



1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยเป็นรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยและเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย การปกครองประเทศจึงจำเป็นต้องยึดหลัก “นิติรัฐ” (Legal state, Etat de droit, Rechtsstaat) ซึ่งหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท ทั้งการกระทำทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ รวมถึงการกระทำขององค์กรอื่นๆ ที่ก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้การปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลงการกระทำ หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้นๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้¹

ในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองนั้นเนื่องจากฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ การกระทำทางปกครองจึงมีขอบเขตกว้างขวางและหลากหลาย เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การจัดการสิ่งกีดขวางทางจราจร การรื้อถอนอาคาร การที่ตำรวจยิงปืน การสร้างสิ่งปลูกสร้าง ฯลฯ จึงอาจให้ความหมายของการกระทำทางปกครองได้ว่าเป็นการกระทำทุกอย่างของรัฐโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจแยกประเภทอย่างกว้างๆ โดยพิจารณาจากความเคลื่อนไหวในสิทธิของประชาชนเป็นหลักได้สองประการคือ การกระทำในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิของเอกชน เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (Juristic Act) และการกระทำที่เป็นการปฏิบัติการทั่วไปขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีได้ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหรือหน้าที่ของเอกชนแต่ประการใด เว้นแต่การปฏิบัติการนั้นจะเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย หรือไปกระทบสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของเอกชน เรียกการกระทำดังกล่าวนี้ว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (Real Act)² ในทางปฏิบัตินั้น การปฏิบัติการทางปกครองมีบทบาทมาก แต่ในทางกฎหมาย ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดาไม่มีบทบาทในทางกฎหมายมากเท่าใดนัก ต่างกับนิติกรรมทางปกครองซึ่งถือว่าเป็นสถาบันทางกฎหมายที่กำหนด

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพ : นิติธรรม, 2538), หน้า 280.

² สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 17 (กันยายน 2530), หน้า 61.

ขึ้นเพื่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชน และให้หลักประกันทางศาลแก่ประชาชน เมื่อมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการอันก่อให้เกิดการกระทบกระทั่งสิทธิของประชาชนภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง³ ประเภทของการกระทำของฝ่ายปกครองมีดังนี้

1) การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการทางปกครอง

การปฏิบัติการทางปกครองนั้นมิได้มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายดังเช่นนิติกรรมทางปกครอง หรือการกระทำที่มีผลทางกฎหมายประการอื่น ตัวอย่างของการปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การอธิบายหรือสื่อความหมาย การเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร การเตือน การรายงาน การให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ การปฏิบัติการตามหน้าที่ของฝ่ายปกครองตามปกติ การชำระเงิน การเดินทางโดยรถยนต์ของทางราชการ การทำความสะอาดถนน การก่อสร้างอาคารของฝ่ายปกครอง⁴ แม้ว่าการปฏิบัติการทางปกครองจะมีได้มุ่งก่อผลทางกฎหมายก็ตาม แต่การกระทำนั้นก็ต้องยึดหลักความชอบด้วยกฎหมาย และต้องกระทำให้อุบัติและไม่ขัดต่อกฎหมาย มิเช่นนั้นอาจเกิดความรับผิดในทางละเมิดทางปกครองได้ หลักการกระทำโดยมีเหตุอันสมควร (reasonableness or proportionality) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปนั้น มีความสำคัญอย่างมากกับการปฏิบัติการทางปกครอง ผลของการปฏิบัติการทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายมิได้นำไปสู่การฟ้องเพิกถอนการกระทำ แต่จะเป็นการฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระงับการกระทำ และให้ผู้เสียหายคืนสู่ฐานะเดิมโดยได้รับชดใช้ความเสียหาย⁵

2) การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองถือว่ามีบทบาทสำคัญมากในทางกฎหมาย เพราะการกระทำในลักษณะนี้จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิของเอกชน การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองนี้เรียกกันในทางตำราว่า “นิติกรรมทางปกครอง”⁶

³ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 120.

⁴ Sing Mahendra P., *German Administrative Law In Common Law Perspective*, (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985), p. 57.

⁵ *Ibid.*, p.58.

