้าที่มีคำสั่งอนุญาตให้บุคคลผู้นั้นสร้างอาคารในที่ดินได้โดยยกเว้นการยื่นคำขอใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 หรือพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 โดยกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ไว้ หากเจ้าหน้าที่พิจารณาเห็นว่าเป็นกรณีที่หากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว สิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองของคู่กรณีอาจได้รับความกระทบกระเทือนจากคำสั่งทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาออกคำสั่งให้ผู้กระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายรื้อถอนอาคารนั้น ซึ่งหมายถึงกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 หรือพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ได้ ฝ่ายปกครองจึงออกคำสั่งเพื่อบังคับกับผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมพิจารณาออกคำสั่งได้โดยไม่จำต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ดังกล่าว

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและกฎหมายว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำไทยแล้ว เห็นว่า กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาคารในประเทศไทยเริ่มมีขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2479 โดยตราเป็นพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการก่อสร้างอาคารต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในความมั่นคงแข็งแรง การอนามัย สุขาภิบาล การป้องกันอัคคีภัย และการผังเมืองเป็นการทั่วไปทั่วราชอาณาจักร โดยมีหลักการควบคุม

คือห้ามมิให้บุคคลปลูกสร้างอาคารอย่างใด ๆ เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น ซึ่งในท้องถิ่นที่ยกฐานะเป็นเทศบาลแล้ว หมายความถึงคณะมนตรีเทศบาล ส่วนท้องถิ่นที่ยังไม่ได้ยกฐานะเป็นเทศบาล หมายความถึง คณะกรรมการจังหวัด ต่อมา ได้มีการตราพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นการรวมกฎหมายพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างในเขตเพลิงไหม้ พ.ศ. 2476 และพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 เพื่อให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันและเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในด้านการควบคุมเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร อันเป็นเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและความปลอดภัยของประชาชนจากการก่อสร้างอาคารหรือดัดแปลงอาคาร ส่วนกฎหมายเกี่ยวกับการเดินเรือในน่านน้ำไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการเดินเรือหรือการสัญจรทางน้ำให้เป็นระเบียบ มิให้มีการกระทำใด ๆ ที่อาจเป็นการกีดขวางหรือเป็นอันตรายต่อการเดินเรือหรือการสัญจรทางน้ำของประชาชน ไม่ว่าการนั้นจะมีขึ้นในบริเวณท้องน้ำบริเวณดินที่จมอยู่ใต้น้ำตลอดเวลา หรือบริเวณที่ดินซึ่งจมอยู่ใต้น้ำขณะที่น้ำขึ้นและอยู่เหนือน้ำในขณะที่น้ำลง การบัญญัติกฎหมายทั้งสองฉบับจึงมีเจตนารมณ์เพื่อมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและความปลอดภัยของประชาชน ดังนั้น หากประชาชนประสงค์จะก่อสร้างอาคารจะต้องยื่นคำขออนุญาตก่อสร้างอาคารต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นในเขตนั้นๆ และจะทำการก่อสร้างอาคารได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 หรือได้แจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นและดำเนินการตามมาตรา 39 ทวิ แล้ว เว้นแต่เป็นการก่อสร้างอาคารตามมาตรา 6 หรือมาตรา 7 วัตถุประสงค์ที่ต้องกำหนดเช่นนี้ เพื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะได้ตรวจสอบว่าอาคารที่ขออนุญาตก่อสร้างเป็นไปตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ต้องมีการตรวจสอบการใช้ประโยชน์ที่ดินตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2581 หรือเป็นอาคารที่ใช้ประกอบกิจการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนอยู่ใกล้เคียงตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 รวมทั้งถ้าพื้นที่ขออนุญาตก่อสร้างอยู่ในเขตที่ต้องมีการรักษาความปลอดภัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเขตปลอดภัยในราชการทหาร พ.ศ. 2478 หรือไม่

สำหรับเอกสารประกอบการขออนุญาตก่อสร้างอาคารตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ประกอบด้วย

1. แบบคำขออนุญาตก่อสร้างอาคาร ดัดแปลงอาคาร หรือรื้อถอนอาคาร (แบบ ข.1)

2. สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคล ซึ่งแสดงวัตถุประสงค์และผู้มีอำนาจลงชื่อแทนนิติบุคคลที่หน่วยงานซึ่งมีอำนาจรับรองออกให้ไม่เกิน 6 เดือน (กรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ขออนุญาต) และผู้มีอำนาจลงนามรับรองสำเนาถูกต้องทุกหน้า จำนวน 1 ชุด

3. สำเนาหรือภาพถ่ายโฉนดที่ดินขนาดเท่ากับต้นฉบับจริงหรือสำเนาหนังสือรับรองการทำประโยชน์ และเจ้าของที่ดินลงนามรับรองสำเนาถูกต้องทุกหน้า จำนวน 1 ชุด (ในกรณีใช้ทางภาระจำยอม หรือเป็นทางเข้า – ออก รถยนต์ให้แนบสำเนาโฉนดที่ดินด้วย)

4. หนังสือยินยอมของเจ้าของที่ดินให้ก่อสร้างอาคารในที่ดิน หรือสำเนาสัญญาเช่าที่ดิน (กรณีผู้ขออนุญาตไม่ใช่เจ้าของที่ดิน) จำนวน 1 ชุด

5. สำเนาบัตรประจำตัวประชาชนและสำเนาทะเบียนบ้านของผู้ขออนุญาต, ผู้รับมอบอำนาจ, ผู้มีอำนาจลงนามแทนนิติบุคคล และเจ้าของที่ดิน พร้อมลงนามรับรองสำเนาถูกต้อง จำนวน 1 ชุด

6. หนังสือแสดงความยินยอมและรับรองของสถาปนิก วิศวกรผู้ออกแบบและคำนวณ พร้อมสำเนาใบอนุญาตผู้ประกอบวิชาชีพฯ (กรณีอาคารที่ขออนุญาตอยู่ในประเภทเป็นวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม หรือวิชาชีพสถาปัตยกรรม) จำนวน 1 ชุด

7. แผนผังบริเวณ แบบแปลน และรายการประกอบแบบแปลน จำนวน 5 ชุด

8. รายการคำนวณโครงสร้าง จำนวน 1 ชุด

9. โรงงานอุตสาหกรรม โรงพยาบาล ตลาดสด ภัตตาคาร อาคารชุด หอพัก และอาคารที่เกี่ยวกับกิจการที่น่ารังเกียจ ต้องแสดงระบบบำบัดน้ำเสีย จำนวน 5 ชุด และรายการคำนวณระบบบำบัดน้ำเสีย จำนวน 1 ชุด

หากผู้ประสงค์จะก่อสร้างอาคารไม่ได้ยื่นคำขออนุญาตก่อสร้างอาคารตามมาตรา 21 แล้ว มาตรา 39 ทวิ อนุญาตให้ผู้ประสงค์จะก่อสร้างอาคารได้โดยไม่ต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็ได้ เพียงแต่ต้องทำการแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นทราบและต้องทำแบบที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นกำหนด ทั้งนี้ ต้องยื่นเอกสารประกอบการแจ้งต่อพนักงานท้องถิ่นเช่นเดียวกับกรณีการยื่นคำขออนุญาตก่อสร้างอาคาร

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ไม่ได้กำหนดขั้นตอนกระบวนการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารในกรณีที่การก่อสร้างเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติดังกล่าว รวมถึงบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องไว้เป็นการเฉพาะ แต่เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะมีการแจ้งคำสั่งต่าง ๆ แทน

สำหรับประชาชนที่มีความประสงค์จะก่อสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในแม่น้ำหรือทะเลในน่านน้ำไทย นั้น พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 117 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปเหนือน้ำในน้ำ และใต้น้ำ ของแม่น้ำ ลำคลอง บึง อ่างเก็บน้ำ ทะเลสาบ อันเป็นทางสัญจรของประชาชนหรือที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันหรือทะเลภายในน่านน้ำไทยหรือบนชายหาดของทะเลดังกล่าว

เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าท่า วรรคสอง บัญญัติว่า หลักเกณฑ์และวิธีการในการอนุญาตให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยกฎกระทรวงดังกล่าวจะต้องระบุลักษณะของอาคารและการล่วงล้ำที่พึงอนุญาตได้ไว้ให้ชัดแจ้ง พร้อมทั้งระยะเวลาที่จะต้องพิจารณาอนุญาตให้แล้วเสร็จด้วย และกฎกระทรวง ฉบับที่ 63 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 117 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ข้อ 2 กำหนดว่า ผู้ใดประสงค์จะขออนุญาตปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งล่วงล้ำลำแม่น้ำ ให้ยื่นคำขอตามแบบที่อธิบดีกรมเจ้าท่ากำหนด โดยระบุวัตถุประสงค์ในการใช้อาคารหรือสิ่งอื่นใดที่ขออนุญาต พร้อมด้วยหลักฐานและเอกสาร ดังต่อไปนี้

1. ภาพถ่ายสำเนาทะเบียนบ้านพร้อมภาพถ่ายบัตรประจำตัวประชาชน หรือภาพถ่ายบัตรประจำตัวข้าราชการ หรือภาพถ่ายบัตรแสดงฐานะอย่างอื่นที่ออกโดยส่วนราชการ กรณีผู้ขออนุญาตเป็นนิติบุคคล ให้ยื่นสำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลที่ระบุชื่อผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคล

2. หลักฐานแสดงความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง หรือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาที่ดินที่ติดต่อกับแม่น้ำ ลำคลอง บึง อ่างเก็บน้ำ ทะเลสาบ อันเป็นทางสัญจรของประชาชนหรือที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรือทะเลภายในน่านน้ำไทยหรือบนชายหาดทะเลดังกล่าว

3. แบบแปลนและรายละเอียดของอาคาร หรือสิ่งอื่นใดที่ขออนุญาตปลูกสร้างล่วงล้ำลำแม่น้ำต้องมีผู้ประกอบอาชีพวิศวกรรมควบคุมสาขาวิศวกรรมโยธาตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพวิศวกรรมเป็นผู้รับรอง เว้นแต่อาคารหรือสิ่งอื่นใดที่ขออนุญาตปลูกสร้างล่วงล้ำลำแม่น้ำจะมีขนาดเล็กและโครงสร้างทำด้วยไม้หรือวัสดุอื่นที่ไม่คงทนถาวร ไม่จำเป็นต้องมีผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมสาขาวิศวกรรมโยธารับรอง

4. แผนผังบริเวณที่ขออนุญาตและบริเวณใกล้เคียง

5. หนังสือของจังหวัดที่อาคารหรือสิ่งอื่นใดที่ขออนุญาตปลูกสร้างล่วงล้ำลำแม่น้ำตั้งอยู่รับรองว่าไม่เป็นอุปสรรคต่อแผนพัฒนาจังหวัด ผังเมือง และการรักษาสภาพแวดล้อมของจังหวัด

6. รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ซึ่งต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ

7. หลักฐานหรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องที่อธิบดีกรมเจ้าท่ากำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

และข้อ 3 ของกฎกระทรวง กำหนดว่า ผู้ขออนุญาตปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำลำแม่น้ำต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง...

