

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ตามทฤษฎีกฎหมายปกครอง องค์การฝ่ายบริหาร (Executive Organ) แบ่งออกได้เป็น รัฐบาล (Government) และองค์การฝ่ายปกครอง (Administrative)

รัฐบาล (Government) การมีรัฐบาลโดยทั่วไปก็เพื่อการคงอยู่ของรัฐ เพื่อการจัดระเบียบภายในรัฐและเพื่อประโยชน์สุขของส่วนรวมของรัฐและประชาชน การมีรัฐบาลก็เพื่อเป็นจักรกลหรือสิ่งประดิษฐ์ของรัฐที่จะขาดเสียไม่ได้ เพราะรัฐบาลเป็นองค์กรหรือสถาบันการเมืองที่มีความสำคัญที่รัฐจะใช้ดำเนินการตามเจตนารมณ์ของรัฐและของประชาชน การที่รัฐจะเป็นองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐที่ทำหน้าที่ต่างๆ ได้ รัฐบาลจะต้องได้รับมอบอำนาจอย่างเพียงพอต่อการที่จะทำหน้าที่ของตน และสามารถใช้อำนาจของตนภายในขอบเขตอำนาจที่ได้มีการกำหนดไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐบาลจะต้องมีอำนาจบังคับมีสิทธิที่จะใช้กำลังเพื่อบังคับให้มีการเชื่อฟังปฏิบัติตาม

เมื่อรัฐบาลจะต้องมีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว ในการพิจารณาถึงความหมายนักรัฐศาสตร์มักเสนอหรือพิจารณาความหมายของ “รัฐบาล” ว่าหมายถึงกลุ่มบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจ เพื่อดำเนินการปกครองประเทศ (โดยการยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติ) ซึ่งทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งประเภทผู้ใช้อำนาจบริหารได้ดังนี้ คือ 1) ประมุขของรัฐ 2) หัวหน้าฝ่ายบริหาร 3) คณะรัฐมนตรี 4) รัฐมนตรี

ฝ่ายปกครอง (Administrative) คือ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่รัฐทั้งปวง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นการบริหารราชการแผ่นดิน หมายความว่าหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น¹ ทั้งหมด ตามความหมายดังนี้ ฝ่ายปกครองจึงมีความหมายถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการที่เป็นกระทรวง ทบวง กรม และทบวงการเมืองส่วนกลางทั้งหมด รวมไปถึง จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้าน อันเป็นราชการส่วนภูมิภาค ตลอดจนเทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล อันเป็นราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานเหล่านี้ล้วนเป็นองค์กรหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ขององค์กรรัฐเหล่านี้มีหน้าที่ดำเนินการทางปกครองและใช้อำนาจทางปกครองอันเป็น

¹ ประชุม กาญจนกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 34.

ส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ดังนั้น “ฝ่ายปกครอง” จึงหมายความว่ารวมถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดที่มีอำนาจใช้อำนาจบริหาร ตามพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534²

อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ฝ่ายบริหารย่อมเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการกระทำการทางบริหาร การกระทำการทางบริหารเป็นการกระทำตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดไว้ และฝ่ายบริหารได้แบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ รัฐบาลส่วนหนึ่งกับฝ่ายปกครองอีกส่วนหนึ่ง การแบ่งฝ่ายบริหารออกเป็นรัฐบาลและฝ่ายปกครองนี้ก็จะเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครอง ดังนั้นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทั้ง 2 ส่วนดังกล่าว จึงแตกต่างกันตามเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

1) อำนาจหน้าที่ของรัฐบาล

โดยรวมแล้วรัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินโดยต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงต่อรัฐสภา³ อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลนั้นได้จำแนกออกเป็น 2 ส่วนคือ

(1) อำนาจหน้าที่ในฐานะของรัฐบาล อันเป็นอำนาจหน้าที่ที่คณะรัฐมนตรีใช้ร่วมกันอย่างหนึ่ง⁴

(2) อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง อันเป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคน เป็นผู้ใช้ในการบริหารงานของกระทรวง ทบวง ที่เป็นผู้บังคับบัญชา⁵

อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลทั้งสองนี้ เป็นเรื่องยากมากที่จะแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ ดังต่อไปนี้⁶

² กฎหมายฉบับนี้ น่าจะใช้ชื่อว่าพระราชบัญญัติระเบียบราชการฝ่ายบริหาร พ.ศ. 2534 มากกว่าจึงจะชอบด้วยเหตุผลของกฎหมายปกครอง เพราะเป็นเรื่องของการจัดระเบียบราชการของ “ฝ่ายปกครอง” โดยแท้ อ้างถึงในประยูร กาญจนกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 35-36.