⁶ ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 308; ฤทัย หงส์สิริ, “นิติกรรมทางปกครอง,” *คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2540), หน้า 225-332; วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพฯ : ธรรมสาร, 2538), หน้า 25 ; จำปี ไสตถิพันธุ์ “ความเป็นโมฆะ ความเป็นโมฆียะของนิติกรรมทางปกครองตาม

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้นิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า

“(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ลักษณะของการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง อาจแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นการสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ตัวอย่างเช่น การออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโรงงานตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีคำสั่งให้เจ้าของอาคารระงับการก่อสร้างอาคารที่ยังไม่ได้รับใบอนุญาต หรือให้รื้อถอนอาคารดังกล่าวเนื่องจากไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

(2) คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง⁷ ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองมิได้มีความหมายเฉพาะเจ้าหน้าที่ในองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่มีความหมายถึงเจ้าหน้าที่ในองค์กรที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองด้วย เช่น การที่องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพมีอำนาจออกใบอนุญาตให้กับผู้ประกอบการวิชาชีพนั้นๆ เช่น คณะกรรมการควบคุมประกอบวิชาชีพบัญชี มีอำนาจออกใบอนุญาตเป็นผู้สอบบัญชี ตามพระราชบัญญัติผู้สอบบัญชี พ.ศ. 2505 หรือคณะกรรมการเภสัชกรรมมีอำนาจออกใบอนุญาตเป็น

ระบบกฎหมายอิตาลี,” อาจารย์ยิบูซา หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538) ; ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 9 ตอน 1 เมษายน 2533 , หน้า 158 - 214.

⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 5 ได้นิยามความหมายของเจ้าหน้าที่ไว้หมายความว่า “บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอย่างอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม”

ผู้ประกอบวิชาชีพเภสัชกรรม ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 สภานายความมีอำนาจออกใบอนุญาตการเป็นทนายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

(3) คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่เป็นการทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปและนามธรรมมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะและเป็นรูปธรรม ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าพนักงานออกใบอนุญาตยอมนก่อก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้รับใบอนุญาต การที่เจ้าหน้าที่เพิกถอนใบอนุญาตยอมนก่อก่อให้เกิดสิทธิที่ประชาชนได้รับไปแล้วต้องระวังไป การที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งต่อประชาชนยอมนก่อก่อให้เกิดสิทธิที่ประชาชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง เป็นต้น

(4) คำสั่งปกครองต้องมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครอง กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครอง หากแม้เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ แต่เป็นการกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายอื่น เช่นกฎหมายเอกชน ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซื้ออุปกรณ์สำนักงานเพื่อใช้ในหน่วยงานของตน การซื้อดังกล่าวนี้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชน คือกฎหมายแพ่ง จึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง การพิจารณาองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้จึงเป็นการพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำเป็นสำคัญ

(5) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกองค์ประกอบข้อนี้แสดงให้เห็นว่า คำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน รัฐจึงสามารถก้าวล่วงเข้าไปกำหนดสิทธิหน้าที่ของเอกชนได้ ดังนั้น หากเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองที่ยังไม่มีผลโดยตรงออกสู่ภายนอกก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น หนังสือเวียน คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แนวทางการใช้ดุลพินิจ

(6) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง องค์ประกอบข้อนี้ได้มาจากการพิจารณานियามของ “คำสั่งทางปกครอง” กับ “กฎ” ที่ว่าคำสั่งทางปกครองไม่รวมกฎ โดย มาตรา 5 ได้นิยาม “กฎ” ว่า หมายถึง “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบังคับ ท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” กรณีเฉพาะเรื่องอาจพิจารณาได้สองประการคือ **ประการแรก** การระบุตัวบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องไว้ โดยรวมถึงระบุกลุ่มบุคคลที่เจาะจงตัวได้ด้วย เช่นการออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยระบุชื่อเจาะจงไว้ในใบอนุญาต **ประการที่สอง** คำสั่งทั่วไปทางปกครอง หากพิจารณานियามในมาตรา 5 จะเห็นได้ว่า