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ไม่ได้กำหนดขั้นตอนกระบวนการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารหรือสิ่งอื่นใดในกรณีที่การก่อสร้างเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติดังกล่าว รวมถึงบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน

ผู้วิจัยเห็นว่า พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 บัญญัติให้ผู้ที่ประสงค์จะก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารจะต้องยื่นคำขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นในกรณีก่อสร้างอาคารบนที่ดิน หรือไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็ได้ แต่ต้องแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามแบบที่คณะกรรมการควบคุมอาคารกำหนดพร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานตามที่ระบุไว้ในแบบดังกล่าว และผู้ที่ปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปเหนือน้ำ ในน้ำ และใต้น้ำของแม่น้ำ ลำคลอง บึง อ่างเก็บน้ำ ทะเลสาบ อันเป็นทางสัญจรของประชาชนหรือที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรือทะเลภายในน่านน้ำไทย หรือบนชายหาดของทะเลดังกล่าวต้องยื่นคำขออนุญาตต่อเจ้าท่า โดยต้องมีเอกสารและหลักฐานที่ระบุการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินที่จะก่อสร้าง ทั้งนี้เพื่อจะได้ทราบตำแหน่งของอาคารและที่ดินที่ปลูกสร้างอาคารว่าเป็นที่ดินประเภทใด มีเอกสารสิทธิถูกต้องหรือไม่ เพราะเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะไม่ออกใบอนุญาตหากเป็นการก่อสร้างในที่สาธารณะหรือปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นโดยเจ้าของที่ดินไม่มีหนังสือให้ความยินยอม เป็นการป้องกันการบุกรุกที่ดินสาธารณะและที่ดินของบุคคลอื่น และเป็นการป้องกันการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดอันเป็นการอันตรายต่อการเดินเรือหรือทำให้ทางน้ำเปลี่ยนแปลงไป หรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เนื่องจากการแม่น้ำ ลำคลอง บึง เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนใช้สอยร่วมกัน จะให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้ประโยชน์แต่เพียงบุคคลเดียวหรือกลุ่มเดียวมิได้ และจากบทบัญญัติมาตรา 117 แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ไม่มีข้อกำหนดยกเว้นให้แก่อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างประเภทหนึ่งประเภทใดหรือแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดลงในบริเวณดังกล่าวจึงอยู่ในบังคับที่จะต้องขออนุญาตจากเจ้าท่าทั้งสิ้น ไม่ว่าผู้ซึ่งจะปลูกสร้างจะเป็นเอกชนทั่วไป หรือกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ[4] ผู้ที่สร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดโดยฝ่าฝืนมาตรา 117 จึงต้องรับโทษทางอาญาและถูกบังคับให้รื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นใดตามมาตรา 118 และมาตรา 118 ทวิ ซึ่งจากกรณีคำวินิจฉัยของศาลจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่เจ้าของอาคารก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกใบอนุญาตก่อสร้าง ประกอบกับกฎกระทรวงฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ข้อ 40 กำหนดว่า

---

[4] คณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาเรื่องเกี่ยวกับการสร้างสิ่งล่วงล้ำลำน้ำ,” (พฤศจิกายน 2538).

การก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารหรือส่วนของอาคารจะต้องไม่ล้ำเข้าไปในที่สาธารณะ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาที่สาธารณะนั้น เช่นนี้ หากคู่กรณีก่อสร้างอาคารในที่สาธารณะ เจ้าพนักงานท้องถิ่นย่อมมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องได้ หรือเป็นการดัดแปลงอาคารที่ผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดและไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แม้เจ้าหน้าที่จะให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจทำให้ข้อเท็จจริงนั้นเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด เพราะเป็นกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงอย่างชัดแจ้งถึงลักษณะของที่ดิน ลักษณะของอาคารนั้น ๆ อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่ก่อสร้างล่วงล้ำลำน้ำแล้ว เจ้าของอาคารเหล่านั้นก็ใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ได้ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจึงเป็นการให้โอกาสผู้ได้รับคำสั่งให้รื้อถอนอาคารได้ชี้แจงหรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

จากการศึกษาและได้วิเคราะห์เปรียบเทียบถึงผลกระทบและปัญหาทางกฎหมายของแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองทั้ง 2 กรณีดังกล่าว ประกอบกับหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แล้วจะเห็นได้ว่า ทุกประเทศมีการกำหนดหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองไว้เช่นกัน เพียงแต่มีขอบเขตการใช้บังคับ รวมถึงสภาพบังคับที่แตกต่างกันไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการให้สิทธิโต้แย้งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระเท่านั้น ซึ่งคำสั่งประเภทนี้กำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นอกจากนี้ คำสั่งทางปกครองแต่ละประเภทมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิหรือยืนยันสิทธิ และคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่มีผลในทางที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง โดยสภาพจึงไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้รับคำสั่งในทางเสียหายหรือเป็นผลร้ายที่จะต้องให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งแต่อย่างใด ส่วนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระเป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้ายหรือเสียหายแก่ผู้รับคำสั่ง มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง หรือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิที่เป็นการสร้างภาระในทางเสียหาย จึงต้องให้สิทธิโต้แย้งแสดง

พยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเมื่อนำหลักการข้อความคิดดังกล่าวมาพิจารณาประกอบแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยว่า หากการกระทำของคู่กรณีที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย และข้อเท็จจริงอันเป็นข้อมูลในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง แม้ได้รับฟังคู่กรณีก่อน ข้อเท็จจริงที่ได้รับไม่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ยังคงออกคำสั่งเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำต้องให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่าหากเป็นกรณีที่คู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นแนวทางที่เหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเห็นว่าไม่ใช่คำสั่งทางปกครองทุกประเภทหรือทุกกรณีที่ต้องให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เฉพาะแต่คำสั่งที่กระทบสิทธิของคู่กรณีเท่านั้นที่ต้องให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ซึ่งสิทธินั้นหมายถึง อำนาจอันชอบธรรมที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมายหรือประโยชน์หรือเป็นอำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย และสิทธินั้นจะต้องมีส่วนที่ถูกต้องในตัวเองด้วย ซึ่งการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองกระทบต่อสิทธิหรือไม่ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีไว้หรือไม่ หรือมีการรับรองสิทธิจากเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิหรือเป็นกรณีที่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เมื่อใดที่เจ้าหน้าที่มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้วสิทธิดังกล่าวอาจได้รับความกระทบกระเทือนในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระที่ส่งผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้าย เป็นคำสั่งทางปกครองที่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงเป็นคำสั่งที่อาจกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี เช่นนี้แล้ว คู่กรณีย่อมได้รับความคุ้มครองในการให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่หากไม่มีสิทธิตามกฎหมายหรือตามที่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย และเป็นการออกคำสั่งเพื่อบังคับกับผู้ที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัยแล้ว ฝ่ายปกครองก็สามารถออกคำสั่งทางปกครองได้โดยไม่ต้องให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่อย่างใด การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อหลักนิติรัฐและไม่เป็นเหตุให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.1.3 แนวทางแก้ไขปัญหา

จากการศึกษาและได้วิเคราะห์เปรียบเทียบถึงผลกระทบและปัญหาทางกฎหมายของแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองทั้ง 2 กรณีดังกล่าวแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองเป็นหลักการที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันในเชิงป้องกันในการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเพื่อให้มีโอกาสทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งในทุกครั้งทุกกรณีแล้ว คู่กรณีย่อมคัดค้านกระบวนการพิจารณาการทำคำสั่งทางปกครองจำนวนมาก จนไม่สามารถจะดำเนินการต่าง ๆ ได้ เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินงานของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ซึ่งในบางครั้งต้องการผลสัมฤทธิ์โดยเร็ว หากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะเกิดความเสียหายต่อการจัดทำบริการสาธารณะได้ แต่เมื่อเกิดปัญหาในการตีความคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิ” มีความหมายอย่างไร หากคู่กรณีกระทำการฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมายเช่นนี้ คู่กรณีนั้นมีสิทธิที่จะได้รับการโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เห็นว่า การแก้ไขปัญหาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายหรือไม่ เพื่อขจัดปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายคำว่า “กระทบสิทธิ” ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและคู่กรณีซึ่งเป็นผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่ง และศาลปกครองซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่หรือตีความกฎหมายบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นปัญหา วินิจฉัยตีความแตกต่างเช่นกัน จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยบัญญัติถึงลักษณะของการกระทำดังกล่าวไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนว่าจะให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองเพียงใด ซึ่งจะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาลปกครองตีความกฎหมายไปในแนวทางเดียวกัน และคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็จะเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะดำเนินการถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น จึงเห็นสมควรเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นบทยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งแต่เป็นข้อยกเว้นที่ไม่เด็ดขาด โดยเพิ่มข้อความ ดังนี้

“ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1)....

(7) เมื่อเห็นโดยประจักษ์ว่าการกระทำของคู่กรณีนั้นเองเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง”

4.2 ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

ประเทศไทยนำรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นต้นแบบในการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยในส่วนของการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ระบบกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติรับรองหลักการให้สิทธิโต้แย้งและข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 แต่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยก็มีความแตกต่างออกไปจากกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ มาตรา 30 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติข้อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งไว้ในอนุมาตรา (1) ถึง (5) ซึ่งเหมือนกับกฎหมายเยอรมัน แต่ในอนุมาตรา (6) ของบทมาตราเดียวกันได้กำหนดกรณีอื่นที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้ง เพื่อให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิจารณาว่ามีกรณีใดบ้างที่จะกำหนดเป็นข้อยกเว้นของหลักการให้สิทธิโต้แย้งโดยการออกเป็นกฎกระทรวง ซึ่งนอกเหนือจากกฎหมายเยอรมัน และต่อมาได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่จำต้องให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองไว้ 6 กรณี กล่าวคือ (1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง (2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล (3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ (4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว (5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว และ(6) การสั่งให้เนรเทศ สำหรับปัญหาการวินิจฉัยหรือการตีความคำสั่งทางปกครองกรณีการให้พ้นจากตำแหน่งของบุคลากรภาครัฐนั้น นับเป็นปัญหาเฉพาะของระบบกฎหมายไทย ประกอบกับศาลปกครองตีความคำว่า “ให้พ้นจากตำแหน่ง” แตกต่างกัน ผู้วิจัยจึงได้นำแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นที่ได้มีการวินิจฉัยตีความคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง ที่แตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหากรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.143/2547 วินิจฉัยโดยสรุปว่า นายอำเภอมีคำสั่งให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดสมาชิกภาพโดยไม่ได้มีการสอบสวนบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือไม่ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน ถือว่าเป็นการไม่เปิดโอกาสให้สมาชิกสภาดังกล่าวได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน เมื่อการเปิดโอกาสข้างต้นไม่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อันเนื่องมาจากการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.44/2549 วินิจฉัยโดยสรุปว่า การที่นายอำเภอมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล เป็นคำสั่งทางปกครองที่มิได้กำหนดวิธีปฏิบัติในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งไว้โดยเฉพาะ จึงต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 วรรคหนึ่ง และมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ นายอำเภอจะต้องมีการแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการสอบสวนและวินิจฉัยดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีทราบตามความจำเป็นแก่กรณี และจะต้องให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน และกรณีนี้ไม่เข้าข้อยกเว้นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับข้อ (1) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว และเมื่อพิจารณาจากหมายเหตุท้ายกฎกระทรวงฉบับนี้ซึ่งกำหนดว่า เหตุผลในการประกาศในกฎกระทรวงฉบับนี้ คือ โดยที่เป็นการสมควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองในบางกรณีซึ่งโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง กฎกระทรวงฉบับนี้จึงมีเจตนารมณ์ยกเว้นเฉพาะคำสั่งทางปกครองซึ่งโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น คำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” ตามความใน (1) ของกฎกระทรวงดังกล่าว จึงน่าจะหมายถึงการให้พ้นจากตำแหน่งหนึ่งเพื่อไปดำรงตำแหน่งอื่น กรณีไม่อาจหมายถึงการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลกรณีนี้ด้วย เนื่องจากมีผลทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลง ซึ่งโดยสภาพสามารถแจ้งหรือสมควรจะต้องแจ้งให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลผู้นั้นได้รับทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64/2552 วินิจฉัยโดยสรุปว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีที่ 4 พ้นจากตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดขอนแก่น เป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนวิธีปฏิบัติในการพิจารณาทางปกครองก่อนที่จะมีคำสั่งให้กรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดพ้นจากตำแหน่งนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และระเบียบ

คณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดและผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำจังหวัด พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะในเรื่องดังกล่าว จึงต้องดำเนินการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องให้ผู้ฟ้องคดีที่ 4 มีโอกาสที่จะทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีที่ 4 ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกรณีที่พิพาทไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) ถึง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งที่พิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.190/2553 วินิจฉัยโดยสรุปว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (ผู้ว่าราชการจังหวัด) มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบล เนื่องจากปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยนายอำเภอมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าว และคณะกรรมการสอบสวนได้สอบสวนพยานบุคคลและรวบรวมพยานเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้อง โดยมีการแจ้งสิทธิโต้แย้งให้ผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้ถูกกล่าวหาทราบและให้โอกาสแก่ผู้ฟ้องคดีนำพยานหลักฐานมาประกอบการแก้ข้อกล่าวหา ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบลจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.360/2554 วินิจฉัยโดยสรุปว่า เลขานุการสภาเทศบาลตำบลได้มีหนังสือเชิญประชุมและส่งระเบียบวาระการประชุมที่ไม่ปรากฏเนื้อหาของญัตติที่มีสมาชิกสภาเทศบาลบางคนได้เสนอให้ที่ประชุมสภาเทศบาลพิจารณาเพื่อลงมติให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาเทศบาล อันเป็นมติที่มีผลกระทบโดยตรงต่อผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีควรได้รับโอกาสตามสมควรในการเตรียมการเพื่อโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานหักล้างแก้ข้อกล่าวหาต่อที่ประชุม การมีมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สภาเทศบาลตำบลนางรอง) ที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาเทศบาลตำบล ในการประชุมสภาเทศบาลสมัยวิสามัญ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง หมายถึง การให้บุคลากรภาครัฐพ้นจากตำแหน่งที่ดำรงอยู่ไปดำรงตำแหน่งอื่น

โดยคำสั่งดังกล่าวไม่มีผลเป็นการทำให้สถานภาพในการดำรงตำแหน่งของผู้ได้รับคำสั่งต้องสิ้นสุดลงเป็นการถาวรและเด็ดขาด กล่าวคือ หากคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งมีผลทำให้สถานภาพการดำรงตำแหน่งของผู้รับคำสั่งต้องสิ้นสุดลงเป็นการถาวรและเด็ดขาดแล้ว ย่อมไม่ใช่กรณีที่อยู่ในความหมายของการให้พ้นจากตำแหน่ง ตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการรับฟังคู่กรณี

ผู้วิจัยขอยกคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.496/2549 ซึ่งตุลาการผู้แถลงคดี (นายบุญอนันต์ วรรณพานิชย์) ได้มีคำแถลงการณ์กรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ซึ่งวินิจฉัยโดยสรุปว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” ตามนัย (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมายถึง “การให้พ้นจากตำแหน่ง” ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทต่าง ๆ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือการให้พ้นจากตำแหน่งในระบบการบริหารงานบุคคลของข้าราชการประจำเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะเมื่อพิจารณากรณีต่าง ๆ ตาม (1) ย่อมเห็นได้ว่า กรณีต่าง ๆ เหล่านั้น ล้วนเป็นเรื่องการบริหารงานบุคคล ซึ่งเมื่อคำนึงถึงความจำเป็นและเหมาะสมในระบบการบริหารงานบุคคลแล้ว การให้ต้องปฏิบัติตามหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนจะออกคำสั่งจึงอาจเป็นการขัดขวางและเป็นอุปสรรคต่อการจัดระบบการบริหารงานบุคคลของรัฐ ด้วยเหตุนี้ จึงมีการนำมากำหนดเป็นข้อยกเว้น แต่ขณะเดียวกันจะเห็นได้ว่า ข้อยกเว้นในกรณีเช่นว่านี้ไม่มีกรณีการดำเนินการวินัยและกรณีการให้สถานะของความเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐสิ้นสุดลง ทั้งนี้ เพราะแม้เรื่องการดำเนินการทางวินัย หรือเรื่องการให้สถานะความเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐสิ้นสุดลง จะยังคงเป็นเรื่องหนึ่งของเรื่องการบริหารงานบุคคลก็ตาม แต่ก็เป็นข้อแตกต่างจากเรื่องอื่นของการบริหารงานบุคคล เนื่องจากทั้งสองกรณีก็เป็นเรื่องที่โดยสภาพมีการเปลี่ยนแปลงสถานะของสิทธิหน้าที่ของบุคคลจากที่มีอยู่ในขณะหนึ่ง (Status Quo) ไปสู่สถานะเสื่อมถอยหรือลดน้อยลงจากเดิม (Status Quo Minus) แม้การให้ปฏิบัติตามหลักการให้สิทธิโต้แย้งในทั้งสองกรณีดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อการจัดระบบบริหารงานบุคคลภาครัฐอยู่บ้าง แต่เมื่อคำสั่งในกรณีเช่นว่านั้นมีผลกระทบในทางเสียหายในลักษณะดังกล่าวมา (Status Quo Minus) การคำนึงถึงการให้หลักประกันสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยให้ใช้หลักการให้สิทธิโต้แย้งจึงมีน้ำหนักมากกว่าข้อเสียที่จะเป็นการขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคต่อการจัดระบบบริหารงานบุคคล ด้วยเหตุนี้เอง กรณีการดำเนินการทางวินัยหรือการให้สถานะความเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐสิ้นสุดลง จึงไม่ถูกนำมากำหนดรวมเป็นข้อยกเว้นใน (1) ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ส่วน “ การให้พ้นจากตำแหน่ง” ของเจ้าหน้าที่ของรัฐบางประเภทนั้นโดยที่เจ้าหน้าที่ของรัฐบางประเภทไม่เป็นระบบประจำ กรณีจึงมีผลโดยให้ตรงให้สถานะความเป็น

เจ้าหน้าที่ของรัฐของบุคคลนั้นสิ้นสุดลง ฉะนั้น การให้พ้นจากตำแหน่งในลักษณะเช่นนี้จึงไม่อาจนับรวมอยู่ในข้อยกเว้นตามกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ในการมีคำสั่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับโอกาสที่จะทราบเรื่องและโอกาสที่จะโต้แย้งรวมทั้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอ และไม่ใช่กรณีที่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการการเลือกตั้ง) จึงเป็นการกระทำที่ไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

จากการศึกษาวิเคราะห์คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีดังกล่าวเห็นได้ว่าการให้พ้นจากตำแหน่ง ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทต่าง ๆ ต้องเป็นการพ้นจากตำแหน่งในระบบการบริหารงานบุคคลของข้าราชการประจำเท่านั้น เมื่อคำนึงถึงความจำเป็นและเหมาะสมในระบบการบริหารงานบุคคลแล้ว การต้องปฏิบัติตามหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งอาจเป็นการขัดขวางและเป็นอุปสรรคต่อการจัดระบบการบริหารงานบุคคลของรัฐบ้าง จึงมีบทบัญญัติข้อยกเว้นขึ้น แต่สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทไม่เป็นระบบประจำ กรณีการดำเนินการทางวินัยหรือการให้สถานะความเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐสิ้นสุดลง จึงไม่ถูกนำมากำหนดรวมเป็นข้อยกเว้นใน (1) ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว คำว่าให้พ้นจากตำแหน่งจึงมีผลโดยให้ตรงให้สถานะความเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐของบุคคลนั้นสิ้นสุดลง การให้พ้นจากตำแหน่งในลักษณะเช่นนี้จึงไม่อาจนับรวมอยู่ในข้อยกเว้นตามกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว เพราะการออกคำสั่งดังกล่าวไม่ได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ

สำหรับกรณีวิเคราะห์ประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยเห็นพ้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในกรณีดังกล่าวว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งประสงค์เพื่อประกันความเป็นธรรมให้แก่บุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลเหล่านั้น และอีกประการหนึ่ง เพื่อเป็นการประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ เพราะการรับฟังคู่กรณีดังกล่าวจะทำให้เจ้าหน้าที่ได้ทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่ตนเองจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับอย่างรอบด้านและมีประสิทธิภาพที่สุด ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหมายเหตุท้ายกฎกระทรวงฉบับนี้แล้วเห็นว่า โดยที่เป็นการสมควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองในบางกรณี ซึ่งโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงนี้เพื่อลดภาระในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถแจ้งคำสั่งให้ผู้รับคำสั่งได้ อาจเนื่องด้วยสาเหตุผู้รับคำสั่งทางปกครอง

ย้ายไม่ทราบที่อยู่ หรือได้สิ้นสภาพการเป็นบุคคล เช่น กรณีข้าราชการละทิ้งราชการเกินกว่า 15 วัน ซึ่งหน่วยงานทางปกครองจะออกคำสั่งให้ข้าราชการผู้นั้นออกจากราชการเพราะเหตุละทิ้งราชการ ในทางปฏิบัติ ฝ่ายปกครองจะมีหนังสือแจ้งให้ข้าราชการผู้นั้นทราบ แต่หากล่วงพ้นระยะเวลาที่กำหนดหรือไม่สามารถติดต่อข้าราชการรายนั้น หรือบรรดาญาติพี่น้องของข้าราชการรายนั้นก็ไม่สามารถติดต่อกับข้าราชการรายดังกล่าวได้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งให้ออกจากราชการได้โดยไม่ต้องให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานได้ หรือกรณีข้าราชการกระทำผิดอาญาและศาลมีคำพิพากษาให้จำคุก เช่นนี้ ข้าราชการผู้นั้นย่อมขาดคุณสมบัติในการเป็นข้าราชการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นกรณีที่ข้าราชการผู้นั้นไม่สามารถมาปฏิบัติงานได้อย่างแน่นอน ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมออกคำสั่งให้ข้าราชการรายนั้นออกจากตำแหน่งได้ตามข้อ 6 แห่งกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ผู้วิจัยจึงขอยกตัวอย่างกฎหมายที่กำหนดให้คุณสมบัติของบุคลากรภาครัฐสิ้นสุด ดังนี้

1. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 107 ได้บัญญัติให้ข้าราชการพลเรือนสามัญออกจากราชการเมื่อ

(1) ตาย

(2) พ้นจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ

(3) ลาออกจากราชการและได้รับอนุญาตให้ลาออกหรือการลาออกมีผลตามมาตรา 109

(4) ถูกสั่งให้ออกตามมาตรา 59 มาตรา 67 มาตรา 101 มาตรา 110 หรือมาตรา 111 หรือ

(5) ถูกสั่งลงโทษปลดออก หรือไล่ออก

2. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 107 ได้บัญญัติให้ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาออกจากราชการเมื่อ

(1) ตาย

(2) พ้นจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ

(3) ลาออกจากราชการและได้รับอนุญาตให้ลาออก หรือการลาออกมีผลตามมาตรา 108

(4) สั่งให้ออกตามมาตรา 49 มาตรา 56 วรรคสอง วรรคสาม หรือวรรคห้า มาตรา 103 มาตรา 110 มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 113 มาตรา 114 และมาตรา 118

(5) ถูกสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออก

(6) ถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เว้นแต่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นที่ไม่ต้องมีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพตามมาตรา 109

3. กฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการพ้นจากสภาพการเป็นพนักงานส่วนท้องถิ่น ประกอบด้วย

(1) ตาย

(2) พ้นจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น

(3) การลาออกจากราชการ ซึ่งเป็นไปตามประกาศหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการให้ออกจากราชการของส่วนท้องถิ่นจังหวัดนั้น ๆ

(4) ถูกสั่งให้ออก

4.1) กรณีไม่ผ่านการทดลองงาน

4.2) กรณีออกตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร

4.3) กรณีออกเพราะขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้ามเบื้องต้น

4.4) กรณีการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน

4.5) กรณีหย่อนความสามารถ/บกพร่อง/ประพฤติตนไม่เหมาะสม

4.6) กรณีมีมลทินมัวหมอง

4. พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 97 ได้บัญญัติไว้ว่าข้าราชการตำรวจออกจากราชการ เมื่อ

(1) ตาย

(2) พ้นจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ

(3) ได้รับอนุญาตให้ลาออกหรือการลาออกมีผลตามมาตรา 99

(4) ถูกสั่งให้ออกตามมาตรา 60 มาตรา 95 มาตรา 98 มาตรา 100 มาตรา 101 มาตรา 102 หรือมาตรา 103

(5) ถูกสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออก

วันออกจากราชการตาม (4) และ (5) ให้เป็นไปตามที่กำหนดในระเบียบ ก.ตร.

การออกจากราชการของข้าราชการตำรวจเฉพาะผู้ที่ต้องรับราชการตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

5. กฎกระทรวงกำหนดจำนวนกรรมการ คุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการสรรหาการเลือกประธานกรรมการและกรรมการ วาระการดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งของคณะกรรมการสถานศึกษาขั้นพื้นฐาน พ.ศ. 2546 ข้อ 7ได้บัญญัติไว้ว่า ประธานกรรมการและกรรมการตามข้อ 2 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี และอาจได้รับแต่งตั้งใหม่อีกได้ แต่จะดำรงตำแหน่งเกินสองวาระติดต่อกันมิได้

นอกจากการพ้นตำแหน่งตามวาระ ประธานธรรมการและกรรมการตามข้อ 2 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) พ้นจากตำแหน่งเมื่อ

(1) ตาย

(2) ลาออก

(3) คณะกรรมการเขตพื้นที่การศึกษาให้ออกเพราะบกพร่องต่อหน้าที่ ทำให้เสื่อมเสียต่อสถานศึกษาหรือหย่อนความสามารถ

(4) ขาดคุณสมบัติตามข้อ 3 หรือข้อ 4

(5) พ้นจากการเป็นพระภิกษุ เฉพาะกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนที่เป็นพระภิกษุสงฆ์

จากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว สามารถอธิบายการพ้นจากตำแหน่งของบุคลากรภาครัฐ ได้ดังนี้

1. การออกจากราชการเพราะตาย

เมื่อบุคลากรภาครัฐผู้ใดถึงแก่ความตาย ย่อมสิ้นสภาพบุคคล ทำให้สิ้นสภาพการเป็นบุคลากรภาครัฐไปด้วย และกรณีนี้รวมถึงศาลมีคำสั่งให้เป็นผู้สาบสูญโดยถือเป็นการออกจากราชการเพราะตาย ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นพ 0709.2/ป.1014 ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2539

2. การพ้นจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ

การออกจากราชการเพราะเกษียณอายุเมื่อมีอายุครบ 60 ปีบริบูรณ์ เป็นการพ้นจากราชการโดยผลของกฎหมายตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 21 ในทางปฏิบัติ เมื่อหน่วยงานสำรวจรายชื่อผู้จะเกษียณอายุราชการภายใน 5 ปี และได้จัดส่งรายชื่อข้าราชการที่จะเกษียณอายุราชการไปยังกระทรวงหรือหน่วยงานต้นสังกัดแล้ว ส่วนราชการจะตรวจสอบแล้วแจ้งให้ผู้จะครบเกษียณอายุราชการทราบด้วย

3. การลาออกจากราชการ

การลาออกจากราชเป็นเรื่องความสมัครใจของบุคลากรผู้นั้น

4. การออกจากราชการเพราะถูกสั่งให้ออก

กรณีถูกสั่งให้ออกจากราชการซึ่งมีผลให้พ้นจากสภาพการเป็นบุคลากรภาครัฐมีได้หลายกรณี เช่น ถูกสั่งให้ออกเพราะขาดคุณสมบัติทั่วไป หรือขาดคุณสมบัติตามมาตรฐานตำแหน่งที่กฎหมายแต่ละฉบับบัญญัติไว้ ถูกสั่งให้ออกเพราะไม่พ้นทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการ ถูกสั่งให้ออกเพราะให้รอฟังผลการสอบสวนพิจารณาความผิดทางวินัย ถูกสั่งให้ออกเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเหตุทดแทนตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.... ถูกสั่งให้ออกเพราะหย่อนความสามารถในการที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการ บกพร่องในหน้าที่ราชการ หรือประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ ถูกสั่งให้ออกเพราะมีมลทินมัวหมอง ถูกสั่งให้ออกเพราะต้องรับโทษจำคุกโดยคำสั่งของศาลหรือต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก สั่งให้ออก

เพื่อไปรับราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร ซึ่งการออกเพราะเหตุนี้จะมีการสงวนตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งเทียบเท่าไว้ให้

5. ถูกสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออก เป็นการพ้นจากสภาพการเป็นข้าราชการเพราะกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง

6. ถูกสั่งให้ออกกรณีถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ สำหรับบุคลากรภาครัฐบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพด้วย เช่น ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ข้าราชการที่ดำรงตำแหน่งวิศวกร

ส่วนกรณีไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้โอกาสโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการบัญญัติสำหรับกรณีคำสั่งบรรจุ แต่งตั้ง เพราะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยตรงตามความประสงค์ของผู้รับคำสั่งอยู่แล้ว จึงไม่จำต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบ

4.2.2 วิเคราะห์ปัญหากรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.250/2549 วินิจฉัยโดยสรุปว่า ข้อ (1) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นเรื่องการบริหารงานบุคคลของบุคลากรภาครัฐไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการ บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พนักงานรัฐวิสาหกิจหรือผู้ปฏิบัติงานอื่นของรัฐ จึงใช้ถ้อยคำกลาง ๆ ว่า “การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน” เพื่อให้ใช้บังคับกับบุคลากรภาครัฐประเภทต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุม ส่วนคำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” นั้น ตามความเข้าใจโดยทั่วไป ย่อมหมายถึงการให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งออกจากตำแหน่งนั้นไป โดยไม่จำต้องคำนึงว่าผู้ซึ่งได้ออกจากตำแหน่งนั้นไปแล้วจะเข้าดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปอีกหรือไม่ ที่ศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยไว้ว่า คำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” จะต้องมีความหมายว่า เป็นการพ้นจากตำแหน่งหนึ่งไปสู่ตำแหน่งอื่นอย่างข้าราชการประจำ มิใช่เป็นการพ้นจากตำแหน่งไปเป็นการถาวรและเด็ดขาด ทั้งที่มิได้มีถ้อยคำใดที่สื่อความหมายให้เข้าใจได้เช่นนั้น จึงเป็นการเพิ่มเติมกฎหมาย การกล่าวอ้างถึงถ้อยคำที่ระบุไว้ในข้อ (1) ทั้งที่เป็นการสื่อความหมายที่ต่างกัน เช่น คำว่า การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน มาอธิบายว่าต้องมิใช่กรณีที่มีผลเป็นการถาวรและเด็ดขาด ก็ไม่สมเหตุผลเนื่องจากถ้อยคำอื่นได้แก่ การบรรจุ การแต่งตั้ง หรือการเลื่อนขั้นเงินเดือน ก็ล้วนมีผลเด็ดขาดทั้งสิ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเลื่อนขั้นเงินเดือน ซึ่งอาจส่งผลเสียหายแก่บุคคลที่คาดหวังว่าตนจะได้เลื่อนขั้นเงินเดือนมากกว่าที่ปรากฏในคำสั่ง โดยแท้จริงแล้ว แต่ละถ้อยคำย่อมมีความหมายโดยเฉพาะเจาะจง การที่จะนำถ้อยคำหนึ่งมาอธิบายอีกถ้อยคำหนึ่ง ต้องเป็นกรณีที่ถ้อยคำนั้นมีความหมายได้หลายความหมาย

หรือความหมายไม่ชัดเจนเท่านั้น จากเหตุผลดังกล่าว จึงเห็นว่า คำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” ตามข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ มิได้มีความหมายจำกัด แต่คำดังกล่าวมีความหมายสามัญ ซึ่งหมายความรวมถึงกรณีของผู้ฟ้องคดีที่พ้นจากตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดชลบุรี โดยผลของคำสั่งพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดี(คณะกรรมการการเลือกตั้ง) ด้วย ฉะนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน จึงไม่อาจถือเป็นเหตุให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.190/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.343/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.280/2550 วินิจฉัยโดยสรุปว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ผู้ว่าราชการจังหวัด) ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากตำแหน่งผู้ใหญ่บ้าน เป็นไปตามข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสที่จะรับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากตำแหน่งผู้ใหญ่บ้านแต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.310/2551 วินิจฉัยโดยสรุปว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด) ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองพ้นจากตำแหน่ง ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 15 ประกอบมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 และได้รับความเห็นชอบจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด) ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ซึ่งคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งถือว่าเป็นกรณีตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงไม่จำต้องให้คู่กรณีมีโอกาสทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน คำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองพ้นจากตำแหน่งจึงกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจและได้ดำเนินกระบวนพิจารณาตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว และตามข้อ 34 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจ้างลูกจ้างของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2536 กำหนดให้ลูกจ้างออกจากราชการเมื่อ (7) ขาดคุณสมบัติตามข้อ 7 และตามข้อ 7 แห่งระเบียบเดียวกัน กำหนดให้ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นลูกจ้างจะต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้ (2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์และไม่เกินห้าสิบห้าปี และข้อ 8 กำหนดให้หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจพิจารณายกเว้นสำหรับการจ้างลูกจ้างผู้ที่ขาดคุณสมบัติตามข้อ 7 (2) เป็นรายบุคคลได้ แต่ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีและไม่เกินหกสิบปี ประกอบกับหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0313/ว 3615 ลงวันที่ 6