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 212 อันที่จริงรัฐธรรมนูญกำหนดให้การบริหารราชการแผ่นดิน เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี และความหมายของรัฐบาลนั้น มีทั้งความหมายอย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ อย่างกว้างนั้นหมายความว่าถึงคณะรัฐมนตรี รวมถึงพระมหากษัตริย์และอย่างแคบหมายถึง เฉพาะคณะรัฐมนตรี.

⁴ คือคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบร่วมกันในนโยบาย ท้ายไปของคณะรัฐมนตรี.

⁵ ในส่วนนี้รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่า รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน.

⁶ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 31-33.

อำนาจหน้าที่ในฐานะของรัฐบาล เป็นอำนาจหน้าที่ที่จะกำหนดนโยบายในการบริหารประเทศ โดยรัฐบาลต้องดำเนินนโยบายเพื่อการดำรงอยู่ ความปลอดภัย ความเจริญ ความมั่นคงของประเทศ ตามนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และตามนโยบายของพรรคที่เป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาล นอกจากนี้รัฐบาลจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศด้วย รวมทั้งดำเนินการติดต่อดำเนินงานระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา เพื่อการบริหารราชการของประเทศด้วย ดังนั้นกิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ก็จะทำให้เฉพาะรัฐบาลเท่านั้น

อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง ได้แก่ อำนาจหน้าที่ ซึ่งนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคน ต้องปฏิบัติเป็นปกติธุระ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย และตามนโยบายที่รัฐบาลกำหนดไว้ เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่มีกลไกในการปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นเรื่องที่นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่นต้องเข้าร่วมกับ ข้าราชการ และพนักงานในกระทรวง ทบวงต่างๆ ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง ทบวงนั้น เป็นเรื่องซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่ต้องวินิจฉัยทุกเรื่องไปเว้นแต่เป็นเรื่องที่สำคัญที่เกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลรัฐมนตรีต้องเสนอขอความเห็นจากคณะรัฐมนตรีคนอื่นก่อน ปฏิบัติดังนั้นก็กิจการที่รัฐบาลปฏิบัติในฐานะฝ่ายปกครอง รัฐบาลจึงมอบหมาย กระทรวง ทบวง ต่างๆ เป็นผู้ปฏิบัติแทนโดยตลอด ซึ่งได้แก่กิจการต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง ต่างๆ นั้นเอง เช่น การรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศ การคมนาคมขนส่ง การสื่อสาร การศึกษา การสาธารณสุข การคลังเป็นต้น หรือรัฐบาลจะมอบให้ราชการส่วนท้องถิ่นไปจัดทำก็ได้ เช่น อำนาจหน้าที่ในการบริหารส่วนท้องถิ่นให้แก่เทศบาล เป็นต้น

2) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยปฏิบัติตามกฎหมายนโยบาย และมติของคณะรัฐมนตรี ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจหน้าที่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชา หรือกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง โดยจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ เช่น การรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ การดำเนินการทางเศรษฐกิจและทางสังคม เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต แม้ว่าฝ่ายปกครองจะจัดทำบริการสาธารณะหลายประเภท แต่ฝ่ายปกครองก็ได้จัดทำกิจกรรมทุกอย่างเองหมด แต่จะจัดทำเฉพาะกิจการใหญ่ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนเท่านั้น

เนื่องจากฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นคนกลางระหว่างประชาชนกับรัฐบาล อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงถูกกำหนดจากทั้งเบื้องบนและเบื้องล่าง โดยทางเบื้องบนฝ่ายปกครองจะรุดล้ำเข้าไปในอำนาจของรัฐบาลไม่ได้ กิจการใดคาดพิงถึงเอกภาพทางการเมือง หรือประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียสำคัญของประเทศชาติ ย่อมอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ส่วนเบื้องล่าง ฝ่ายปกครอง

ย่อมถูกจำกัดโดยกิจการที่เอกชนทำอยู่ ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำทุกอย่างเพื่อเป็นไปตามความต้องการส่วนตัวเอกชน เพราะความต้องการส่วนตัวของเอกชนมีมากเกินไปที่จะตอบสนองได้หมด และส่วนใหญ่เอกชนก็เป็นผู้จัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองอยู่แล้ว

การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารนั้น จะต้องละเว้นไม่กระทำการใดๆ ที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจเอาไว้ เพื่อที่จะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากจะกระทำรุกล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะกระทำได้เฉพาะขอบเขตที่กฎหมายกำหนดอำนาจให้กระทำได้นั้น ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ในการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น ยังมีการกระทำการกระทำหนึ่งที่เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะเป็นข้อยกเว้นของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายซึ่งศาลจะไม่สามารถที่จะเข้าไปควบคุมการกระทำนี้ได้

“การกระทำทางรัฐบาล”⁷ (Act of government) การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่มีลักษณะผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจำกัดการใช้อำนาจตรวจสอบจากองค์กรอื่นๆ โดยเฉพาะหน่วยงานของศาล แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็น แนวความคิดที่ ปราศจากการตรวจสอบโดยศาล แต่อาจถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือองค์กรทางการเมือง ตามหลักการดูแลและถ่วงอำนาจ ซึ่งจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ถึงแม้ว่ากรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรืออำนาจอธิปไตยของบ้านเมือง ดังนั้นการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นข้อยกเว้น ของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่การกระทำทางรัฐบาล ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ นอกจากจะเป็นเพราะโดยปกติทั่วไป การกระทำได้กล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะตัวแล้ว การกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมือง จึงไม่สมควรที่จะอยู่ในการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง

เหตุที่การกระทำทางรัฐบาลไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ นอกจากจะเป็นเพราะโดยปกติทั่วไป การกระทำได้กล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะตัวแล้ว การกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือ ประเด็นทางการเมืองซึ่งจะมีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองนั้นสามารถตัดสินเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เองโดยที่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น หลักนี้มีสำคัญมากเพราะ

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). การกระทำทางรัฐบาล. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2551, จาก

ถ้าศาลปกครองสามารถ “สั่ง” ฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่องก็เท่ากับศาลปกครองนั้นลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็น “ศาลเป็นรัฐบาล” (Government of Judge) และฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงผู้อยู่ใต้การบังคับบัญชา⁸

แต่ในปัจจุบันการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยยังมีข้อโต้แย้งทางวิชาการและทางสังคมกันอย่างกว้างขวาง ว่าการกระทำทางรัฐบาลควรจะต้องมีความหมายและขอบเขตกว้างเพียงใด และควรที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบจากองค์กรตุลาการคือ ศาลปกครองหรือไม่ เนื่องจากการศึกษาในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลมานานัก เพื่อประโยชน์ในการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในอนาคต จึงเห็นว่าสมควรที่จะศึกษาแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล เพื่อเป็นประโยชน์ในการที่จะทำความเข้าใจเรื่องการกระทำทางรัฐบาล ต่อไปในอนาคต

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาถึงหลักการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance)
- 1.2.2 เพื่อศึกษาถึงหลักการกระทำทางรัฐบาล (Act of government)
- 1.2.3 เพื่อศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล
- 1.2.4 เพื่อศึกษาถึงปัญหาและและหาแนวทางแก้ไขปัญหาในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล
- 1.2.5 เพื่อศึกษาถึงมาตรการที่เหมาะสมที่ใช้ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การกระทำใดของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” จะอยู่ในการควบคุมตรวจสอบของรัฐสภา ซึ่งเป็นการควบคุมทางการเมืองตามหลักการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance) จะไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใดๆ ของศาลปกครอง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษานี้ผู้เขียนมุ่งที่จะศึกษา ในแนวความคิด หลักเกณฑ์ ในเรื่องการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance) และการกระทำทางรัฐบาล (Act of government) และศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). บทวิเคราะห์ทางนิติศาสตร์ ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2551, จาก <http://www.pub-law.net>.

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาค้นคว้านี้เป็นแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาจากหนังสือ บทความ เอกสาร รายงานวิจัย รายงานการประชุม ทั้งข้อมูลที่ได้จากภายในประเทศและข้อมูลจากต่างประเทศ และจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล (Act of government)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงหลักการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance)
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงหลักการกระทำทางรัฐบาล (Act of government)
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล
- 1.6.4 ทำให้ทราบถึงปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล
- 1.6.5 ทำให้ทราบถึงมาตรการที่เหมาะสมที่ใช้ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล