

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐาน

2.1 การถ่วงดุลในการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย (Check and balance)

ในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มักจะมีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย ออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ รัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ จึงกำหนด สถาบันการเมืองหรือองค์กรขึ้นมารองรับการใช้อำนาจอริปไตยดังกล่าว และเกิดหลักการแบ่งแยก อำนาจ (Separation of Powers) ซึ่งมุ่งประสงค์ให้แบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอริปไตย ไม่ให้ไปรวมอยู่ ที่องค์กรใด องค์กรหนึ่ง ปณิธานสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส (ฉบับวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1779) ข้อ 16 ได้กล่าวไว้ว่า “สังคมใดไม่มีหลักประชาธิปไตยอย่างแท้จริง และไม่มีการแบ่ง แยกอำนาจโดย ชัดแจ้ง สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”¹ ซึ่งก็เป็นไปตามความมุ่งหมายของ มอนเตสกีเยอ (Montesquieu) ที่ได้เสนอให้มีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ² โดยให้อยู่ในฐานะเสมอกัน และให้ผู้ใช้อำนาจ ทั้งสาม แยกออกจากกัน โดยให้อำนาจหนึ่งสามารถที่จะยับยั้งอีกอำนาจหนึ่งได้ (Le pouvoir arête le pouvoir) และสามารถทำให้เกิดการสมดุลได้ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางการเมืองของ ประชาชน (Liberte Politique)

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ หากพิจารณาอย่างเข้มงวด จะสามารถมองเห็นความ สัมพันธ์ ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเป็น 6 ทาง กล่าวคือ อำนาจบริหารต้อง ไม่ก้าวก่ายอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจนิติบัญญัติต้องไม่ก้าวก่ายฝ่ายบริหาร อำนาจบริหารต้องไม่ก้าวก่าย ฝ่ายตุลาการ อำนาจตุลาการต้องไม่ก้าวก่ายฝ่ายบริหาร อำนาจนิติบัญญัติต้องไม่ก้าวก่ายฝ่ายตุลาการ อำนาจตุลาการต้องไม่ก้าวก่ายฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในอำนาจนั้นก็จะมีความสัมพันธ์กันหลายวิธีการ ตามที่รัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้ ซึ่งจะเป็นสิ่งบ่งบอกให้ทราบว่า การถ่วงดุลระหว่างอำนาจดังกล่าวมี ความเข้มข้นมากเพียงใด ยังมีการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดเพียงใด

¹ หุค แสงอุทัย. (2551). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2551. หน้า 1377.

² หนังสือ The Spirit of Law ค.ศ. 1748 ของ มอนเตสกีเยอมีความเห็นว่าในทุกประเทศมีอำนาจอยู่ 3 ชนิด ได้แก่ อำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการบริหารกิจการต่างประเทศ อำนาจในการบริหารทาง การเมืองภายใน อ้างถึงใน ศาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 136.

การถ่วงดุลอำนาจก็จะน้อยลงเพียงนั้น วัตถุประสงค์ของการถ่วงดุลอำนาจจึงเป็นไปเพื่อมิให้อำนาจใดมีอำนาจเหนือกว่าอีกอำนาจหนึ่งนั่นเอง แต่การที่จะหวังให้อำนาจทั้ง 3 มีความสมดุลหรือน้ำหนักเท่าเทียมกันนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ยาก สิ่งที่รัฐต่างๆ สามารถที่จะกระทำได้ดีก็คือการบัญญัติให้มีการใช้อำนาจอธิปไตยให้เข้าสู่จุดดุลยภาพให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง

โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ มุ่งประสงค์ให้แบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย เพื่อมิให้อำนาจไปรวมอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย จึงกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจนิติบัญญัติกระทำการทางนิติบัญญัติให้รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจกระทำการทางบริหารและให้ศาลเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจตุลาการ โดยองค์กรทั้งหลายจะใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายในลักษณะถ่วงดุลกัน ความสัมพันธ์ในลักษณะถ่วงดุลกัน ระหว่างองค์กรใช้อำนาจทั้งสาม จะเป็นไปอย่างใกล้ชิดเพียงใด ก็จะขึ้นอยู่กับรูปแบบของการปกครองหรือรูปแบบของรัฐบาลในแต่ละประเทศเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกอำนาจไม่ได้หมายความว่าจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด คือองค์กรใช้อำนาจ ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กันเลย เพราะการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดย่อมทำให้เกิดอุปสรรคในการบริหารประเทศ เพราะหากไม่ทราบว่ามีฝ่ายบริหารต้องการให้ออกกฎหมายอะไรในการบริหารประเทศ ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายได้อย่างไร นอกจากนี้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ก็ไม่จำเป็นต้องให้องค์กรใช้อำนาจทั้งสามมีอำนาจเท่าเทียมกันเพราะในความเป็นจริง อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งได้ แต่เพื่อที่จะให้อำนาจทั้งสามเป็นไปเพื่อประโยชน์ของมหาชน รัฐธรรมนูญของรัฐประชาธิปไตยทั้งหลาย จึงต้องกำหนดความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจทั้งสามอำนาจให้องค์กรหลักต่างๆ ให้เป็นไปตามลักษณะการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน มีข้อพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญของรัฐประชาธิปไตยทั้งหลายจะบัญญัติให้แยกองค์กรใช้อำนาจประชาธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และบริหาร ซึ่งรวมเรียกว่า “การใช้อำนาจประชาธิปไตยทางการเมือง” อย่างเคร่งครัด³ โดยมอบหมายให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาในอรรถคดีเท่านั้น ไม่อาจร่วมใช้อำนาจทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารกับองค์กรอื่นได้

2.1.1 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยในระบบประธานาธิบดี

ในระบบประธานาธิบดีมีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเคร่งครัดคือ รัฐธรรมนูญกำหนดมอบหมายให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และ

³ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2537). “ศาลปกครองกับหลักแบ่งแยกอำนาจ.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24, ฉบับที่ 3. หน้า 273.

มอบหมายให้ประธานาธิบดีซึ่งได้รับเลือกตั้งจากประชาชนเช่นเดียวกับสมาชิกรัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยกระทำการทางบริหาร ทั้งนี้โดยเปิดโอกาสให้องค์กรทั้งสองเข้าไปร่วมใช้อำนาจกับอีกองค์กรหนึ่งน้อยมาก อีกทั้งยังมีข้อห้ามไม่ให้ประธานาธิบดีไม่ให้แต่งตั้งรัฐมนตรีจากสมาชิกรัฐสภาเพื่อช่วยเหลือตนในการบริหารราชการแผ่นดินด้วย⁴ ในระบบนี้สภาจึงไม่มีอำนาจควบคุมการทำงานของรัฐบาลและรัฐบาลไม่สามารถยุบสภาได้

อย่างไรก็ตามแม้ประธานาธิบดีจะต้องบริหารราชการแผ่นดิน โดยต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชน⁵ แต่ก็มีมาตรการที่ผู้ใช้อำนาจแต่ละฝ่ายจะคอยช่วยเหนี่ยวรั้งซึ่งกันและกันได้เรียกว่า การดุลและคานอำนาจ โดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารถ่วงดุลกันเอง กล่าวคือฝ่ายนิติบัญญัติถ่วงดุลฝ่ายบริหาร โดยการให้ความเห็นชอบต่อกิจการบางอย่างของฝ่ายบริหาร เช่น ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาวุฒิสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบในการที่ฝ่ายบริหารจะแต่งตั้งทูต ผู้พิพากษา รัฐมนตรี ตลอดจนการให้สัตยาบันต่างๆ นอกจากนั้นในแง่ของการควบคุมฝ่ายบริหารฝ่ายนิติบัญญัติ อาจตรากฎหมาย หรืออนุวัติ หรือไม่อนุวัติในงบประมาณแผ่นดินที่ฝ่ายบริหารขอมา และในบางกรณีที่รัฐสภาเห็นว่าประธานาธิบดีทำผิดก็อาจถอดถอนประธานาธิบดีได้ และในทางกลับกันฝ่ายบริหารก็ถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการยับยั้ง (Veto) ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว เพราะรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนามประกาศใช้กฎหมายของฝ่ายรัฐสภา ในฐานะเป็นประมุขแห่งรัฐ

2.1.2 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยในระบบกึ่งประธานาธิบดี

ในระบบกึ่งประธานาธิบดี ซึ่งผสมผสานระบบรัฐสภากับระบบประธานาธิบดี โดยประธานาธิบดีจะเป็นประมุขของรัฐ เป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและร่วมบริหารราชการแผ่นดินร่วมกับรัฐมนตรี กล่าวคือประธานาธิบดีเป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี⁶ และเป็นผู้กำหนดนโยบายต่างประเทศ รวมทั้งนโยบายการเมืองทั่วไป นอกจากนี้ประธานาธิบดียังเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีอีกด้วย

⁴ หยุค แสงอุทัย. (2511). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511. หน้า 577.

⁵ ประธานาธิบดีในระบบประธานาธิบดี ต้องทำหน้าที่เป็นทั้งประมุขของรัฐและ ประมุขของฝ่ายบริหาร เสมือนว่าประธานาธิบดีเป็นทั้งประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีในคราวเดียวกัน.

⁶ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส. (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 9 บัญญัติว่า “ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี” อ้างใน เศรษฐาธิ วงศ์โกมลเชษฐ์. (2516). รัฐธรรมนูญนานาชาติ. หน้า 6.