ธันวาคม 2537 กำหนดให้การต่ออายุราชการให้แก่ลูกจ้างที่มีอายุเกินห้าสิบห้าปีแต่ไม่เกินหกสิบปี ซึ่งจะเป็นการต่ออายุราชการให้เป็นระยะเวลาหนึ่งหรือต่อให้คราวเดียวจนถึงอายุหกสิบปีบริบูรณ์ ก็สามารถกระทำได้ โดยอยู่ในดุลพินิจตามเหตุผลความจำเป็นในการจ้างแต่ละรายไป เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาการต่ออายุราชการของลูกจ้างประจำเพื่อประกอบการพิจารณาในการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองพ้นจากตำแหน่ง โดยในส่วนของผู้ฟ้องคดีทั้งสองคณะกรรมการได้พิจารณาจากความรู้ความสามารถและความเหมาะสมในตำแหน่ง ความพร้อมต่อการปฏิบัติงานกับเครื่องจักรกล เพื่อให้การปฏิบัติงานขององค์การบริหารส่วนจังหวัดพิจิตรตามแผนงานและโครงการต่าง ๆ สำเร็จลุล่วงและมีประสิทธิภาพด้วยดี กรณีจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว มิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองพ้นจากตำแหน่งจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ให้ยกคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดีจึงชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.310/2551 นี้ ผู้วิจัยเห็นพ้องด้วยว่าเป็นการนำข้อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งที่มีความเหมาะสม เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุเกษียณอายุราชการตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจ้างลูกจ้างของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2536 จึงเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติเหตุแห่งการพ้นจากตำแหน่งไว้แล้ว และผู้ฟ้องคดีทั้งสองก็ทราบตั้งแต่เริ่มต้นรับราชการแล้วว่า กฎหมายกำหนดให้เกษียณอายุเมื่อครบห้าสิบห้าปี ประกอบกับคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าวไม่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 139/2557 วินิจฉัยโดยสรุปว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการครู เนื่องจากเป็นผู้บกพร่องในศีลธรรมอันดีสำหรับการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพครูและเป็นผู้กระทำการทุจริตในการสอบเข้ารับราชการ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้ให้ผู้ฟ้องคดีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่ง ศาลได้วินิจฉัยว่าคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่โดยที่คำสั่งพิพาทเป็นการให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งทางราชการ อันเป็นกรณีเข้าข้อยกเว้นที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่จำต้องให้โอกาสผู้ฟ้องคดีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจรับฟังได้

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นกรณีดังกล่าว ศาลปกครองวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองกรณีการให้บุคคลากรภาครัฐพ้นจาก

ตำแหน่ง ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งให้กรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดพ้นจากตำแหน่ง กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งให้ผู้ใหญ่บ้านพ้นจากตำแหน่ง และกรณีที่ผู้อำนวยการโรงเรียนมีคำสั่งให้ข้าราชการครูออกจากราชการ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวมีผลให้สถานภาพในการดำรงตำแหน่งของผู้รับคำสั่งต้องสิ้นสุดลงอย่างถาวรและเด็ดขาด โดยวินิจฉัยตีความคำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” ตามข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่า คำว่าให้พ้นจากตำแหน่ง ตามความเข้าใจโดยทั่วไป ย่อมหมายถึงการให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งออกจากตำแหน่งนั้นไป โดยไม่จำต้องคำนึงว่าผู้ซึ่งได้ออกจากตำแหน่งนั้นไปแล้วจะเข้าดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปอีกหรือไม่และไม่จำต้องคำนึงว่าการพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวจะมีผลทำให้สถานภาพในการดำรงตำแหน่งของบุคคลนั้นต้องสิ้นสุดลงหรือไม่ หากเป็นกรณีที่ผู้มีอำนาจมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดพ้นจากตำแหน่งแล้ว ก็ย่อมอยู่ในความหมายของการให้พ้นจากตำแหน่ง ที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการรับฟังคู่กรณี

สำหรับกรณีวิเคราะห์ปัญหานี้ ผู้วิจัยเห็นว่า คำว่า พ้นจากตำแหน่ง ตามข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะมีเพียงความหมายสามัญ ซึ่งหมายถึงการพ้นจากตำแหน่งทุกกรณี ทุกประเภท หรือจะมีความหมายจำกัด หรือเป็นการตีความอย่างแคบ เฉพาะการพ้นจากตำแหน่งของบุคลากรภาครัฐที่พ้นจากตำแหน่งหนึ่งไปดำรงตำแหน่งอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นการพ้นจากตำแหน่งไปเป็นการถาวรและเด็ดขาด อีกทั้งคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง เป็นถ้อยคำที่มีความหมายได้หลายความหมาย หรือเป็นถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน หรือไม่ เพราะศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทกรณีดังกล่าวได้วินิจฉัยผลของข้อพิพาทลักษณะเดียวกันแตกต่างกันออกไป ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นว่า คำว่าการให้พ้นจากตำแหน่งเป็นถ้อยคำที่ยังมีความหมายไม่ชัดเจน และในกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นแม่แบบของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเอาไว้ การตีความคำว่าให้พ้นจากตำแหน่งจึงควรต้องอาศัยแนวทางการตีความกฎหมายมาเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว โดยที่กรณีนี้ ศาลปกครองได้ใช้หลักการตีความกฎหมายแตกต่างกัน โดยกลุ่มคำวินิจฉัยแนวทางแรก เป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี และเหตุผลประกอบคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งไม่ปรากฏพฤติการณ์หรือการกระทำที่เป็นเหตุให้พ้นจากตำแหน่งตามกฎหมายที่เกี่ยวกับบุคลากรภาครัฐแต่อย่างใด ส่วนกลุ่มคำวินิจฉัยแนวทางที่สอง เป็นกรณีที่ศาลใช้หลักในการตีความกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรในลักษณะเคร่งครัดตายตัว ผู้วิจัยจึงไม่เห็นพ้องด้วยกับแนวทางการตีความคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่งตามลายลักษณ์อักษรในลักษณะเคร่งครัดตายตัว เนื่องจากเมื่อพิจารณาหมายเหตุท้ายกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวที่กำหนดสาระสำคัญว่า “โดยที่เป็น

การสมควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองในบางกรณี ซึ่งโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง” ประกอบกับเมื่อได้พิจารณาถ้อยคำในข้อ (1) ของกฎกระทรวงดังกล่าวทั้งหมดแล้ว จะเห็นได้ถ้อยคำที่ว่า การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน การให้ออกจากงานไว้ก่อน อันเป็นบริบทของถ้อยคำ การให้พ้นจากตำแหน่ง ล้วนเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ได้ออกมาในชั้นการเข้าสู่ตำแหน่ง และระหว่างอยู่ในตำแหน่งเท่านั้น ดังนั้น คำว่าการให้พ้นจากตำแหน่งตามข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงไม่อาจหมายความรวมถึง การสั่งให้บุคลากรภาครัฐออกจากราชการหรือทำให้สถานภาพในการดำรงตำแหน่งของบุคคลนั้นต้องสิ้นสุดลงเป็นการถาวรและเด็ดขาด ซึ่งโดยสภาพแล้วสมควรต้องแจ้งให้คู่กรณีผู้นั้นทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งก่อนการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อประกันความเป็นธรรมให้แก่บุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่จะออกมาใช้บังคับแก่คู่กรณี และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครองว่าจะเกิดประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง และเมื่อพิจารณาระบบกฎหมายของเยอรมันแล้ว สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความเคร่งครัดกรณีการแต่งตั้งข้าราชการและการให้ออกจากราชการว่า หน่วยงานทางปกครองต้องทำเป็นคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีการย้ายข้าราชการ ฝ่ายปกครองอาจทำข้อตกลงหรือทำสัญญากับข้าราชการผู้นั้นข้อยกเว้นตามกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวจึงขัดกับหลักการฟังคู่กรณีโดยสิ้นเชิง ส่วนระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นก็ให้ความสำคัญกับหลักสิทธิต่อสู้เพื่อป้องกันสิทธิของตนเองเป็นอย่างมาก ซึ่งหลักการนี้เริ่มต้นจากการดำเนินการสอบสวนทางวินัยข้าราชการ โดยนำไปใช้ในรูปของหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย (general principle of law) และได้มีบทบัญญัติที่ 65 ของกฎหมายลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ.1905 บัญญัติให้โอกาสแก่ข้าราชการพลเรือนมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อกล่าวหาและรายละเอียดในการสอบสวนก่อน ที่จะวินิจฉัยสั่งการลงโทษ เช่นนี้ เมื่อคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการลงโทษ ซึ่งอาจเป็นผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคู่กรณีแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องให้ผู้ซึ่งสิทธิอาจได้รับความเสียหายจากผลของคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งมีโอกาสคัดค้านคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่า บุคลากรภาครัฐไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ พนักงานส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่มีตำแหน่งเป็นการถาวร เป็นบุคคลซึ่งได้ถูกแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่หนึ่งหน้าที่ใดในหน่วยงานทางปกครองหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งความเป็นบุคลากรภาครัฐนั้นไม่ได้เป็นขึ้นมาลอย ๆ โดยปราศจากฐานทางกฎหมายมารองรับความเป็นบุคลากรภาครัฐนั้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการ

แต่งตั้งตามบทบัญญัติกฎหมายใดก็ตาม บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิตามกฎหมายในการประกอบสัมมาอาชีพ การบัญญัติกฎกระทรวงเพื่อยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งซึ่งเป็นการสิ้นสุดลงอย่างถาวรและเด็ดขาดย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะคำสั่งทางปกครองนั้นกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีและเป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติรองรับฐานะของคู่กรณีในการดำรงบุคลากรภาครัฐแล้ว สิทธิดังกล่าวนั้นย่อมได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่าด้วยสิทธิในการประกอบอาชีพและเป็นสิทธิตามธรรมชาติ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องให้โอกาสคู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการให้สิทธิโต้แย้งดังกล่าวเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดระยะเวลาในการให้สิทธิโต้แย้งตามความเหมาะสมได้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ต่อมาปรากฏว่าศาลมีคำพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการยกเว้นหลักการรับฟังคู่กรณีตามกฎกระทรวงฉบับนี้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะเป็นการยากแก่การแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายแก่คู่กรณีให้กลับสู่สถานะเดิมได้

4.2.3 กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าการสั่งให้บุคลากรภาครัฐบางประเภทพ้นจากตำแหน่งเป็นกรณีที่อยู่นอกขอบเขตของหลักการรับฟังคู่กรณี

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในกรณีให้บุคลากรภาครัฐบางประเภทพ้นจากตำแหน่งไม่ต้องให้ผู้รับคำสั่งโต้แย้งหรือแสดงพยานหลักฐานก่อนเป็นไปในแนวทางเดียวกันว่า หากเป็นกรณีให้บุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากหัวหน้าหน่วยงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นผู้ช่วยเหลือในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยศาลเห็นว่ากฎหมายเฉพาะในการแต่งตั้งบุคคลเพื่อช่วยเหลือในการบริหารงานดังกล่าว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.542/2555 วินิจฉัยโดยสรุปว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (นายกเทศมนตรีตำบล) ได้มีคำสั่งยกเลิกคำสั่งที่แต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งรองนายกเทศมนตรี แล้วออกคำสั่งแต่งตั้งรองนายกเทศมนตรีคนใหม่แทนผู้ฟ้องคดี ขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าดำรงตำแหน่งรองนายกเทศมนตรีตำบลผักปังตามเดิม ศาลได้วินิจฉัยว่า แม้คำสั่งพิพาทจะเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของผู้ฟ้องคดี แม้มาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน แต่เมื่อได้พิเคราะห์มาตรา 48 อัฏฐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งบัญญัติให้นายกเทศมนตรีอาจแต่งตั้งรองนายกเทศมนตรีซึ่งมิใช่

สมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้ช่วยเหลือในการบริหารราชการของเทศบาลตามที่นายกเทศมนตรีมอบหมาย ...และโดยที่มาตรา 48 เตรส (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติให้อำนาจนายกเทศมนตรีแต่งตั้งและถอดถอนรองนายกเทศมนตรี แล้วเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีดุลพินิจที่จะแต่งตั้งบุคคลซึ่งมิใช่สมาชิกสภาเทศบาลที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายและที่ตนไว้วางใจเป็นรองนายกเทศมนตรีเพื่อให้เป็นผู้ช่วยเหลือในการบริหารราชการเทศบาลและสั่งให้รองนายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อตนหมดความไว้วางใจ ทั้งไม่อาจถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการลงโทษรองนายกเทศมนตรี โดยเหตุผลของเรื่องแล้วคำสั่งพิพาทจึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งรองนายกเทศมนตรีโดยมิได้รับฟังผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่กรณีก่อนที่จะออกคำสั่งดังกล่าวจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำดังกล่าวแต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.180/2558 วินิจฉัยโดยสรุปว่า คำสั่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกเทศมนตรีตำบล) ที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งรองนายกเทศมนตรีตำบลนั้น กฎหมายได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่นายกเทศมนตรีที่จะแต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่นายกเทศมนตรีเห็นว่ามีความเหมาะสมและเป็นผู้ที่นายกเทศมนตรีให้ความไว้วางใจว่าจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันได้อย่างมีประสิทธิภาพให้มาดำรงตำแหน่งรองนายกเทศมนตรีเพื่อมาช่วยเหลือในการบริหารราชการของเทศบาล และยังให้อำนาจการถอดถอนออกจากตำแหน่งอีกด้วย เนื่องจากตำแหน่งรองนายกเทศมนตรีไม่ได้มีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน และไม่ใช่ผู้ที่สภาท้องถิ่นให้ความเห็นชอบ อีกทั้งสถานภาพการดำรงอยู่ของตำแหน่งรองนายกเทศมนตรียังมีความไม่แน่นอน เพราะต้องขึ้นอยู่กับการดำรงตำแหน่งของนายกเทศมนตรี กล่าวคือ หากนายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งไม่ว่ากรณีใดๆ รองนายกเทศมนตรีก็ต้องพ้นจากตำแหน่งไปด้วยเช่นกัน ตามที่มาตรา 48 โสฬส วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติไว้ รองนายกเทศมนตรีจึงเป็นเพียงผู้ช่วยของนายกเทศมนตรี ซึ่งจะต้องทำงานตามที่นายกเทศมนตรีมอบหมายเท่านั้น อำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนรองนายกเทศมนตรีจึงเป็นอำนาจดุลพินิจโดยแท้ของนายกเทศมนตรี ดังนั้น หากนายกเทศมนตรีหมดความไว้วางใจหรือเห็นว่า มีบุคคลอื่นที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ช่วยเหลือนายกเทศมนตรีได้ดีกว่า และเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อเทศบาล แม้ผู้ดำรงตำแหน่งเดิมจะไม่มีความผิดหรือปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง นายกเทศมนตรีก็สามารถปรับเปลี่ยนได้ตามที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสม โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 48 เตรส (3) ประกอบกับมาตรา 48 อัฏฐ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งพิพาท จึงเป็นการออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เมื่อได้

วินิจฉัยแล้วว่าคำสั่งพิพาทเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้ว่าราชการจังหวัด) ที่ให้ยกอุทธรณ์ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.192/2558 วินิจฉัยโดยสรุปว่า อธิการบดีซึ่งต้องรับผิดชอบในการบริหารราชการของมหาวิทยาลัย มีอำนาจดุลพินิจที่จะแต่งตั้งบุคคลใดโดยคำแนะนำของคณบดี และที่ตนไว้วางใจ ให้เป็นรองคณบดีได้ตามมาตรา 29 ประกอบมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเพื่อช่วยงานคณบดีได้ และในทางกลับกันการสั่งให้รองคณบดีคนใดพ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากอธิการบดีและคณบดีหมดความไว้วางใจต่อรองคณบดีผู้นั้นแล้ว จึงไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการลงโทษรองคณบดีผู้นั้น อีกทั้ง การกระทำหรือพฤติการณ์ของรองคณบดีที่เป็นเหตุให้อธิการบดีและคณบดีเสื่อมหรือหมดความไว้วางใจลง ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำหรือพฤติการณ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือหลายเรื่องโดยเฉพาะเจาะจง แต่อาจจะเป็นการกระทำหรือพฤติการณ์ของรองคณบดีผู้นั้นโดยรวมก็ได้ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (อธิการบดี) โดยคำแนะนำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณบดี) ใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสามซึ่งดำรงตำแหน่งรองคณบดีพ้นจากตำแหน่งดังกล่าว จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 30 และมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักในคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งให้ผู้ช่วยเหลือผู้บริหารท้องถิ่นหรือรองคณบดีพ้นจากตำแหน่งว่า เป็นกรณีที่ไม่อยู่ในบังคับของหลักการรับฟังคู่กรณี กล่าวคือ หากผู้บริหารท้องถิ่นหรืออธิการบดีหมดความไว้วางใจในตัวผู้ช่วยเหลือที่ตนแต่งตั้งขึ้นเพื่อมาช่วยเหลือการปฏิบัติงานในอำนาจหน้าที่ของตน ผู้บริหารท้องถิ่นหรืออธิการบดีก็มีอำนาจดุลพินิจอย่างเด็ดขาดที่สามารถสั่งให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากตำแหน่งไปและแต่งตั้งบุคคลอื่นมาดำรงตำแหน่งแทน โดยก่อนที่มีคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่จำต้องให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน กรณีดังกล่าวนี้ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการชอบด้วยเหตุผลเนื่องจากผู้บริหารท้องถิ่นซึ่งเป็นตัวเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตพื้นที่ และต้องรับผิดชอบในการบริหารราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปตามกฎหมาย และนโยบายต่อสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและประชาชนที่เลือกตนเองมา การเลือกและการสั่งให้ผู้ช่วยเหลือตนพ้นจากตำแหน่งย่อมเป็นความรับผิดชอบโดยตรงของผู้แต่งตั้ง และเหตุผลที่ผู้แต่งตั้งส่วนใหญ่มีคำสั่งให้ผู้ช่วยเหลือพ้นจากตำแหน่งมักเกิดจากมีความเห็นหรือแนวคิดไม่เป็นไปในแนวทางเดียว การทำงานประสานร่วมกันจึงเป็นการยาก และผู้ช่วยเหลือก็ย่อมทราบถึงเหตุแห่งความขัดแย้งเช่นนั้นดี เช่นนี้ การให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนที่ผู้มีอำนาจจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่เป็น

สาระสำคัญในอันที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงผลของคำสั่งดังกล่าวได้ เพราะผู้มีอำนาจได้หมดความไว้วางใจในตัวคู่กรณีผู้จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นเสียแล้ว เหตุผลของเรื่องจึงเป็นดุลพินิจโดยแท้ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง และอยู่นอกขอบเขตของหลักการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยกับคำพิพากษากรณีดังกล่าว เนื่องจากผู้มีอำนาจเลือกบุคคลดังกล่าวเข้ามาช่วยเหลือในการทำงาน โดยบุคคลเหล่านั้นได้รับความไว้วางใจหรือความเชื่อถือ แต่เมื่อผู้มีอำนาจหมดความไว้วางใจการให้ออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งจึงควรเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจโดยแท้ และยังเป็นการส่งเสริมให้การทำงานมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

4.2.4 แนวทางแก้ไขปัญหา

จากการศึกษาและได้วิเคราะห์ปัญหาคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง กรณีการให้พ้นจากตำแหน่ง ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นได้มีแนวคำวินิจฉัยเป็น 3 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรก วินิจฉัยว่าการให้บุคลากรภาครัฐบางกรณีบางประเภท (ไม่ใช่ข้าราชการประจำ) พ้นจากตำแหน่งต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แนวทางที่สอง วินิจฉัยว่า การให้พ้นจากตำแหน่งไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และแนวทางที่สาม วินิจฉัยว่า การให้บุคลากรภาครัฐบางประเภทพ้นจากตำแหน่ง อยู่นอกขอบเขตของหลักการรับฟังคู่กรณี ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและอธิการบดีมีคำสั่งให้ผู้ช่วยเหลือตนออกจากตำแหน่งและแต่งตั้งบุคคลอื่นดำรงตำแหน่งดังกล่าวแทน ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การแต่งตั้งและการให้ผู้ช่วยเหลือผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรองคณบดีผู้ช่วยเหลืออธิการบดีพ้นจากตำแหน่งเป็นการอาศัยหลักความไว้วางใจระหว่างผู้แต่งตั้งกับผู้ได้รับคำสั่งแต่งตั้งโดยเหตุผลของเรื่องแล้ว เมื่อผู้แต่งตั้งต้องรับผิดชอบในผลการปฏิบัติงานของผู้ช่วยเหลือที่ตนได้แต่งตั้งมาเพื่อช่วยเหลือการปฏิบัติงานของตนได้หมดความไว้วางใจในตัวของผู้ช่วยเหลือนั้นแล้ว การจะให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนต่อเจ้าหน้าที่ ก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครองมากระทบสิทธิคู่กรณีนั้น ย่อมไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความตั้งใจหรือเจตนาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ที่ยังจะคงมีคำสั่งให้ผู้รับคำสั่งพ้นจากตำแหน่งอยู่นั่นเอง ขั้นตอนการรับฟังคู่กรณีในกรณีนี้จึงไม่ถือเป็นสาระสำคัญหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นอำนาจดุลพินิจโดยแท้ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง และอยู่นอกขอบเขตของหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้วิจัยเห็นว่า ในแนวคำวินิจฉัยกรณีที่สามนี้ไม่มีปัญหาในการปรับใช้หลักกฎหมายว่าเป็นกรณีที่เข้าหรือไม่เข้าข้อยกเว้น ตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ประกอบกับข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติ

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังเช่นกรณีตามกลุ่มคำวินิจฉัยในกลุ่มแรกและกลุ่มที่สอง ที่ตีความคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง แตกต่างกัน แม้คดีจะมีลักษณะของข้อพิพาทและคู่กรณีอย่างเดียวกันก็ตาม

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งมาตราแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิมาใช้บังคับกับคู่กรณีเสมอ ส่วนหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อยกเว้นและข้อห้ามของหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายได้บัญญัติไว้ในลักษณะจำกัดเฉพาะในบางกรณีเท่านั้น ดังนั้น ถ้อยคำที่เป็นข้อยกเว้นในข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนการให้พ้นจากตำแหน่ง ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลูกบท การตีความกฎหมายจึงต้องตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่เป็นกฎหมายแม่บท ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะทำคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ การตีความถ้อยคำในส่วนการพ้นจากตำแหน่งซึ่งยังไม่มีความชัดเจนดังกล่าวว่ามีขอบเขตของความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด จึงต้องคำนึงถึงถ้อยคำอันเป็นบริบทแวดล้อมประกอบด้วย และเมื่อพิจารณาถ้อยคำ ในข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก่อนที่จะมาถึงถ้อยคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง กล่าวคือ ถ้อยคำที่ว่า การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน การสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน ล้วนเป็นถ้อยคำในชั้นการเข้าสู่ตำแหน่ง และระหว่างอยู่ในตำแหน่งทั้งนั้น ฉะนั้น การตีความถ้อยคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง จึงต้องตีความตามความหมายอย่างแคบว่าหมายถึงเฉพาะกรณีการพ้นจากตำแหน่งหนึ่งไปดำรงตำแหน่งอื่นดังเช่นกรณีคำสั่งเกี่ยวกับการย้ายข้าราชการฝ่ายประจำเท่านั้น ไม่อาจตีความอย่างกว้างให้หมายความรวมถึง การให้พ้นจากตำแหน่งในทุกตำแหน่งและทุกประเภท ซึ่งการตีความถ้อยคำ การให้พ้นจากตำแหน่ง ว่าหมายถึง การให้พ้นจากตำแหน่งในทุกตำแหน่ง ทุกประเภท นั้น นอกจากจะเป็นการตีความกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรเคร่งครัดตายตัวแล้ว การตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวยังไม่เป็นตามหลักการตีความบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นที่ต้องตีความตามความหมายอย่างแคบ แม้ว่าการตีความตามความหมายอย่างกว้าง นัยหนึ่งเป็นการสนับสนุนให้ระบบการบริหารงานบุคลากรภาครัฐมีความคล่องตัวและทำให้การบริการสาธารณะไม่หยุดชะงักโดยการต้องรับฟังคู่กรณี แต่นัยตรงกันข้าม หากเจ้าหน้าที่ละเลยเพิกเฉยต่อการปฏิบัติตามหลักการรับฟังคู่กรณี ซึ่งเป็นสิทธิที่สำคัญที่สุดในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ก่อนจะทำคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ย่อมจะมีผล

กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของคู่กรณีผู้รับคำสั่งอย่างมิอาจหลีกเลี่ยงได้และย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นการตีความที่จำกัดสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิด้านการประกอบอาชีพ เป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจจากการตีความคำว่า “ให้พ้นจากตำแหน่ง” ว่าหมายถึงพ้นจากตำแหน่งทุกกรณี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งในกระบวนการพิจารณาทางปกครองและเป็นการตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของหลักสิทธิในเชิงป้องกัน ผู้วิจัยเห็นไปแนวทางที่จำต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งที่เป็นการพ้นจากตำแหน่งแบบถาวร และให้การสิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็ไม่ทำให้เกิดความล่าช้าหรือเป็นการสร้างภาระแก่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากหากมีการเสนอข้อพิพาทต่อศาลปกครอง ศาลปกครองตรวจสอบแล้วปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยผิดพลาดด้านเนื้อหาหรือไม่ดำเนินการตามกฎหมายเฉพาะแล้วมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง การเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนของคู่กรณีจากคำสั่งดังกล่าวย่อมไม่อาจบรรเทาความเดือดร้อนได้ แต่เมื่อศาลปกครองมีคำวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งที่ลักษณะคดีและคู่กรณีพิพาทเหมือนกัน ซึ่งปัญหาเกิดจากถ้อยคำในการบัญญัติกฎหมายที่สามารถตีความได้หลายนัย จึงเห็นควรแก้ไขกฎหมายให้มีความชัดเจน เพราะกฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน ไม่คลุมเครือ และต้องไม่สามารถตีความได้หลากหลายแนว องค์กรฝ่ายตุลาการและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะได้วินิจฉัยในแนวทางเดียวกันว่า จึงเห็นควรเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมหรือขยายถ้อยคำ การให้พ้นจากตำแหน่งในข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้มีความชัดเจนและสามารถตีความได้เพียงนัยเดียวเท่านั้นโดยกำหนดลักษณะหรือนิยามของคำว่าให้พ้นจากตำแหน่งว่ามีความหมายอย่างไร มีขอบเขตเพียงใด ดังนี้

“ให้ยกเลิกความใน (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่งซึ่งไม่ใช่การพ้นจากตำแหน่งโดยถาวร”

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า แนวทางหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายและคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งปรากฏว่า แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองมีหลากหลายแนว กล่าวคือ แนวคำวินิจฉัยที่ศาลเห็นว่าแม้คู่กรณีจะกระทำการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และแนวคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยว่า หากเป็นกรณีคู่กรณีกระทำการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำต้องให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นประเด็นปัญหาว่ากรณีเช่นนี้คู่กรณีจะมีสิทธิได้รับการโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และกรณีข้อยกเว้นคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ศาลปกครองก็มีแนวคำวินิจฉัยหลายแนวเช่นกัน กล่าวคือ แนวคำวินิจฉัยที่ศาลเห็นว่าคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเข้าข้อยกเว้นตามข้อ 1 ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และแนวคำวินิจฉัยที่ศาลเห็นว่าแม้จะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าว แต่คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิ และการตีความคำว่าให้พ้นจากตำแหน่งต้องตีความว่าเป็นการให้พ้นจากตำแหน่งหนึ่งไปตำแหนึ่งหนึ่งเท่านั้น ซึ่งเมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบผลกระทบและปัญหาทางกฎหมายของแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวแล้ว ทำให้ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับแนวทางในการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

5.1.1 ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย

เมื่อทำการศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด พบว่า ศาลปกครองวินิจฉัยคำว่า “คำสั่งที่อาจกระทบสิทธิ” ตามที่บัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แตกต่างกัน ส่งผลให้คำวินิจฉัยว่าคู่กรณีจะมีสิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันไปด้วย โดยเห็นว่าบทบัญญัติการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้มีเจตนารมณ์ในการใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองทุกประเภท เฉพาะแต่คำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิ

ของคู่กรณีที่เป็นการสร้างภาระเท่านั้นที่อยู่ในบังคับจะต้องให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง โดยในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิที่เป็นการสร้างภาระ มีหลักเกณฑ์ว่าเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีไว้หรือไม่ หรือมีการรับรองสิทธิจากเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ และหากเป็นกรณีที่การออกคำสั่งทางปกครองจะทำให้สิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาตดังกล่าวของคู่กรณีอาจได้รับความกระทบกระเทือนในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระซึ่งมีผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้าย เป็นการก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง หรือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจะต้องให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แต่หากเป็นกรณีที่คู่กรณีนั้นไม่ได้มีสิทธิตามกฎหมายหรือตามที่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เช่น เป็นกรณีที่การกระทำของคู่กรณีที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัย เช่นนี้แล้วเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งก็สามารถพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้โดยไม่ต้องให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

5.1.2 ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

จากการศึกษาปัญหาคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง กรณีการให้พ้นจากตำแหน่งจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นได้มีแนวคำวินิจฉัยเป็น 3 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรก วินิจฉัยว่าการให้บุคลากรภาครัฐบางกรณีบางประเภท (ไม่ใช่ข้าราชการประจำ) พ้นจากตำแหน่งต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แนวทางที่สอง วินิจฉัยว่า การให้พ้นจากตำแหน่งไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และแนวทางที่สาม วินิจฉัยว่า การให้บุคลากรภาครัฐบางประเภทพ้นจากตำแหน่งอยู่นอกขอบเขตของหลักการรับฟังคู่กรณี ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและอธิการบดีมีคำสั่งให้ผู้ช่วยเหลือตนออกจากตำแหน่งและแต่งตั้งบุคคลอื่นดำรงตำแหน่งดังกล่าวแทน ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การแต่งตั้งและการให้ผู้ช่วยเหลือผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรืออธิการบดีพ้นจากตำแหน่งเป็นการอาศัยหลักความไว้วางใจระหว่างผู้แต่งตั้งกับผู้ได้รับคำสั่งแต่งตั้ง โดยเหตุผลของเรื่องแล้ว เมื่อผู้แต่งตั้งต้องรับผิดชอบในผลการปฏิบัติงานของผู้ช่วยเหลือซึ่งตนได้แต่งตั้งมาเพื่อช่วยเหลือการปฏิบัติงานของตนได้หมดความไว้วางใจในตัวของผู้ช่วยเหลือนั้นแล้วการจะให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนต่อเจ้าหน้าที่ ก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครอง

มากระทบสิทธิคู่กรณีนั้น ย่อมไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความตั้งใจหรือเจตนาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจที่ยังจะคงมีคำสั่งให้ผู้รับคำสั่งพ้นจากตำแหน่งอยู่นั่นเอง ขั้นตอนการรับฟังคู่กรณีในกรณีนี้จึงไม่ถือเป็นสาระสำคัญหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นอำนาจดุลพินิจโดยแท้ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งและอยู่นอกขอบเขตของหลักการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในแนวคำวินิจฉัยกรณีที่สามไม่มีปัญหาในการปรับใช้หลักกฎหมายว่าเป็นกรณีที่เข้าหรือไม่เข้าข้อยกเว้น ตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ประกอบกับข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังเช่นกรณีตามกลุ่มคำวินิจฉัยในกลุ่มแรกและกลุ่มที่สองที่ตีความคำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” แตกต่างกัน แม้คดีจะมีลักษณะของข้อพิพาทและคู่กรณีอย่างเดียวกันก็ตาม

โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งมาตราแล้ว เห็นว่า หลักการให้สิทธิโต้แย้งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบสิทธิมาใช้บังคับกับคู่กรณีเสมอ ส่วนหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อยกเว้นและข้อห้ามของหลักการรับฟังคู่กรณี กฎหมายได้บัญญัติไว้ในลักษณะจำกัดเฉพาะในบางกรณีเท่านั้น ดังนั้น การตีความถ้อยคำที่เป็นข้อยกเว้นในข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนการให้พ้นจากตำแหน่ง ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลูกบทจึงต้องตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท โดยมีเจตนารมณ์เพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะทำคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ การตีความถ้อยคำในส่วนการพ้นจากตำแหน่งซึ่งยังไม่มีความชัดเจนดังกล่าวว่า มีขอบเขตของความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด จึงต้องคำนึงถึงถ้อยคำอันเป็นบริบทแวดล้อมประกอบด้วย และเมื่อพิจารณาถ้อยคำในข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก่อนที่จะมาถึงถ้อยคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง กล่าวคือ ถ้อยคำที่ว่า การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน การสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน ล้วนเป็นถ้อยคำในชั้นการเข้าสู่ตำแหน่งและระหว่างอยู่ในตำแหน่งทั้งนั้น ฉะนั้น การตีความถ้อยคำว่า การให้พ้นจากตำแหน่ง จึงต้องตีความตามความหมายอย่างแคบว่า หมายถึงเฉพาะกรณีการพ้นจากตำแหน่งหนึ่งไปดำรงตำแหน่งอื่นดังเช่นกรณีคำสั่งเกี่ยวกับการย้ายข้าราชการฝ่ายประจำเท่านั้น ไม่อาจตีความอย่างกว้างให้หมายความรวมถึงการให้พ้นจากตำแหน่งในทุกตำแหน่งและทุกประเภท ซึ่งการตีความถ้อยคำการให้พ้นจากตำแหน่งว่าหมายถึงการให้พ้นจากตำแหน่งในทุกตำแหน่งทุกประเภท นอกจากจะเป็นการตีความกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรเคร่งครัดตายตัวแล้ว การตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าว

ยังไม่เป็นตามหลักการตีความบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นที่ต้องตีความตามความหมายอย่างแคบ แม้ว่าการตีความตามความหมายอย่างกว้าง นัยหนึ่งเป็นการสนับสนุนให้ระบบการบริหารงานบุคลากรภาครัฐมีความคล่องตัวและทำให้การบริการสาธารณะไม่หยุดชะงักโดยการต้องรับฟังคู่กรณี แต่นัยตรงกันข้าม หากเจ้าหน้าที่ละเลยเพิกเฉยต่อการปฏิบัติตามหลักการรับฟังคู่กรณี ซึ่งเป็นสิทธิที่สำคัญที่สุดในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ก่อนจะทำคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ย่อมจะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของคู่กรณีผู้รับคำสั่งอย่างมิอาจหลีกเลี่ยงได้และย่อมไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นการตีความที่จำกัดสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิในด้านการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจที่กฎหมายรับรองอันจากการตีความคำว่า “ให้พ้นจากตำแหน่ง” ว่าหมายถึงพ้นจากตำแหน่งทุกกรณี ทั้งนี้ จึงไม่เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งในกระบวนการพิจารณาทางปกครองและเป็นการตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของหลักสิทธิในเชิงป้องกัน

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ทำให้ทราบถึงผลกระทบและปัญหาทางกฎหมาย ในแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองทั้ง 2 กรณี เมื่อนำหลักการประสานดุลยภาพระหว่างการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งความเป็นมาและเจตนารมณ์ของหลักการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พิจารณาประกอบกัน สามารถกำหนดเป็นข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่เหมาะสมในการพิจารณาให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนี้

5.2.1 ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคู่กรณีกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย

ปัญหาเรื่องการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองแก่คู่กรณีหรือไม่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นผู้ใช้ดุลพินิจว่าการกระทำของคู่กรณีเป็นการกระทำที่มีสิทธิตามกฎหมายหรือไม่ หากเป็นกรณีที่การออกคำสั่งทางปกครองจะทำให้สิทธิที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากการได้รับอนุญาตดังกล่าวของคู่กรณีอาจได้รับความกระทบกระเทือนในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระ ซึ่งมีผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้าย เป็นการก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถือเป็น

คำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจะต้องให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ดังกล่าว แต่หากเป็นกรณีที่คู่กรณีไม่ได้มีสิทธิตามกฎหมายหรือตามที่ได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เป็นกรณีที่การกระทำของคู่กรณีที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยปราศจากข้อสงสัย เป็นความผิดที่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจน เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งสามารถพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้โดยไม่ต้องให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง หากเป็นกรณีที่ยังมีข้อสงสัยหรือข้อเท็จจริงยังไม่ชัดแจ้งว่าการกระทำของคู่กรณีที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายหรือไม่ และไม่เป็นการยากที่จะแจ้งให้คู่กรณีรับทราบข้อเท็จจริงและให้โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งก็ควรจะต้องให้สิทธิโต้แย้งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อมีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครอง ศาลปกครองก็มีแนวคำวินิจฉัยออกเป็น 2 แนว ดังนั้น เพื่อขจัดปัญหาเกี่ยวกับการตีความตัวบทกฎหมาย จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นบทยกเว้นหลักการให้สิทธิโต้แย้ง แต่เป็นข้อยกเว้นไม่เด็ดขาด เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองได้ โดยเพิ่มเติมข้อความ ดังนี้

“ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1)....

(7) เมื่อเห็นโดยประจักษ์ว่าการกระทำของคู่กรณีนั้นเองเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง”

5.2.2 ปัญหาการให้สิทธิโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครองกรณีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

การที่ศาลปกครองมีคำวินิจฉัยเรื่องการให้พ้นจากตำแหน่งไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งที่ลักษณะคดีและคู่กรณีพิพาทเหมือนกัน ซึ่งปัญหาดังกล่าวเกิดจากถ้อยคำในการบัญญัติกฎหมายที่สามารถตีความได้หลายนัย ดังนั้น เพื่อยุติปัญหาด้านการตีความกฎหมายของศาลปกครองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กรณีการให้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าว จึงเห็นควรเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมหรือขยายถ้อยคำ การให้พ้นจากตำแหน่ง ในข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้มีความชัดเจน โดยกำหนดลักษณะหรือนิยามของคำว่าให้พ้นจากตำแหน่งว่ามีขอบเขตเพียงใด ดังนี้

ให้ยกเลิกความใน (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่งซึ่งไม่ใช่การพ้นจากตำแหน่งโดยถาวร

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. สาระสำคัญและหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2539.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

กองพัฒนาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่กองพัฒนาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิคอนราด อาคเนาว์ ประเทศเยอรมัน, ม.ป.ป.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.

คณะกรรมการกฤษฎีกา. “บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องปัญหาเกี่ยวกับการสร้างสิ่งล่วงล้ำลำน้ำ.” (พฤศจิกายน 2538)

จันจิรา เอี่ยมมยุรา. “กระบวนการต่อสู้โต้แย้ง ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.” รวมบทความวิชาการในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, (2543).

ชอง-ปีแอร์ เตรง. “หลักกฎหมายทั่วไป : การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. เล่ม6. ปีที่ 1. น.56(2549)

ชัยยุทธนา วงศ์วานิช. “หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : จิรรัชการพิมพ์, 2540.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.

ณรงค์เดช สรุโฆษิต. การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร : วิญญชน, 2553.

เทอดพงศ์ คงจันทร์. “หลักการให้โอกาสคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญชน, 2555.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538.

บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2544.

บุปผา อัครพิมาน. “รวมบทความกฎหมายมหาชน.” จาก www.pub-law.net. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

ประสาท พงษ์สุวรรณ์. “เหตุผลในการพิพากษาคดีปกครองประเภทต่าง ๆ เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15. 25.”, ม.ป.ป.

ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. “การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2525.

ปัญญา อุดชาชน. “สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. เล่ม 16. ปีที่ 46. (2557) : 19.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.

พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 4.ปีที่ 2. (2528) : 273.

ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ. สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันพระปกเกล้า, 2547.

ยงยุทธ อนุกูล และสุภาวดี ชัยโยธา. “คำพิพากษาต่างประเทศ.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. เล่ม 7. ปีที่ 3. (2550) : 120-121.

รังสิกร อุปพงศ์. รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2541.

“รายงานวิชาการประกอบการสอนวิชาปรัชญาและหลักกฎหมายมหาชน LA 703 ของมหาวิทยาลัยรามคำแหง.” จาก http://www.bpp.go.th/bpp_sst6/revolve/lawyer%2022_3.../command%20court%201.doc.

ฤทัย หงส์สิริ. คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครองภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : นิติราษฎร์, 2554.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ชุดการเรียนด้วยตนเอง หลักสูตรการเรียนรู้กฎหมายมหาชนด้วยตนเอง หมวดที่ 2 การกระทำทางปกครอง ชุดวิชาที่ 2 คำสั่งทางปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ, 2548.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. เล่ม 6. ปีที่ 1. 67(2549).

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. คำบรรยายวิชาการกระทำทางปกครอง (ถอดเทปคำบรรยาย) โครงการประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน รุ่น 4, ม.ป.ท. : ม.ป.พ., ม.ป.ป.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา, 2557.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม. รายงานวิจัย ครั้งที่1. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2540.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง.”
เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15. ม.ป.ป.
วรวุฒิ ทวาทศิน. คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง.
กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547.
วันชัย โฆษิตมาศ. “หลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบ
ระบบกฎหมายเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2503.
วิษณุ เครืองาม. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ใน รวมบทความสู่สิทธิมนุษยชน.
กรุงเทพมหานคร :โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
วีระ โลจายะ. กฎหมายสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525.
วีระ แม่นสำรวจการ. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับ พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง :
ศึกษากรณีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.
สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554.
สรญา โสภาเจริญวงศ์. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2554.
สิริชัย สุธีวีระขจร. “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหามหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.
สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (รายงานการวิจัย).
กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.
สุรีย์ เผ่าสุขถาวร. “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง.”
วารสารวิชาการศาลปกครอง. เล่ม 1.ปีที่ 3.(2544) : 67.
หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 16.
กรุงเทพมหานคร : ประกายพรึก, 2548.
อรรถพล ลี้กระจ่าง. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้
ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับ
ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558.
อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ. “คำอธิบายในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง ปัญหาการจัดตั้ง
ศาลปกครองในไทย.” วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 11. ปีที่ 1. (2524) : 93.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. (พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. ชุดวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ม.ป.ป.

ภาษาต่างประเทศ

Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) in Germany.

Goodhart, A.L. Law of the Land. Charlottesville : The University Press of Virginia.

Ridge v. Ealdwin.1964. AC 40, 1966.

Singh, Mahenda P. German. Administrative Law in Common Law Perspective. 2nd ed. Berlin Heidelberg New York : Springer, 2001

Starck, Christian. Main Principles of the German Basic Law. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1983.

Wade, H. W. R. “Administrative Law. 5th ed.” Oxford : Clarendon Press, 1982.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล	วันวิสาข์ ผาสุข
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2542 บริหารธุรกิจบัณฑิต ศูนย์กลางสถาบันเทคโนโลยีราชมงคล พ.ศ. 2549 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน	พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักงานศาลปกครองนครศรีธรรมราช

DPU