คำสั่งทางปกครองไม่หมายความรวมถึงกฎ และจากนิยามของกฎ จะเห็นได้ว่ากรณีที่เป็นคำสั่งที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดโดยเฉพาะย่อมไม่ใช่กฎ เพราะลักษณะของกฎเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ดังนั้นกรณีคำสั่งทั่วไปทางปกครองแม้ไม่อาจจะระบุตัวบุคคลที่แน่นอนได้ แต่ก็เป็นการเฉพาะเรื่องจึงต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งของนายอำเภอที่สั่งห้ามมิให้ผู้ใดเข้าทำนาหรือทำประโยชน์ใด รุกกล้าเข้าไปในเขตบึง ซึ่งเป็นสาธารณะประโยชน์และหวงห้ามรักษาพืชพันธุ์สัตว์น้ำ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 122 คำสั่งของนายอำเภอมิได้ระบุบุคคลผู้รับคำสั่ง แต่ได้ระบุเป็นกรณีเฉพาะ คือ เขตที่ห้ามเข้า คำสั่งเช่นนี้ก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือกรณีที่นายอำเภอออกประกาศห้ามรถยนต์วิ่งรับส่งผู้โดยสารในเส้นทางที่กำลังก่อสร้าง เพื่อป้องกันอันตรายแก่ผู้โดยสารและอำนวยความสะดวกในการก่อสร้างให้เสร็จโดยเร็ว โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 118 และ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2495 มาตรา 40 วรรคสาม

3) การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้นฝ่ายปกครองมีรูปแบบการดำเนินการหลายรูปแบบ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการสร้างนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน ฝ่ายปกครองมักจะใช้อำนาจฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎเพื่อใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป หรือการออกคำสั่งทางปกครองกำหนดมาตรการเฉพาะรายใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อย่างไรก็ตาม นอกจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการก่อนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชนแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการทางสัญญา เพื่อก่อนิติสัมพันธ์ขึ้นก็ได้ หากฝ่ายปกครองเห็นว่าวิธีการทางสัญญาสะดวกเหมาะสม และเป็นประโยชน์มากกว่า ทั้งนี้เพราะ ฝ่ายปกครองมิได้ถูกจำกัดว่าจะต้องดำเนินกิจกรรมภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชนเท่านั้น ฝ่ายปกครองอาจดำเนินกิจกรรมภายในขอบเขตของกฎหมายเอกชนก็ได้ ดังนั้น นิติสัมพันธ์ทางสัญญา อาจเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) หรือ สัญญาในระบบกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่ง) ก็ได้⁸

ในการพิจารณารูปแบบการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญา จึงต้องพิจารณาว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะ

⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2 ปีที่ 29 (มิถุนายน 2542), หน้า 262-263.

จะมีผลต่อการใช้กฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ ในแง่กฎหมายสารบัญญัติ การทำสัญญาทางปกครองจะตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครอง เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง นอกจากนี้ฝ่ายปกครองยังได้รับสิทธิบางประการที่ไม่มีในกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนการเข้าทำสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองจะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง คือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งคู่สัญญามีสิทธิเท่าเทียมกัน ฝ่ายปกครองจึงไม่มีสิทธิพิเศษในการทำสัญญา ส่วนในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยเฉพาะในการฟ้องคดีข้อพิพาทตามสัญญานั้น ข้อพิพาทตามสัญญาทางแพ่งต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม แต่ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการตีความสัญญา การแก้ไขปรับปรุง และเลิกสัญญา หรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาทางปกครองจะต้องฟ้องต่อศาลปกครอง⁹

4) การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ

รูปแบบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ล้าคัญอีกประการหนึ่งคือ การออกกฎ¹⁰ ในทางตำราเรียกรูปแบบของการกระทำประเภทนี้ว่า การตรากฎหมายลำดับรอง หรืออนุบัญญัติ¹¹ โดยการที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือโดยมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และประเภทของกฎที่จะให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎนั้นๆ มาบังคับใช้ในรายละเอียดของการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการออกกฎหรือการตรากฎหมายลำดับรองนั้น ฝ่ายบริหารจะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทและกำหนดเนื้อหาสาระภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทมอบหมาย โดยจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ ดังนั้นค่าบังคับของกฎหมายลำดับรองจึงอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ากฎหมายแม่บท และค่าบังคับในระหว่างกฎหมายลำดับรองประเภทต่างๆ นั้นอาจจัดลำดับสูงต่ำตามองค์การที่ตรากฎหมายลำดับรองนั้นๆ ประกอบกับกระบวนการตรากฎหมายลำดับรองนั้นๆ กฎหมายลำดับรองที่ตราโดยฝ่ายบริหารราชการส่วนกลางย่อมมีค่าบังคับสูงกว่าที่ตราโดยราชการส่วนท้องถิ่น¹² ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ หรือการ

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 263.

¹⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้นิยามของคำว่า “กฎ” ไว้ว่า หมายถึง “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบังคับท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

¹¹ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์วิเศษสรรรภ, 2542) หน้า 50.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

ควบคุมตรวจสอบกฎหมายลำดับรองโดยอำนาจตุลาการ เรียกร้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ได้บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และถ้าศาลปกครองเห็นว่ากฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองนั้นมิชอบด้วยกฎหมายศาลก็มีอำนาจที่จะพิพากษาเพิกถอนกฎได้ (มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1))

การกระทำทางปกครองทุกประเภทที่กล่าวข้างต้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐและหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพหลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องกระทำภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด¹³ หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดต่อหลักดังกล่าวย่อมเป็นเหตุให้เอกชนผู้ได้รับผลกระทบหรือความเสียหาย มีสิทธินำเหตุแห่งการกระทำนั้นมาฟ้องร้องยังศาลได้ โดยให้ศาลควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 62 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐ ที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

คดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองหรือคดีปกครอง ส่วนใหญ่คู่ความฝ่ายหนึ่งจะเป็นเอกชนผู้ถูกระทบกระทั่งสิทธิจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเมิดหลักนิติรัฐ หรือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือจะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ถูกต้องก็ตาม เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีปกครองเกิดขึ้น ประชาชนมีสิทธินำคดีดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาล สำหรับประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม รวมทั้งในประเทศไทยซึ่งได้จัดตั้งศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมแล้ว ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองก็ต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองอย่างไรก็ตาม คดีปกครองบางประเภทอาจอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม¹⁴

¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*, หน้า 24-25.

¹⁴ คุบตบัญญัติในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดเขตอำนาจศาลปกครอง และข้อยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองไว้

เมื่อศาลได้พิพากษาและคำพิพากษานั้นยอมมีผลบังคับกับคู่ความในคดีให้ต้องปฏิบัติตาม ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ชนะคดี และกำหนดหน้าที่หรือภาระในการปฏิบัติตามคำพิพากษาแก่เอกชน กรณีนี้เป็นเรื่องยากที่เอกชนจะต่อต้านการปฏิบัติตามคำพิพากษา ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะบังคับกับเอกชนได้¹⁵ ในทางตรงข้ามหากฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองเป็นผู้ชนะคดี เอกชนไม่มีอำนาจใดไปบังคับกับฝ่ายปกครองเพื่อให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำพิพากษาที่เป็นผลเสียกับฝ่ายปกครอง แต่ในทางทฤษฎีสถานะของหลักนิติรัฐโดยแท้แล้วก็คือ การยอมรับต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ถ้าฝ่ายปกครองถูกลงโทษโดยคำพิพากษาของศาล ฝ่ายปกครองจะต้องยอมรับและปฏิบัติตามคำพิพากษาโดยสุจริต ถ้าฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษาจะกลายเป็นแค่กระดาษเท่านั้น ซึ่งในทางทฤษฎีอำนาจมหาชน (les pouvoirs publics) เป็นเรื่องที่ยอมรับไม่ได้ ทั้งนี้เพราะหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ (les fondements de l'Etat de droit) ถือว่าตามภาระกิจของรัฐนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องประพฤติตนเป็นตัวอย่างในการยืนยันหลักความชอบด้วยกฎหมาย การที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาเป็นการตัดทอนการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลไม่ให้เกิดขึ้นอย่างแท้จริงเป็นจริง จึงอาจกล่าวได้ว่าจะไม่มีคำพิพากษาเลยถ้าไม่มีการบังคับตามคำพิพากษา¹⁶

วิธีการบังคับคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองของประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้ (มาตรา 72 วรรคสี่)

กรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาและกำหนดคำบังคับโดยสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือ ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา การบังคับคดีให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา 72 วรรคห้า)

¹⁵ โดยใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนที่ 8 การบังคับทางปกครอง

¹⁶ Oliver Dugrip, "Exécution des décisions de la juridiction administrative," *Répertoire de contentieux administratif* Tome 1, (Paris : Dalloz, 1991), p.2 – 3.

การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดี มาใช้กับคดีปกครองนั้นย่อมเกิดปัญหาในการบังคับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่แพ้คดี และปรากฏว่าฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา มาตรการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่อาจนำมาใช้ได้อย่างสัมฤทธิ์ผล เพราะ

ประการแรก ในกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาและกำหนดค่าบังคับให้ฝ่ายปกครองชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินแก่บุคคลใด และฝ่ายปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษา ศาลมีอาจใช้วิธีการบังคับคดีกับทรัพย์สินของฝ่ายปกครองโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินเพื่อนำมาขายทอดตลาด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเหมือนเช่นกรณีบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นเอกชนได้ เพราะทรัพย์สินของฝ่ายปกครองไม่อยู่ในความรับผิดชอบการบังคับคดี¹⁷

ประการที่สอง ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาและกำหนดค่าบังคับ โดยสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ และฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ศาลจะมีอำนาจบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงใด เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายของตนอยู่ และโดยระบบการปกครอง ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินงานทางปกครองภายใต้การตรวจสอบทางนโยบายโดยฝ่ายการเมืองและรัฐสภา และภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาล ศาลจึงจะสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามที่ศาลเห็นว่าเหมาะสมไม่ได้ (เว้นแต่เร่งรัดให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น)¹⁸ ถ้าศาลปกครองสามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการอะไรได้ทุกเรื่อง ก็ไม่ต่างอะไรกับการที่ศาลกลายเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง¹⁹ ศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีปกครองในขณะที่ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง ก็ได้ยึดถือหลักการดังกล่าวนี้เช่นกัน โดยวางหลักว่าศาลไม่มีอำนาจสั่งบังคับให้

¹⁷ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 บัญญัติว่า “ท่านห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่” ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 285 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ ย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี (4) ทรัพย์สินอย่างใดที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย หรือตามกฎหมายยอมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี...”

¹⁸ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 15 ตอน 2 (สิงหาคม 2539), หน้า 45.

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ข้อพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย,” กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2537), หน้า 288.

เจ้าพนักงานท้องถิ่น (ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง) ลงนามในใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เพราะเป็นอำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นโดยเฉพาะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5399/2539)

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้จะมีมาตรการใดในการบังคับคดีที่จะนำมาใช้ในคดีปกครองที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้แพ้คดี และฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้คำพิพากษาศาลปกครองมีผลบังคับได้จริงสมดังเจตนารมณ์ของหลักนิติรัฐ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงคดีปกครองและการฟ้องคดีปกครองต่อองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองในประเทศไทย ทั้งก่อนและหลังการจัดตั้งศาลปกครอง
2. เพื่อศึกษาถึงวิธีการบังคับคดีปกครองในประเทศไทยในขณะที่ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง
3. เพื่อศึกษาวิธีการในการบังคับคดีปกครองของประเทศที่ใช้ระบบศาลปกครอง
4. เพื่อศึกษาถึงวิธีการบังคับคดีปกครองและปัญหาในการบังคับคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองของประเทศไทย
5. เพื่อหามาตรการในการบังคับคดีปกครองที่เหมาะสมกับประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะการบังคับคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงการบังคับคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมหรือศาลชั้นฎีกาพิเศษในระบบศาลยุติธรรม

1.4 สมมติฐานของวิทยานิพนธ์

คดีปกครองที่ต้องมีการบังคับคดีนั้นจะต้องมีมาตรการบังคับคดีที่สอดคล้องกับคดีแต่ละประเภท ไม่อาจนำวิธีการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีเจตนารมณ์จะใช้บังคับกับคดีระหว่างเอกชนมาใช้กับการบังคับคดีปกครองได้ การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมทำให้เกิดปัญหาในการบังคับคดี จึงควรปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการบังคับคดีปกครองที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้เหมาะสมกับคดีปกครองแต่ละประเภท

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษาจะใช้วิธีการค้นคว้าวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) และสัมภาษณ์ผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับการบังคับคดีปกครอง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

คาดว่าจะผลของการศึกษาจะใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองต่อไป