รัฐบาลในระบบกึ่งประธานาธิบดีจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา⁷ โดยมีเงื่อนไขและวิธีการ คือ ในการแถลงผลงานและนโยบายทั่วไป ภายหลังจากที่ได้ปรึกษาหารือเป็นที่ตกลงในคณะรัฐมนตรี แล้ว นายกรัฐมนตรีจะต้องแถลงต่อสภาว่า รัฐบาลขอให้รัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจในเรื่องแผนงาน และนโยบายทั่วไป (หากคณะรัฐมนตรีลงมติเช่นนั้น) และสภาผู้แทนอาจลงมติไม่ไว้วางใจแก่รัฐบาล โดยการเสนอญัตติเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลหรือในการพิจารณาร่างกฎหมาย เมื่อคณะรัฐมนตรีได้มีมติที่ประชุมอย่างไร ก็ให้นายกรัฐมนตรีเสนอให้สภาผู้แทนลงมติไม่ไว้วางใจ รัฐบาลในร่างกฎหมายนั้น (ทั้งฉบับหรือเพียงบางส่วน)⁸ หากสภาผู้แทนราษฎรไม่ไว้วางใจหรือไม่เห็นชอบกับแผนงานหรือนโยบายทั่วไปของรัฐบาลนายกรัฐมนตรีต้องยื่นใบลาออกจากตำแหน่ง ของคณะรัฐมนตรี ต่อประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ⁹ ในขณะเดียวกันประธานาธิบดีก็อาจจะประกาศ ยุบสภาแทนได้ ภายหลังจากที่ได้หารือกับนายกรัฐมนตรีและประธานทั้งสองสภาแล้ว นอกจากนั้นเรื่อง ที่เกี่ยวกับรัฐบาลกับรัฐสภา ตามที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในหมวด 5 ที่น่าสนใจคือรัฐสภา มีอำนาจอนุมัติร่างกฎหมาย¹⁰ ส่วนการประกาศใช้กฎหมายเป็นอำนาจของประธานาธิบดี โดยสิทธิ การเสนอร่างกฎหมายเป็นของนายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา สมาชิกรัฐสภาและรัฐบาลมีสิทธิ เสนอแปรญัตติร่างกฎหมายได้¹¹ ที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้กำหนดให้ คณะรัฐมนตรี เข้าร่วมประชุมของทั้งสองสภาและต้องรับฟังคำร้องขอของสมาชิกด้วย

2.1.3 การถ่วงดุลอำนาจอริปไตยในระบบรัฐสภา

ระบบรัฐสภา มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและบริหารเช่นเดียวกับระบบ ประธานาธิบดี แต่ลักษณะการแบ่งแยกไม่เคร่งครัดเท่าระบบประธานาธิบดี โดยรัฐธรรมนูญมอบหมาย ให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอริปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และมอบหมายให้คณะ รัฐมนตรีเป็น องค์กรหลักในการใช้อำนาจกระทำการทางบริหาร ทั้งนี้รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าไปร่วมใช้

⁷ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส. (สาธารณรัฐที่ 5). มาตรา 20. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 21.

⁸ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 49. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปล รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 78.

⁹ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 38. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปล รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 69.

¹⁰ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 34. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปล รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 67.

¹¹ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 44. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปล รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 73.

เข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ กับทางรัฐสภาได้ด้วยกับคณะรัฐมนตรี ดังนั้น จึงมีความสัมพันธ์ในลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยคณะรัฐมนตรีทั้งคณะและรัฐมนตรีแต่ละคนจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา และอยู่ในตำแหน่งได้นานเท่าที่รัฐสภาไว้วางใจเท่านั้น เมื่อรัฐสภามีมติไม่ไว้วางใจ รัฐมนตรีทั้งคณะ หรือแต่ละคน แล้วแต่กรณีต้องออกจากตำแหน่ง แต่ในขณะเดียวกันฝ่ายบริหารก็มีสิทธิแนะนำและยินยอมให้ประมุขของรัฐ (ซึ่งอาจเป็นประธานาธิบดี หรือกษัตริย์ก็ได้ซึ่งจะ ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา) ยุบสภาเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนจะครบอายุของสภาได้

การถ่วงดุลอำนาจการใช้อำนาจอธิปไตยในระบบรัฐสภานั้น เห็นได้ชัดเจนกว่าระบบประธานาธิบดีและระบบกึ่งประธานาธิบดี เพราะฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจร่วมกันอย่างใกล้ชิด เช่น การเข้าไปใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหาร คณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งกฎหมายซึ่งรัฐสภาเห็นชอบแล้วได้ พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่น พระราชบัญญัติ โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เป็นต้น ส่วนทางด้านฝ่ายนิติบัญญัติก็มีการเข้าร่วมใช้อำนาจบริหารกับทางฝ่ายบริหาร เช่น รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบในการประกาศสงคราม รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญา รัฐสภาสามารถยื่นอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลได้ เป็นต้น

2.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติกับองค์กรฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญของไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้สถาปนาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขก็ได้บัญญัติกำหนดการใช้อำนาจอธิปไตย โดยวางอยู่บนพื้นฐานการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 3 ที่ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขใช้อำนาจนั้นทางสภา คณะรัฐมนตรี และศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” การแบ่งแยกรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ถวายคำแนะนำและยินยอมให้กับพระมหากษัตริย์ ทรงใช้อำนาจอธิปไตยตราพระราชบัญญัติ (มาตรา 92) ออกจากคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ถวายคำแนะนำและยินยอมให้กับพระมหากษัตริย์ ทรงใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 201 มาตรา 212 มาตรา 231) เป็นไปอย่างไม่เคร่งครัด โดยรัฐธรรมนูญให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยในการกระทำการทางบริหาร และมอบหมายให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร แต่ในขณะเดียวกันก็เปิดโอกาสให้ทั้งสององค์กรสามารถเข้าไปร่วมใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่งได้ด้วย เช่น คณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติ (มาตรา 169) คณะรัฐมนตรีมีสิทธิถวายคำแนะนำและยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติ (มาตรา 218) รัฐสภามีอำนาจ

พิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน (มาตรา 180) รัฐมนตรีมีสิทธิเข้าประชุมและแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมสภา แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน (มาตรา 210) นายกรัฐมนตรีมีสิทธิขอให้รัฐสภาเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อฟังความเห็นของสมาชิกผู้แทนราษฎรและสมาชิกผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ในกรณีที่มีปัญหาในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยรัฐสภาจะลงมติปัญหาที่อภิปรายไม่ได้ (มาตรา 213) สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าสามในห้าของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อขออภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริง หรือชี้แจงปัญหาในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยไม่มีการลงมติ (มาตรา 187)

ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรี มีอำนาจถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ สมาชิกผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของสมาชิกผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี (มาตรา 185) หรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล ซึ่งมีผลว่าหากคะแนนไม่ไว้วางใจมากกว่าครึ่งหนึ่งของสมาชิกเท่าที่มีอยู่ทั้งหมดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีนั้น ต้องพ้นจากตำแหน่ง ขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญก็ให้อำนาจพระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา เพื่อเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี ส่วนศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการ ได้แยกออกจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเด็ดขาดดังจะเห็นได้ในมาตรา 233 ที่บัญญัติว่า “การพิจารณาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล” ซึ่งแสดงว่าศาลผูกขาดการใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาอรรถคดีแต่ผู้เดียว รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีไม่มีโอกาสเข้าไปร่วมใช้อำนาจนี้ได้

2.2 องค์กรฝ่ายบริหาร

2.2.1 องค์ประกอบฝ่ายบริหาร

ในทางวิชาของกฎหมายปกครอง มีการแยกองค์กรฝ่ายบริหารของรัฐ ออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ก็คือ

1) รัฐบาล (Government)

การมีรัฐบาลโดยทั่วไปก็เพื่อการคงอยู่ของรัฐ เพื่อการจัดระเบียบภายในรัฐและเพื่อประโยชน์สุขของส่วนรวมของรัฐและประชาชนการมีรัฐบาลก็เพื่อเป็นจักรกลหรือสิ่งประดิษฐ์ของรัฐที่จะขาดเสียไม่ได้ เพราะรัฐบาลเป็นองค์กรหรือสถาบันการเมืองที่มีความสำคัญ ที่รัฐจะใช้ดำเนินการตามเจตนารมณ์ของรัฐและของประชาชน การที่รัฐจะเป็นองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐที่ทำหน้าที่ต่างๆ ได้ รัฐบาลจะต้องได้รับมอบอำนาจอย่างเพียงพอต่อการที่จะทำหน้าที่ของตน และ



สำนักงานคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติ
ห้องสมุดการวิจัย
วันที่ 11.08.2555
เลขทะเบียน 248600
เลขเรียกหนังสือ

13

สามารถใช้ดุลพินิจของตนภายในขอบเขตอำนาจที่ได้มีการกำหนดไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐบาลจะต้องมีอำนาจบังคับมีสิทธิที่จะใช้กำลังเพื่อบังคับให้มีการเชื่อฟังปฏิบัติตาม

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

2) ฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครอง (Administrative) ฝ่ายปกครอง คือ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่รัฐทั้งปวง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นการบริหารราชการแผ่นดิน หมายความว่า ถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น¹² ทั้งหมด ตามความหมายดังนี้ ฝ่ายปกครองจึงความหมายถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการ ที่เป็นกระทรวง ทบวง กรม และทบวงการเมืองส่วนกลางทั้งหมด รวมไปถึง จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้าน อันเป็นราชการส่วนภูมิภาค ตลอดจนเทศบาล สุขาภิบาล องค์กร บริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล อันเป็นราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานเหล่านี้ล้วนเป็นองค์กรหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ขององค์กรรัฐเหล่านี้มีหน้าที่ดำเนินการทางปกครองและใช้อำนาจทางปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ดังนั้น “ฝ่ายปกครอง” จึงหมายความว่ารวมถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดที่มีอำนาจใช้อำนาจบริหาร

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534¹³ ได้จัดระเบียบราชการบริหารออกเป็น ราชการส่วนกลาง ประกอบด้วยสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเท่ากระทรวง ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง¹⁴ และกรม หรือส่วนราชการอื่นที่มีฐานะเท่ากรม ซึ่งสังกัดหรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง ราชการส่วนภูมิภาคประกอบด้วย จังหวัด อำเภอ และราชการส่วนท้องถิ่นประกอบด้วย องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล สุขาภิบาล และราชการส่วนท้องถิ่นอื่นที่กฎหมายกำหนด

¹² ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 34.

¹³ กฎหมายฉบับนี้ น่าจะใช้ชื่อว่าพระราชบัญญัติระเบียบราชการฝ่ายบริหาร พ.ศ. 2534 มากกว่า จึงจะชอบด้วยเหตุผลของกฎหมายปกครอง เพราะเป็นเรื่องของการจัดระเบียบราชการฝ่ายปกครอง โดยแท้ อ้างถึงใน ประยูร กาญจนกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายกฎหมายปกครอง. หน้า 35-36.

¹⁴ ปัจจุบัน ไม่มีทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง ในลักษณะเช่นนี้ (เดิมเคยมีทบวงของมหาวิทยาลัยของรัฐ ที่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี).

2.2.2 อำนาจหน้าที่ฝ่ายบริหาร

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจธิปไตย ฝ่ายบริหารย่อมเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจธิปไตยในการกระทำการทางบริหาร การกระทำการทางบริหารเป็นการกระทำตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดไว้ และฝ่ายบริหารได้แบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ รัฐบาลส่วนหนึ่ง กับฝ่ายปกครองอีกส่วนหนึ่ง การแบ่งฝ่ายบริหารออกเป็นรัฐบาลและฝ่ายปกครองนี้ก็เป็นที่ไปตามหลักกฎหมายปกครอง ดังนั้น อำนาจหน้าที่ ขององค์ของรัฐฝ่ายบริหารทั้ง 2 ส่วนดังกล่าว จึงแตกต่างกันตามเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

1) อำนาจหน้าที่ของรัฐบาล โดยรวมแล้วรัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ และนโยบายที่ได้แถลงต่อรัฐสภา¹⁵ อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลนั้นได้จำแนกออกเป็น 2 ส่วนคือ

(1) อำนาจหน้าที่ในฐานะของรัฐบาล อันเป็นอำนาจหน้าที่ที่คณะรัฐมนตรีใช้ร่วมกันอย่างหนึ่ง¹⁶

(2) อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง อันเป็นอำนาจหน้าที่ ซึ่งนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคน เป็นผู้ใช้ในการบริหารงานของกระทรวง ทบวง ที่เป็นผู้บังคับบัญชา¹⁷

อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลทั้งสองนี้ เป็นเรื่องยากมากที่จะแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ ดังต่อไปนี้¹⁸

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

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 212 อันที่จริงรัฐธรรมนูญกำหนดให้การบริหารราชการแผ่นดิน เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี และความหมายของรัฐบาลนั้น มีทั้งความหมายอย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ อย่างกว้างนั้นหมายความว่าถึงคณะรัฐมนตรี รวมถึงพระมหากษัตริย์ และอย่างแคบ หมายถึง เฉพาะคณะรัฐมนตรี.

¹⁶ คือคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบร่วมกันในนโยบาย ทัวไปของคณะรัฐมนตรี.

¹⁷ ในส่วนนี้รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่า รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน.

¹⁸ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 31-33.

อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง ได้แก่ อำนาจหน้าที่ ซึ่งนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคน ต้องปฏิบัติเป็นปกติธุระ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย และตามนโยบายที่รัฐบาลกำหนดไว้ เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่มีกลไกในการปฏิบัติมากมาย เป็นเรื่องที่นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่นต้องเข้าร่วมกับ ข้าราชการ และพนักงานในกระทรวง ทบวงต่างๆ ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง ทบวงนั้น เป็นเรื่องซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่ต้องวินิจฉัยทุกเรื่องไปเว้นแต่ เป็นเรื่องที่สำคัญที่เกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลรัฐมนตรีต้องเสนอขอความเห็นจากคณะรัฐมนตรีคนอื่นก่อนปฏิบัติ ดังนั้นกิจการที่รัฐบาลปฏิบัติในฐานะฝ่ายปกครอง รัฐบาลจึงมอบหมาย กระทรวง ทบวง ต่างๆ เป็นผู้ปฏิบัติแทนโดยตลอด ซึ่งได้แก่กิจการต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง ต่างๆ นั้นเอง เช่น การรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศ การคมนาคมขนส่ง การสื่อสาร การศึกษา การสาธารณสุข การคลัง เป็นต้น หรือรัฐบาลจะมอบให้ราชการส่วนท้องถิ่นไปจัดทำก็ได้ เช่น อำนาจหน้าที่ในการบริหารส่วนท้องถิ่น ให้แก่เทศบาล เป็นต้น

2) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยปฏิบัติตามกฎหมายนโยบาย และมติของคณะรัฐมนตรี ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชา หรือกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง โดยจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ เช่น การรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ การดำเนินการทางเศรษฐกิจและทางสังคม เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต แม้ว่าฝ่ายปกครองจะจัดทำบริการสาธารณะหลายประเภท แต่ฝ่ายปกครองก็ได้จัดทำกิจกรรมทุกอย่างเองทั้งหมด แต่จะจัดทำเฉพาะกิจการใหญ่ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนเท่านั้น

เนื่องจากฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นคนกลางระหว่างประชาชนกับรัฐบาล อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงถูกกำหนดจากทั้งเบื้องบน และเบื้องล่าง โดยทางเบื้องบนฝ่ายปกครองจะรุดล้ำเข้าไปในอำนาจของรัฐบาลไม่ได้ กิจการใดคาดพิงถึงเอกภาพทางการเมือง หรือประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียสำคัญของประเทศชาติ ย่อมอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ส่วนเบื้องล่าง ฝ่ายปกครองย่อมถูกจำกัดโดยกิจการที่เอกชนทำอยู่ ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำทุกอย่างเพื่อเป็นไปตามความต้องการส่วนตัวเอกชน เพราะความต้องการส่วนตัวของเอกชนมีมากเกินไปที่จะตอบสนองได้หมด และส่วนใหญ่เอกชนก็เป็นผู้จัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองอยู่แล้ว

โดยสรุปแล้ว องค์กรฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารมีองค์ประกอบหลักใหญ่สองส่วนคือ ส่วนที่หนึ่งเรียกว่ารัฐบาล กับอีกส่วนหนึ่งที่เรียกว่าฝ่ายปกครอง ส่วนที่เรียกว่ารัฐบาลนั้น สำหรับประเทศไทยนั้นซึ่งมีรัฐบาลในระบบรัฐสภาได้แบ่งออกเป็น ส่วนที่หนึ่ง

คือพระมหากษัตริย์ ซึ่งจะคงอยู่ตลอดจนกว่าจะสิ้นพระชนม์หรือสละราชสมบัติ กับส่วนที่ไม่ประจำคือ คณะรัฐมนตรีประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี เป็นหัวหน้าและรัฐมนตรีอื่นตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด ส่วนนี้มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตามวิถีทางการเมืองของระบบประชาธิปไตย ส่วนฝ่ายปกครองนั้นได้แก่ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวง ทั้งที่สังกัด ราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น รัฐบาลนั้นมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายบริหารประเทศตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมาย และต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา นอกจากนั้นยังมีการดำเนินงานต่างๆ อันมีลักษณะในทางปกครองด้วย ส่วนฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายหรือนโยบายรัฐบาล

2.3 การกระทำทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “การกระทำทางปกครอง” เอาไว้ว่า¹⁹ เป็นผลผลิตของการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย ขององค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

องค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง คือ องค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีท่านใดท่านหนึ่ง

ถ้าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวกระทำการ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ องค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวก็กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองและผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ก็คือ “การกระทำทางปกครอง”

แต่ถ้าการกระทำขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว มิใช่ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวก็ไม่ใช่ “การกระทำทางปกครอง” แต่เป็นเพียงการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เช่น การที่เจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูลพิมพ์หนังสือราชการ การที่พนักงานรัฐวิสาหกิจส่งใบแจ้งหนี้ค่าบริการของรัฐวิสาหกิจไปยังผู้ใช้บริการ การที่พนักงานขับรถของส่วนราชการขับรถไปส่งหนังสือราชการ เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย จึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง

¹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 1-12.

แต่ก็มีข้อยกเว้น คือ การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจของรัฐตามกฎหมายขององค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรรัฐที่เป็นอิสระ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรเอกชนก็ได้

1) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรฝ่ายบริหาร

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์²⁰ อธิบายว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจกระทำการได้ใน 2 ฐานะคือในฐานะรัฐบาล และในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองโดยขึ้นอยู่กับว่าใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายใด

ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล และผลผลิตของการใช้อำนาจนั้นก็จะเป็น การกระทำทางรัฐบาล

แต่ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ ผลผลิตการใช้อำนาจดังกล่าว ก็คือ การกระทำทางปกครอง

2) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระและหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์²¹ อธิบายว่าในกรณีที่ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดขององค์กรอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

3) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ อธิบายว่า องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น รัฐสภา ประธานสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา ไม่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอีกด้วย เช่น การที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาและเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันปราบปรามการฟอกเงิน ผลผลิตของการใช้อำนาจของรัฐตามพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ก็คือ การกระทำทางปกครอง

²⁰ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 7-9.

²¹ แหล่งเดิม.

4) การกระทำทางปกครองเป็นผลผลิตการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรเอกชน

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์ อธิบายว่า องค์กรเอกชนบางองค์กร เช่น สภา ทนายความ ได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติแทนรัฐในบางเรื่อง เช่น การจดทะเบียน และออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ ซึ่งก็ถือได้ว่าเป็น “การกระทำทางปกครอง” เช่นกัน ประเภทของการกระทำทางปกครอง²²

รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า²³ “การกระทำทางปกครอง” นั้นในทางกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ ในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) กับในลักษณะที่เป็นปฏิบัติ (Real Act)

“การกระทำทางปกครอง” ที่เป็นนิติกรรมนั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือนายหนึ่งเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองกับเอกชน

ส่วน “การกระทำทางปกครอง” ที่เป็นปฏิบัติการนั้นเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้รถยนต์ที่จอดไว้ในที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในคูคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย หรือการใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย เป็นต้น ถือเป็นการกระทำที่เป็นปฏิบัติการทางปกครอง มิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์ อธิบายว่า²⁴ “การกระทำทางปกครอง” นั้นอาจจะจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทคือ “นิติกรรมทางปกครอง” และ “ปฏิบัติการทางปกครอง”

2.3.1 ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึงการกระทำขององค์กรรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจแทนรัฐ โดยการกระทำนั้นไม่ใช่ “นิติกรรมทางปกครอง” กล่าวคือการกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง

“ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น คณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัยร้ายแรง แจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบและให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นในการแก้ไขข้อกล่าวหา

²² ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายปกครอง. หน้า 278.

²³ สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3. หน้า 61-62.

²⁴ วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 13.

หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของ นิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกบังคับมาใช้ก่อนหน้านั้นแล้ว เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่น ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมเขารื้อถอนอาคารก่อสร้างโดย ผ่าฝืนกฎหมาย หลังจากที่ได้ออก คำสั่งให้เจ้าของ²⁵ อาคาร รื้อถอนอาคารดังกล่าวแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติตาม

“ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง กับบุคคลอื่นก็ได้เช่นกัน เช่น “ปฏิบัติการทางปกครอง” ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้บุคคลใด เสียหายย่อมเป็นการกระทำละเมิด ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่กระทำการนั้นจำต้องรับผิดชอบ ใช้ ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ นั้นมิได้เกิดจากการแสดงเจตนาขององค์กรดังกล่าว แต่เป็นผลบังคับตามกฎหมาย

2.3.2 นิติกรรมทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั้นมีความหมาย อย่างกว้าง อย่างกลาง อย่างแคบ

ในความหมายอย่างกว้าง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทั้งหมดโดยรวมทั้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวและนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย คือสัญญาทางปกครองด้วย

ในความหมายอย่างกลาง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองโดยความหมายรวมถึงกฎหมายลำดับรองด้วย แต่ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครอง

ในความหมายอย่างแคบ “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้น โดยไม่หมายความรวมถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปด้วย

สำหรับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้น หมายถึง นิติกรรมที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนากำหนดหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอม ซึ่งต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวทางแพ่งไม่สามารถกำหนดหน้าที่ให้บุคคลอื่นโดยที่เขาไม่ยินยอม ทั้งนี้ เพราะในกฎหมายแพ่งนั้น เอกชนมีฐานะเท่าเทียมกัน แต่ในทางกฎหมายมหาชน รัฐและองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นผู้แทนของรัฐย่อมมีฐานะเหนือกว่าเอกชนเพราะมีหน้าที่คุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเอกชนนั้นกระทำการต่างๆ เพื่อประโยชน์

²⁵ สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3. หน้า 62-71.

ส่วนตัว จึงมีฐานะที่ต่ำกว่าด้วยเหตุนี้ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะเป็นการสั่งการหรือคำสั่งให้เอกชนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือนัยหนึ่งก็คือการกำหนดหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์ประโยชน์มหาชน หรือประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจหน้าที่ จะใช้กำลังทางกายภาพ เข้าบังคับการให้เป็นไปตามนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวของตนได้โดยไม่ต้องไปขออำนาจศาล แต่ทั้งนี้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ โดยชัดแจ้งหรือเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่งเท่านั้น

นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นปรากฏใน 2 ลักษณะ

1) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม เช่นเดียวกับกฎหมาย เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลที่มีลักษณะทั่วไป และเป็นนามธรรมเฉพาะตัวบุคคล ซึ่งที่จริงก็คือลำดับรองที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกนั่นเอง

2) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ที่มีลักษณะเฉพาะและเป็นรูปธรรมซึ่งเป็นข้อกำหนดสำหรับบุคคลเฉพาะเจาะจง สามารถทราบได้ว่า เป็นใครและเป็นข้อกำหนดเฉพาะที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเฉพาะราย

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ให้ความหมายของ นิติกรรมทางปกครองไว้ว่า²⁶ หมายถึง การกระทำขององค์กรรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลดังเช่นพระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวเพียงแต่ฝ่ายเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

ลักษณะของนิติกรรมทางปกครอง รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ อธิบายว่า²⁷ “นิติกรรมทางปกครอง” มีลักษณะสำคัญอยู่ 4 ประการประกอบกันดังนี้

(1) เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับดังเช่น พระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล หนึ่งหรือคณะหนึ่ง

(2) เจตนาที่องค์กรดังกล่าวแสดงให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือคณะหนึ่ง ต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้นจึงไม่รวมถึงการที่องค์กรดังกล่าวประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเพียงแต่ ขอความร่วมมือหรือเตือนให้บุคคลหรือคณะบุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการ อย่างหนึ่งอย่างใด

²⁶ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 13.

²⁷ แหล่งเดิม. หน้า 14.

(3) ผลทางกฎหมายที่องค์กรดังกล่าวประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของ ตนนั้น คือการสร้างนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่ง มีอำนาจ หรือมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่ง การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลย่อมมีผลในการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมี ผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เช่น การที่ ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งหรือเลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา หรือการที่เจ้าพนักงาน ท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร ย่อมมีผลเป็น การให้สิทธิหรือหน้าที่แก่บุคคลดังกล่าว

(4) นิติกรรมดังกล่าวข้างต้นต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรรัฐฝ่าย ปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือเอกชนแสดงออกมาเพียงฝ่ายเดียว โดยที่บุคคล คณะบุคคลซึ่งเป็น คู่กรณีในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

สำหรับในประเทศไทยนั้น รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ เห็นว่า นิติกรรม ทางปกครอง นั้นเป็น นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเท่านั้น โดยอธิบายต่อไปว่าในความหมายอย่าง กว้างของนิติกรรมทางปกครอง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎ และคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะมี ความหมายดังนี้

1) กฎ

“กฎ” นั้นมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งให้ คำนิยามของกฎไว้ว่า พระราชกฤษฎีกา ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็น การเฉพาะ ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ให้คำ นิยามของกฎไว้เช่นเดียวกัน

จากคำนิยามข้างต้นจะเห็นว่าคำนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” คือข้อความที่ว่า “บท บัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการ เฉพาะ” ส่วนข้อความที่ว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ” เป็นเพียงบทบัญญัติหรือเป็นข้อกำหนดในเอกสารที่เรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือในเอกสารอื่นๆ ที่มีผล บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ดังนั้นกฎ จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ²⁸ คือ

²⁸ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 15.

(1) บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภทเช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ เป็นต้น ดังนั้นจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ในบังคับให้กระทำการ ห้ามกระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการได้

(2) กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการได้ทุกวันสิ้นเดือน เช่น ห้ามสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย ข้าราชการกรม กองต้องแต่งเครื่องแบบข้าราชการมาทำงานทุกวันจันทร์ เป็นต้น

2) คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครอง นั้นมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ดังนี้คือ

“คำสั่งทางปกครอง”หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ อธิบายว่า จากนิยามข้างต้น ข้อความที่เป็นการให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ก็คือข้อความที่ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่withstandingเป็นการชั่วคราวหรือถาวร” ส่วนข้อความถัดไปที่ว่า “การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน” นั้นเป็นเพียงการให้ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองเพื่อให้เข้าใจง่ายขึ้นเท่านั้นเอง

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ อธิบายต่อไปว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไม่withstandingเป็น กฎ หรือคำสั่งทางปกครองต่างก็เป็น การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ทั้งสิ้น มีข้อแตกต่างกันอยู่ที่กฎ นั้นมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

รองศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วิสสุตพิชญ์ ได้ยกตัวอย่าง ที่แสดงให้เห็นข้อแตกต่างระหว่าง กฎ และคำสั่งทางปกครอง ไว้อย่างชัดเจน สรุปได้ดังนี้

สภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ใช้อำนาจตามกฎหมาย คือพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ออกข้อบังคับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยการศึกษาชั้นปริญญาตรี วางกฎเกณฑ์ว่า ในแต่ละภาคการศึกษา นักศึกษาจะต้องลงทะเบียนลักษณะวิชาไม่น้อยกว่า 9 หน่วยกิต และไม่เกิน 22 หน่วยกิต เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่มีผลเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้กรณีใดเป็นเฉพาะ ซึ่งจะแตกต่างจากการที่อธิการบดีมหาวิทยาลัยอาศัใช้อำนาจตามข้อบังคับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยนักศึกษา ออกคำสั่งให้ถอนชื่อนักศึกษาที่ทุจริตในการสอบไล่ออกจากทะเบียนนักศึกษา คำสั่งเช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ คือนักศึกษาที่ทุจริต การใช้อำนาจตามกฎหมายในลักษณะนี้เป็น “คำสั่งทางปกครอง”

การพิจารณาว่า นิติกรรมทางปกครองใด จะเป็น กฎ หรือ คำสั่งทางปกครองนั้น ต้องพิจารณาว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นขาดลักษณะข้อหนึ่งข้อใด หรือทั้งสองข้อของกฎ หรือไม่ กล่าวคือ ขาดลักษณะของการกำหนดข้อความที่มีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะด้วยหรือไม่ หากนิติกรรมทางปกครองใด มีลักษณะข้อหนึ่งข้อใดของกฎ ก็ยังไม่ถือว่าเป็นกฎ แต่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร อาศัใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ออกคำสั่งห้ามไม่ให้ผู้ใดเข้าไปหรือใช้ส่วนใดของอาคารใดอาคารหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการกำหนดข้อห้ามแก่บุคคลทั่วไป แต่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกรณีของอาคารดังกล่าวเป็นการเฉพาะ คำสั่งดังกล่าวจึงมีลักษณะข้อหนึ่งของกฎ แต่ขาดลักษณะข้อหนึ่งของกฎจึงไม่ใช่กฎ แต่เป็น “คำสั่งทางปกครอง”

2.3.3 สัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองได้แก่ คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรค 1 (4)²⁹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็น

²⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

1. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้

สัญญาทางปกครองนั้นแตกต่างจากลักษณะของการกระทำทางปกครองประเภทอื่น กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายปกครองมักจะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว เช่นการออกใบอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง แต่การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยความสมัครใจของคู่สัญญา ลักษณะของคู่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความสัญญา การเลิกสัญญา รวมทั้งตลอด การเรียกค่าเสียหาย อันเกิดจากการปฏิบัติผิดสัญญา ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรค 1 (4) บัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพียงแต่ให้คำนิยามคำว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นผู้กระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

โดยที่การให้ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นเพียงการให้ความหมายอย่างไม่ครอบคลุม ผู้ตรากฎหมายมุ่งหมายที่จะให้ศาลปกครองไปพัฒนาขอบเขตของ “สัญญาทางปกครอง” ให้ครอบคลุม

ดุลพินิจโดยมิชอบ

2. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร
3. คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร
4. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
5. คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด
6. คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง
เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง
 1. การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร
 2. การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ
 3. คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษอื่น.

ชัดเจนยิ่งขึ้นต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2544 ได้กำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองไว้ดังนี้³⁰

- 1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นผู้กระทำการแทนรัฐ
- 2) วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้
 - (1) สัญญาสัมปทาน
 - (2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
 - (3) สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
 - (4) สัญญาที่แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
 - (5) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง
- 3) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงออกถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจทางปกครองหรือกิจการทางปกครอง ซึ่งคือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นหากสัญญาใดคู่สัญญาได้กระทำด้วยความสมัครใจบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและไม่ได้มีลักษณะ เช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นเป็นสัญญาแพ่ง

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่มีลักษณะของสัญญาทางปกครอง³¹

- (1) สัญญาที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
 - ก. สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ
 - สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารที่ใช้เป็นพิพิธภัณฑ์ของ กรมธนารักษ์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546)
 - สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกรมสรรพาวุธ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2546)
 - สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงระบบประปา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545)
 - ข. สัญญาให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
 - สัญญาก่อสร้างอาคารสถานีนามัย (คำวินิจฉัยชี้ขาดเจ้าหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545)

³⁰ มานิตย์ จุมปา. (2546). คู่มือกฎหมายปกครอง. หน้า 356.

³¹ ข้อสรุปประเด็นปัญหาเกี่ยวกับพัสดุและสัญญาทางปกครอง สรุปรวบรวมโดยสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 13.

- สัญญาก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545)

(2) สัญญาทางปกครองตามสภาพสัญญา

ก. สัญญาที่มีข้อกำหนดว่าด้วยเอกสิทธิของรัฐที่ไม่ปรากฏในสัญญาแห่ง

- สัญญาลาศึกษาต่อ(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544) โดยมีข้อกำหนดในการให้สิทธิและอำนาจเด็ดขาดในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้หรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับจากต่างประเทศก่อนครบไม่ว่ากรณีใด หรือกรณีผู้ฟ้องคดีประพฤติดสัญญาต้องชดใช้เงินแก่กระทรวงกลาโหมและยินยอมให้ทางราชการเรียกตัวกลับหรือปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการได้

- สัญญาก่อสร้างหอพักข้าราชการของโรงพยาบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544) ข้อกำหนดลักษณะพิเศษในกรณีนี้ได้แก่ ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวบอกเลิกสัญญาได้โดยที่ผู้รับจ้างคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้าง ทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ หรือไม่เคยมีระบุไว้ในสัญญาจ้าง อีกทั้งสัญญานี้มีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาแห่งทั่วไป

ข. สัญญาให้ผลิตอุปกรณ์สำหรับหน่วยงานทางปกครอง (กองทัพ) ใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ให้บรรลุผล

- สัญญาก่อสร้างหลักเทียบเรือกองทัพเรือ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 21/2546)

- สัญญาสร้างเรือตรวจการของกองทัพเรือ

2.3.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง³² ที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลายต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นจะมีผลในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีการกำหนดให้มีการตรวจสอบควบคุมการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการ

³² คำรากฎหมายปกครองของประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎหมายปกครองมีภารกิจหรือมีเป้าหมายในการควบคุมอำนาจทางปกครองให้ผูกพันอยู่กับกฎหมายและคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจากการบิดเบือนการใช้อำนาจดังกล่าว อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2546). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. หน้า 19.

กระทำทางปกครอง³³ ทั้งนี้ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ³⁴ ประกอบด้วย หลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ประการหนึ่ง และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อีกประการหนึ่ง

1) หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย”

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายกฎหมายต้องปฏิบัติ กล่าวก็จะเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการการปกครองเพื่อให้มีชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการดังกล่าวให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับกันอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจาก “หลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย” เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่มันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้เององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้ บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้จะมีความหมายกว้าง หรือแคบเพียงใดนั้นอาจจะเป็นประเด็นในการอภิปรายได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงผลผูกพันทั่วไปของกฎเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นนามธรรมและอาจมีผลบังคับใช้ทั่วไปประกอบกับลำดับของกฎหมายแล้ว เราอาจสรุปได้ว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลบังคับใช้ทั่วไป (กฎหมายลำดับรองหรือที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครองเรียกว่า

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 276.

³⁴ คำว่านิติรัฐไม่มีปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยตรง แต่หลักการย่อยๆ ของหลักนิติรัฐ ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาตราต่างๆ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 หลักการประกันสิทธิพื้นฐาน ปรากฏในรัฐธรรมนูญ หมวด 3 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 27 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลาการปรากฏในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2546). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. หน้า 20.

ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติรวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่น รัฐมนตรีไม่อาจตรากฎกระทรวงให้ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 30 ได้³⁵ หากมาตรการทางกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่เป็น รูปธรรมมีผลเฉพาะราย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง องค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองทั้งหลายทั้งปวงที่ตนเองตราขึ้นบังคับตลอดจนกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรจะออกคำสั่งเก็บภาษีเกินกว่าอัตราที่ปรากฏในประมวลรัษฎากรไม่ได้ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่มีวัตถุประสงค์เป็นเรื่องการฟ้องโต้แย้ง กฎ คำว่า “กฎหมาย” ที่ปรากฏในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³⁶ ย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ทั้งปวงทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่ากฎ และเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบว่าองค์การฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกกฎโดยถูกต้องหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายประเพณี (กฎหมายที่มีค่าสูงกว่ากฎ) และหลักกฎหมายทั่วไป แต่ถ้าวัดดูแห่งคดีเป็นเรื่องการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คำว่า “กฎหมาย” ในพระราชบัญญัติดังกล่าวนอกจากจะหมายถึงกฎเกณฑ์ทั้งปวงที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎดังที่กล่าวมาแล้ว ยังหมายถึง “กฎ” (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์การปกครองตนเองและองค์การมหาชน ฯลฯ) อีกด้วยเพราะเราจะใช้กฎเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเช่นกัน

ถึงแม้ว่าหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” จะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวมิได้มีเนื้อหาเลยไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมาหาองค์การฝ่ายปกครองกระทำการขัดกฎหมาย การกำหนดผลในทาง

³⁵ โดยเหตุที่ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 องค์การฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรของรัฐย่อมต้องผูกพันต่อสิทธิในความเสมอภาคโดยตรง ทั้งนี้ ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทยมาตรา 30.

³⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งดังต่อไปนี้”

(1) คดีที่พิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยมีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต

กฎหมายดังกล่าวถือเป็นเรื่องนิตินโยบายที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นประจักษ์ชัดอยู่ในตัวว่าหากระบบกฎหมายต้องการให้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีผลบังคับแล้ว ระบบกฎหมายนั้นๆ จะต้องกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวไว้ด้วย ในทางวิชาการและในทางระบบกฎหมายไทย การกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายอาจเกิดผลในทางกฎหมายได้แตกต่างกันได้หลายกรณี เช่น การกระทำทางปกครองนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการดังกล่าวต้องการ หรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลังได้ เป็นต้น

2) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบ รัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ตามหลักประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 2 และ 3 นั้น ต้องถือว่ารัฐสภาซึ่งสมาชิกได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจเรื่องต่างๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของราษฎรทั้งนี้ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎกติกาพื้นฐานแห่งรัฐ ด้วยเหตุผลเช่นนี้ หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภาจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจหาได้ไหม

แม้คำว่า “นิติรัฐ” จะไม่ปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่หากพิจารณาตรา 29 ให้ดีแล้ว จะพบว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ อย่างชัดเจนยิ่งกว่าฉบับใดๆ ก่อนหน้านี้นี้ หลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมาย ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้เพื่อที่ประชาชนจะคาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปดังกล่าว จะกำหนดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดซึ่งอยู่ใน

กรอบที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าแล้วในรูปกฎหมายหรือได้รับมอบอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้ประชาชนรู้ล่วงหน้าแล้วนั้น

ในที่สุดแล้วเรายังอาจให้เหตุผลสำหรับการยอมรับหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ได้จากหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญเช่นกัน หากพิจารณารัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมวด ที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยแล้ว จะพบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนเป็นหลัก ทั้งนี้โดยให้รัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดหรือล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้นภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้นองค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกระทำการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจให้ไว้

มีข้อสังเกต โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้นจะต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่³⁷ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้นหรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

3) ข้อพิจารณาบางประการที่เกี่ยวกับ “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”

เมื่อพิจารณาหลักการย่อยทั้งสองหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” แล้วจะพบว่า หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายนั้น” เป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ทั้งสิ้น องค์กรหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใดก็ตาม ส่วนหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจเป็นที่ถกเถียงได้แย้งและมีมติแตกต่างกันได้ว่าหลักการนี้จะต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อยกเว้นหรือไม่

หากพิเคราะห์หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ประกอบกับเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของตนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิของราษฎรได้ หากไม่

³⁷ ตัวอย่างกรณีองค์กรฝ่ายปกครองอ้างประเพณีปฏิบัติวินิจฉัยสั่งการ โดยไม่มีเหตุผลในทางกฎหมายรองรับ อ้างถึงในคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร 35/2544 ซึ่งเป็นกรณีที่หน่วยงานอ้างประเพณีปฏิบัติปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ร้องขอ โดยไม่ได้พิจารณาหลักเกณฑ์ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 การปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย.

มีกฎหมายให้อำนาจสิทธิที่กล่าวถึงนี้ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะสิทธิต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเท่านั้น แต่หมายความว่ารวมถึงสิทธิที่ราษฎรได้รับมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย กรณีที่กล่าวมานี้จะไม่มีปัญหาใดๆ สำหรับการบังคับใช้หลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” แต่หากเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการอันเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล แต่การกระทำในลักษณะที่ส่งเสริมสนับสนุนให้บุคคลนั้นใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ หรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เป็นการให้ความช่วยเหลือแก่ราษฎร กรณีดังนี้อาจเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายรองรับหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งจำเป็นที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายกำหนดคกฏเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวและมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่ ปัญหานี้ยังเป็นปัญหาที่หาข้อยุติที่แน่นอนในทางวิชาการไม่ได้ แม้ในต่างประเทศการยึดถือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ก็มีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป สำหรับระบบกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ย่อมมีความหมายดังนี้³⁸

(1) มาตรการใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระก้ำวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎร จำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลเข้าไปรับราชการทหาร เป็นต้น

(2) มาตรการใดๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎรนั้นจะต้องกระทำโดยมีรากฐานความชอบธรรมในทางกฎหมายอันเป็นผลเนื่องมาจากกำหนดคกฏเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุน การอนุญาตให้กู้ยืมเงินไปใช้ในการทำเกษตรกรรม จะต้องมีการกำหนดวงเงินงบประมาณเพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากมาตรการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งให้ประโยชน์แก่เอกชน รายใดรายหนึ่งหรือหลายรายเป็นมาตรการที่เห็นได้ชัดว่ากระทบกับหลักสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนรายอื่นแล้วจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครองโดยชัดแจ้งเสมอ มิฉะนั้นแล้วการกระทำของฝ่ายปกครองอาจขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญได้

³⁸ ออสเตเรีย เป็นตัวอย่างประเทศที่ถือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ก่อนช่วงเคร่งครัด (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย มาตรา 18 บัญญัติว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”)

4) ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

แม้จะมีหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายปกครองของประเทศทั้งหลายนั้นก็มักจะมีหลักข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวอยู่บ้าง ซึ่งจะสามารถแยกพิจารณาได้³⁹ กรณีคือ

(1) การกระทำทางรัฐบาล (Act of government)

การกระทำทางรัฐบาล หมายความว่า การกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหารซึ่งฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนก็ไม่อาจจะนำฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองก็ตาม ทั้งนี้เพราะการกระทำของฝ่ายบริหารมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการกระทำทางปกครองทั่วไป ผู้ได้รับความเสียหายจึงไม่อาจฟ้องต่อรัฐได้⁴⁰

(2) สถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในสถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินฝ่ายบริหารสามารถที่จะออกได้โดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้⁴¹ คือพระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติก็ได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญให้ไว้ใน 2 กรณี คือ

กรณีแรก ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

กรณีที่สอง ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร หรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาผลประโยชน์ของแผ่นดิน

เมื่อได้ตราพระราชกำหนดแล้ว ระหว่างที่ยังไม่ได้นำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาก็ต้องถือว่าพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครอง⁴² ที่ฝ่ายปกครองตราขึ้น จึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาว่าพระราชกำหนดดังกล่าวจะขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴³ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้นำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา และรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว พระราชกำหนดนั้นก็จะมีผลเป็นพระราชบัญญัติ แต่ชื่อก็ยังเป็นพระราชกำหนดไม่เปลี่ยนเป็นพระราชบัญญัติ

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงครามและในยามไม่ปกตินี้เป็นแต่เพียงข้อยกเว้นในกรณีที่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องผ่อนคลาย หลัก “การกระทำในทางปกครองต้องชอบ

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2547). “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย.” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 132-144.

⁴⁰ ประยูร กาญจนกุล. (2524). กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. หน้า 31.

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 218-220.

⁴² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (ที่มาและนิติวิธี). หน้า 82.

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 219.



ด้วยกฎหมาย” ไม่ได้หมายความว่า จะต้องใช้หลักการกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายโดยสิ้นเชิง หากเป็นเพียงว่าการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองน้อยกว่าในยามปกติ ซึ่งฝ่ายปกครองจะมีอำนาจมากขึ้น แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติงานให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไปมิฉะนั้นอาจจะถูกฟ้องร้องต่อศาลได้ ถ้าเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

2.3.5 ขอบเขตการตรวจสอบอำนาจการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยศาลปกครอง

1) ขอบเขตอำนาจตามรัฐธรรมนูญ⁴⁴

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 246 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลด้วย ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเกิดมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

2) ขอบเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวช้าเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองคดีที่มี

⁴⁴ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. (2551, มกราคม-เมษายน). “เขตอำนาจศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 8, ฉบับที่ 1. หน้า 47-65.

กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

- (1) คดีพิพาทที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองประกาศกำหนด
- (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความชอบของคณะรัฐมนตรี
- (3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด
- (4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

2.4 การกระทำทางรัฐบาล (Act of government)

2.4.1 คำนิยามของการกระทำทางรัฐบาล

การกระทำทางรัฐบาล มีการเรียกแตกต่างกันออกไปในประเทศต่างๆ ทั้งในทวีปอเมริกาและทวีปยุโรป เช่น ในฝรั่งเศสเรียกว่า *Acte de gouvernement* อังกฤษเรียกว่า *Act of state* ในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า *Political Question* ในเยอรมันเรียกว่า *Regierungsakt* และในญี่ปุ่นเรียกว่า *Tochikoi*⁴⁵

การกระทำทางรัฐบาลเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นโดยการกระทำของมนุษย์ (Act of man) ดังนั้นจึงต้องมีการเปรียบเทียบกับกระทำความที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากมนุษย์ ซึ่งจะเรียกว่าการกระทำที่พ้นวิสัย หรือการกระทำที่นอกเหนือธรรมชาติที่เรียกว่า (Act of god) ซึ่งหนังสือพจนานุกรมของศัพท์กฎหมายของ Mozley and Whitely ได้ให้ความหมายไว้ว่า คือเหตุการณ์ผิดปกติ หรือเหตุการณ์ที่ไม่เคยมีมาก่อน และเป็นสิ่งที่ไม่อาจจัดวางหรือด้านทานได้ เช่น พายุ หรือสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างทันทีทันใด และนำความหายนะมาสู่มนุษย์⁴⁶ ส่วนพจนานุกรมของศัพท์กฎหมายของ Black ให้คำอธิบายว่า (Act of god) หมายถึง การกระทำซึ่งเป็นเหตุให้เกิดก้างทางธรรมชาติ โดยไม่มีการแทรกแซงโดยมนุษย์เลย เมื่อเกิดสิ่งที่ไม่คาดฝันขึ้น ก็มักจะพูดกันว่าเป็นการกระทำที่มองไม่เห็นหรือ (Act of god) สิ่งเหล่านี้มักจะเกิดจากพลังธรรมชาติโดยตรง อย่างทันทีทันใด เป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่อาจควบคุมหรือบังคับได้ หรือ

⁴⁵ Kisaburo yokota. (1968). Political question and jurisdiction review: a comparison The constitution of japan its first twenty year 1947-1967. อ้างถึงใน สารัช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 59.

⁴⁶ E.R. Hardy ivamy. (1988). Mozley and Whitely's law dictionary. p. 8. อ้างถึงใน สารัช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 60.

แม้แต่จะป้องกันหรือหลบหลีก หรือจะได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น สิ่งที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่อาจต้านทานได้ เช่น ไฟผ่า พายุ คลื่นในทะเล พายุหมุน แผ่นดินไหว⁴⁷

แนวความคิดเรื่อง Act of god เป็นแนวความคิดในกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นหลักในกฎหมายแพ่ง ตรงกับแนวความคิดเรื่องเหตุสุดวิสัยของไทยที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไปมาตรา 8 ที่ว่าคำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่าเหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี ไม่มีใครจะอาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลจะต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้น จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควร อันพึงคาดหมายได้จากบุคคลนั้นในฐานะเช่นนั้น ซึ่งเทียบเคียงได้กับความคิดที่มีที่มาจากกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึงอุปสรรคที่ทำให้การชำระหนี้ตกเป็นเป็นพ้นวิสัย เป็นอุปสรรคที่ไม่อาจคาดคิด และไม่อาจป้องกันขัดขวางโดยสรุปคือ แนวความคิดเรื่องเหตุสุดวิสัยของไทย ซึ่งมีผลทำให้การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย มีที่มาและเทียบเคียงได้กับแนวความคิดเรื่อง Act of god ของอังกฤษ ซึ่งเน้นหนักในเรื่องภัยธรรมชาติเป็นแนวคิดที่ชี้ให้เห็นว่าเรื่องของภัยธรรมชาตินั้นเป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้⁴⁸

แต่การกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำของมนุษย์ (Act of man) พจนานุกรมของศัพท์กฎหมาย Mozley and Whitely ได้ให้ความหมายของการกระทำทางรัฐบาลไว้ว่า หมายถึง การกระทำที่ได้รับมอบหมายจากอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งไม่อาจถูกโต้แย้งหรือคัดค้านใดๆ ในศาล เช่น การกระทำตามพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) ส่วนพจนานุกรมของศัพท์กฎหมายของ Black ก็ได้อธิบายในความหมายเดียวกัน โดยขยายเพิ่มเติมว่า เป็นการกระทำของอำนาจอธิปไตยของรัฐ หรือที่อำนาจอธิปไตยมอบหมายให้กระทำภายในขอบเขตจำกัด⁴⁹

ในขณะเดียวกันพจนานุกรมของศัพท์กฎหมายทั้งสองเล่มดังกล่าวก็ได้ อธิบายถึงความหมายของ Royal Prerogative ว่าเป็นอำนาจพิเศษของพระมหากษัตริย์ที่มีอยู่เหนือบุคคลอื่นๆ ทุกคนเป็นความชอบธรรมที่เป็นอิสระ ทั้งจากกฎหมายและศาล⁵⁰

⁴⁷ H.C. Black, Black's law dictionary. (1992). p. 8. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 60.

⁴⁸ ศิริกร พึ่งนิติ. (2527). ผลบังคับกรณีการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขาย. หน้า 45-46.

⁴⁹ H.C. Black, op. cit., footnote 3. p. 33. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 61.

⁵⁰ H.N. Mozley, op. cit., footnote p. 353., and H.C. Black, op. cit., footnote. p. 1330. 61 อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 61.

การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ในความหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าเป็นต้นตำรับของแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้มีนักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสให้ความเห็นหรือคำอธิบายไว้แตกต่างกัน ดังนี้ เช่น

ศาสตราจารย์ ดูเอ้ (Duez) ที่ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำทางรัฐบาลก็คือการกระทำที่ปลอดจากการควบคุมจากอำนาจศาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องดุลพินิจหรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม”⁵¹ เพราะในสังคมภายใต้ระบบการเมืองในปัจจุบัน ย่อมต้องมีการกระทำหรือกิจกรรมบางอย่างที่มีความสำคัญยิ่งเมื่อพิจารณาจากความมั่นคงและเพื่อความดำรงอยู่ของสังคม ซึ่งการกระทำหรือกิจการเหล่านี้ไม่ควรต้องถูกจำกัดโดยข้อพิจารณาทางนิติศาสตร์ เนื่องจากถือว่าเป็นเรื่องราวที่มีความอ่อนไหวและไม่สมควรที่จะมีการควบคุม หรือเรียกร้องต่อศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมก็ตาม⁵²

ศาสตราจารย์ โอริอู (Horiou) ได้วิจารณ์ในทำนองนี้ โวเคอร์เร กับฟารอง ว่า “การกระทำทางรัฐบาลคือ การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้ามิได้มีการดำเนินการเช่นนั้นแล้วจะมีผลกระทบร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ” เพราะเมื่อมีสถานการณ์อย่างนั้นเกิดขึ้น จะเป็นที่ยอมรับกันเป็นที่ยุติว่า บรรดา “องค์กร” หรือ “เจ้าหน้าที่” ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือการเกิดขึ้นของหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลซึ่งการกระทำเช่นนี้ย่อมไม่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องต่อศาลได้

ปีแอร์ อองรี ชาวิดาน (Pierre Henri Chavidan) กล่าวว่า “การกระทำทางรัฐบาลนั้นศาลเป็นผู้สร้างและกำหนดว่า เรื่องใดหรือการกระทำใดที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล”

กาเร้ เดอ มาลแบร์ (Carre de Malbert) “อธิบายว่าการกระทำทางรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากการที่มีกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร บัญญัติไว้ในเรื่องนั้น”

ศาสตราจารย์เลอเน่ ชาปู (Rene Chapus) อธิบายว่า “การกระทำทางรัฐบาล คือการกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล ซึ่งต่างจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองอันเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร”⁵³

⁵¹ Pierre Henri Chavidan. (1982). “Doctrin et acte de gouvernement.” A.J.D.A. อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 33.

⁵² อมร จันทสมบุรณ์ แปลจาก Brown & J.F. Garner, French Administrative Law. อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 33.

⁵³ Rene Chapus. (1958). “L’acte de gouvernement.” Recueil Dalloz. p. 5-10. อ้างถึงใน สุวีร์ ศรีนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 11.

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล อธิบายว่า “การกระทำทางรัฐบาลหมายถึงการกระทำบางอย่างของรัฐ ซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองก็ตาม”⁵⁴

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2528 ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 40/2528 ว่า “ในระบบรัฐสภาแห่งรัฐ จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวกับงานประจำ แต่จะไม่สามารถตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีได้ในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย ทั้งนี้ เพราะสถาบันรัฐสภาจะควบคุมงานนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามวิถีทางระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ว่า “การยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้แนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ ซึ่งได้กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ”

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้มีความเห็นในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ว่า “มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง” โดยในคำสั่งได้ อธิบายถึง “การกระทำทางปกครอง” และ “การกระทำทางรัฐบาล” ไว้อย่างละเอียดสรุปความได้ว่า ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำไม่ว่าจะเป็นการออก กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวบรรลุผลถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐจากรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง”⁵⁵

⁵⁴ ประยูร กาญจนกุล. แหล่งเดิม. หน้า 26.

⁵⁵ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2547). ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครอง. หน้า 17.

2.4.2 องค์ประกอบของการกระทำทางรัฐบาล

การจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1) องค์การผู้กระทำ

การกระทำทางรัฐบาล (Act of government) จะเป็นการกระทำของรัฐ ที่ได้กระทำโดยองค์การฝ่ายบริหาร ประเภทที่เรียกว่า รัฐบาล

สำหรับประเทศไทยมีรัฐบาลในระบบรัฐสภา ซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นประกอบกัน คณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน โดยรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา ในขณะที่พระมหากษัตริย์มีอำนาจกระทำการต่างๆ ในทางบริหารโดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และมีพระราชอำนาจต่างๆ ที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินต้องมีรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระราชโองการ อันหมายความว่ารัฐมนตรีผู้นั้นเป็นผู้รับผิดชอบทางการเมืองแทนพระมหากษัตริย์ในการกระทำนั้นๆ ส่วนการกระทำอื่นๆ ก็ต้องมีผู้ลงนามพระราชโองการในทุกๆ เรื่อง โดยเฉพาะพระมหากษัตริย์ไม่ต้องทรงไม่รับผิดชอบใดๆ อันไปเป็นตามหลัก “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดไม่ได้” (The King can do no wrong) ดังนั้นรัฐบาลในระบบรัฐสภายจะประกอบด้วย 4 ส่วนดังนี้

ส่วนที่หนึ่ง ได้แก่ พระมหากษัตริย์ ในฐานะประมุขของประเทศและประมุขของฝ่ายบริหาร ทรงใช้อำนาจบริหารโดยผ่านคณะทางคณะรัฐมนตรี และถือว่าเป็นส่วนประจำ และจะทรงอยู่ในตำแหน่งพระมหากษัตริย์ไปตลอดจนสิ้นพระชนม์ชีพ หรือจนกว่าจะสละราชสมบัติ โดยจะมีผู้มาดำรงตำแหน่งด้วยการสืบราชสมบัติ ตามกฎมณเฑียรบาล ว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ สืบต่อไปโดยไม่มีสิ้นสุด

ส่วนที่สอง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี ในฐานะหัวหน้ารัฐบาลที่มาจากการคัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎร และโดยการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ จะอยู่ในตำแหน่งตามวาระ หรือตราบเท่าที่รัฐสภามีความไว้วางใจในการทำหน้าที่บริหารประเทศ

ส่วนที่สาม คณะรัฐมนตรี ในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม การกระทำต่างๆ ตามอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ กำหนดโดยจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภายจะอยู่ในตำแหน่งตามวาระ หรือตราบเท่าที่รัฐสภามีความไว้วางใจในการทำหน้าที่บริหารประเทศ

ส่วนที่สี่ รัฐมนตรี (แต่ละคน) การกระทำต่างๆ โดยรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร ในหน้าที่ของตน และมาจากการคัดเลือกของนายกรัฐมนตรี และโดยการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ อยู่ในตำแหน่งตามวาระ หรือตราบเท่าที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีให้ดำรงตำแหน่งอยู่ หรือตราบเท่าที่รัฐสภามีความไว้วางใจในการทำหน้าที่บริหารประเทศ

2) ที่มาของอำนาจ

องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล สามารถที่จะกระทำการโดยอาศัยกฎหมายได้ 2 ระดับ คือจากอำนาจรัฐธรรมนูญ และอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ

ถ้าหากพระมหากษัตริย์ นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ การกระทำนี้ก็จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ การกระทำนี้ย่อมเป็นการกระทำในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หรือเป็นฝ่ายปกครอง และการกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้นการกระทำขององค์กรรัฐบาล ที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ตัวอย่างเช่น การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญให้อำนาจพระมหากษัตริย์ยุบสภาได้แต่พระมหากษัตริย์จะใช้พระราชอำนาจโดยลำพังพระองค์เองไม่ได้ ตามหลักจะต้องใช้ร่วมกับคณะรัฐมนตรีและมีรัฐมนตรีคนหนึ่งเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ แต่โดยที่เรื่องนี้เป็นเรื่องของการใช้พระราชอำนาจที่เป็นกลางของประมุขของรัฐ และเป็นประเพณีปฏิบัติของรัฐธรรมนูญไทย ที่นายกแต่ผู้เดียวเป็นผู้ถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการใช้อำนาจนี้ ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล

การตราพระราชกฤษฎีกาเปิดสมัยประชุมวิสามัญรัฐสภา การขยายเวลาสมัยประชุมวิสามัญรัฐสภา หรือการปิดประชุมรัฐสภา การกระทำเหล่านี้ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล

การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์กรระหว่างประเทศ โดยประเทศไทยอาจทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงใดๆ ในลักษณะดังกล่าวได้ กรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ

การประกาศสงคราม การประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก ก็อาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ เป็นการกระทำทางรัฐบาล

การกระทำทางรัฐบาล จึงเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจขององค์กรรัฐบาลผู้มีอำนาจโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ

3) ลักษณะหรือเนื้อหาของการกระทำ

องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาลนั้นสามารถที่จะกระทำการได้ใน 2 ลักษณะถ้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการเมือง (Political Action)⁵⁶ หรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่า

⁵⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. น 17.

องค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำของรัฐบาลเหล่านี้ ก็คือ “การกระทำทางรัฐบาล”

และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรี กระทำการในลักษณะที่เป็นงานประจำ ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้ก็เป็น “การกระทำทางปกครอง”

ตัวอย่างเช่น ปัญหาเกี่ยวกับแผนการพัฒนานคน ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม แห่งชาติ ฉบับที่ 8 (พ.ศ.2540-2544) หรือปัญหาที่จะพัฒนาประสิทธิภาพและลดค่าใช้จ่ายภาครัฐ ด้วยการลดบุคลากรภาครัฐและใช้เครื่องมือเทคโนโลยีที่ทันสมัยแทน (เช่น การใช้เครื่อง คอมพิวเตอร์) หรือโองานที่ไม่มีความสำคัญให้ภาคเอกชนจัดทำแทน ซึ่งอะไรดีกว่ากันเป็นปัญหา เกี่ยวกับเรื่องนโยบายทั่วไป ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

การใช้งบประมาณแผ่นดินในช่วงเกิดวิกฤติเศรษฐกิจ จะใช้ไปในทางการสร้างงาน เพื่อช่วยเหลือคนตกงานให้มีงานทำ หรือจะใช้ไปในการสาธารณสุขเพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตของ ประชาชนให้ดีขึ้น เป็นปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนโยบายทั่วไป ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบ ร่วมกันต่อรัฐสภา

การกระทำทางรัฐบาล จึงเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อเลือกตัดสินใจ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูงหรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่ง เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นไปในทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบในทาง การเมืองร่วมกันต่อรัฐสภา

การจะพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้น จำเป็นต้อง พิจารณาจากองค์ประกอบทั้งสามประกอบกัน⁵⁷ โดยจะต้องพิจารณาองค์ผู้กระทำเป็นอันดับแรก หากเป็นการกระทำที่กระทำโดยรัฐบาล ก็ต้องพิจารณาคือได้กระทำโดยอาศัยอำนาจจาก รัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าได้กระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ก็ไปพิจารณาต่อว่า เนื้อหาของ การกระทำนั้นเป็นเป็นการกระทำในเชิงนโยบายหรือมีลักษณะเป็นงานประจำ ถ้ามีลักษณะเป็นงาน นโยบายหรือเรื่องทางการเมือง ก็จะถือว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล

⁵⁷ แถลงการณ์ของ 5 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2551). “ความเห็น ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2551, จาก

ซึ่งปกครองตามหลักนิติธรรม (The Rule of law) หรือหลักนิติรัฐ (Legal State) องค์กรฝ่ายบริหารของรัฐ จะต้องละเว้นไม่กระทำการใดๆ ถ้าองค์กรฝ่ายบริหารกระทำการใดลงไปที่การกระทำนั้นก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น องค์กรฝ่ายบริหารจะกระทำการอย่างใดได้ จะต้องมิกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น

ความคิดในเรื่อง นิติรัฐ (Legal State) เป็นความคิดของ ประชาชนที่ฝักใฝ่ในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมิบัพัญญัติในประการสำคัญถึง เสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญา และ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีฐานะเป็นคนรับใช้ของสังคม โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการกระทำที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้ มีอยู่วิธีเดียว คือ ขอมตนอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น⁶¹ การที่รัฐบาลจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรเท่านั้น เพราะตามหลักนิติรัฐถือว่า ความจริงราษฎรมีสติและเสรีภาพอยู่ก่อนแล้วอย่างกว้างขวาง ไร้ขอบเขต หากรัฐจะมากล้ากลายสิทธิ และเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีขอบเขตเฉพาะ เท่าที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐทำได้เท่านั้น การกระทำต่างๆ ในทางการบริหารหรือการปกครอง จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อ ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารกระทำการต่างๆ มีได้ 2 ระดับ คือ อาจเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรืออาจเป็นพระราชบัญญัติ หรือ พระราชกำหนด ก็ได้ ความแตกต่างระหว่างการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครองในแง่ที่มาของอำนาจ จึงพิจารณาที่ระดับของกฎหมายนี้เอง

1) อำนาจกระทำการที่มาจากรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการปกครองประเทศ กำหนดองค์กรผู้ใช้ อำนาจอธิปไตย และองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองที่สำคัญหลักๆ ของประเทศ ดังนั้น การกำหนด องค์กร ผู้ใช้อำนาจบริหาร เพื่อกระทำการต่างๆ ในทางบริหาร จึงเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ชัดเจนว่า องค์กรใดมีอำนาจกระทำการใดบ้าง เช่น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ อำนาจของ คณะรัฐมนตรี อำนาจของนายกรัฐมนตรี หรือ อำนาจของรัฐมนตรี หากรัฐธรรมนูญ มิได้บัญญัติให้อำนาจไว้ องค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ก็ไม่อาจกระทำการใดๆ ได้

ดังนั้น เมื่อองค์กรบริหารที่ประกอบกันขึ้นมาเป็นรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็น พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรี ได้กระทำการใดๆ ลงไปโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าองค์กรเหล่านี้ กระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และเรียกการกระทำเหล่านี้ว่า เป็นการกระทำทางรัฐบาล

⁶¹ หยุต แสงอุทัย. (2509). คำบรรยายหลักธรรมนูญทั่วไป. หน้า 93.

ตัวอย่างเช่น การประกาศสงคราม การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือ องค์การระหว่างประเทศ เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล จัดอยู่ในประเภท การกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลประเภทที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ

มีข้อสังเกตว่า การให้อำนาจการกระทำ ของรัฐธรรมนูญแก่องค์กรบริหาร ในฐานะ รัฐบาล รัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการและเงื่อนไขไว้ด้วยทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย เช่น การยุบสภาผู้แทนราษฎร ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา และต้องกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบวัน⁶² การประกาศสงครามต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา การประกาศใช้ และเลิกใช้กฎอัยการศึก ต้องเป็นไปตามลักษณะและวิธีการที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วย กฎอัยการศึกเป็นต้น

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ องค์กรฝ่ายปกครอง ไม่มีทางที่จะมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญได้เลย เพราะบรรดาองค์กรฝ่ายปกครองทั้งหลายล้วนอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของรัฐมนตรีทั้งสิ้น จะมีก็แต่เพียงพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีเท่านั้น ที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญได้

2) อำนาจการกระทำที่มาจากพระราชบัญญัติหรือ พระราชกำหนด

สำหรับองค์กรฝ่ายบริหาร ที่เรียกว่ารัฐบาล ซึ่งประกอบด้วย พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนนั้น อาจกระทำการโดย อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด ฉบับใด ฉบับหนึ่ง และถือว่าองค์กรเหล่านี้ เป็นองค์กรที่กระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง และเรียกการกระทำต่างๆ เหล่านี้ว่า เป็นการกระทำทางปกครอง เช่น พระมหากษัตริย์ทรงสถาปนาสมเด็จพระสังฆราช ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกา โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือ พระราชกำหนด ที่เป็นกฎหมายแม่บท คณะรัฐมนตรีกระทำการต่างๆ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด⁶³ นายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีแต่ละคน กระทำการต่างๆ โดยอาศัยตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด⁶⁴ ทั้งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินพ.ศ. 2534 อันเป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการจัดระเบียบอำนาจหน้าที่ของราชการฝ่ายบริหาร และพระราชกำหนดอื่นๆ ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี กระทำการต่างๆ เช่นนี้ ล้วนแต่เป็นการกระทำทางปกครองทั้งสิ้น

⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 116.

⁶³ สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 42-49.

⁶⁴ แหล่งเดิม.

ส่วนองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวง ซึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น ล้วนแต่เป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดทั้งสิ้น

มีข้อพิจารณาที่ว่า อำนาจการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในระดับกระทรวง หรือทบวงนั้น มีกรอบกำหนดไว้อย่างกว้างๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ส่วนอำนาจในทางปฏิบัติ นอกเหนือจากกรอบอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม จะเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ ซึ่งมีการตราขึ้นบังคับใช้ใหม่ หรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเดิมให้ทันสมัยอยู่เสมอตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป โดยกฎหมายพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดแต่ละฉบับจะระบุภารกิจเฉพาะด้าน รวมทั้งรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดนั้นๆ ไว้ด้วย

2.5.2 ความแตกต่างระหว่างการกระทำของรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครองในแง่เนื้อหา

การพิจารณาถึงความแตกต่างทางด้านเนื้อหา ระหว่างการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง ตามทฤษฎีเสนอให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำ กล่าวคือให้ดูว่า องค์กรบริหารการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเมือง (Political Action) หรืองานนโยบาย หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานประจำ (Routine) ดังนั้นตามหลักที่ว่านี้ มีผลสรุปว่า องค์กรบริหารที่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการเมืองหรือเป็นงานในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรนั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำขององค์กรเหล่านี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล ตรงกันข้าม ถ้าองค์กรฝ่ายบริหารการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการ ในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำทางปกครอง ทฤษฎีนี้ดูจะเรียบง่าย แต่ในความเรียบง่ายก็มีความยุ่งยากแฝงอยู่ นั่นคือการกระทำที่มีลักษณะ เนื้อหาเป็นงานนโยบายหรือเป็นการเมือง กับการกระทำที่มีลักษณะเนื้อหาเป็นงานประจำนั้น มีความแตกต่างกันอย่างไร มีหลักเกณฑ์หรือสิ่งใดเป็นเครื่องชี้วัดถึงความแตกต่างนั้น เป็นเรื่องที่จะต้องศึกษากันต่อไป

1) การกระทำที่เนื้อหาที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย

นโยบาย คือ แนวทางกว้างๆ ที่ใช้เป็นเครื่องมือนำทางสำหรับการกระทำต่างๆ ที่จะช่วยนำไปสู่ผลสำเร็จตามเป้าหมาย นโยบายกว้างๆ ที่จัดทำขึ้นนั้น ทุกกรณีจะเป็นความพยายามที่จะระบุขอบเขตเรื่องราวต่างๆ เอาไว้ เพื่อใช้เป็นแนวทางสำหรับการตัดสินใจต่างๆ ที่จะต้องกระทำในอนาคต⁶⁵

⁶⁵ ชงชัย สันติวงษ์. (2543). องค์กรและการบริหาร. หน้า 174.

การกระทำทางการเมืองหรือการกระทำเชิงนโยบาย เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารตามระบบรัฐสภา ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา เนื่องจากนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและมาจากความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ส่วนรัฐมนตรีก็ประกอบด้วยผู้แทนของพรรคการเมืองที่ร่วมกันจัดตั้งรัฐบาล เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งประกอบกันเป็นคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินแล้ว ก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและบทกฎหมาย โดยรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร ในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา ในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี

คำว่า “นโยบายทั่วไป” ไม่มีคำนิยาม ณ ที่ใด แต่ตามที่เข้าใจกันก็คือ เป็นโครงการหรือวิธีการซึ่งคณะรัฐมนตรีชุดหนึ่งมีอยู่ และได้จัดแถลงไว้ต่อรัฐสภาตลอดจนการปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายนั้น ทำให้รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีมีความคิดเห็นหรือท่าทีบางอย่างต่อปัญหาที่จะเกิดขึ้นเช่นนั้นด้วย ดังนั้น รัฐมนตรีทุกคนจึงต้องรับผิดชอบร่วมกันในส่วนที่เรียกว่า “นโยบายทั่วไป” ความรับผิดชอบนี้ความรับผิดชอบทางการเมืองเท่านั้น⁶⁶ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า นโยบายทั่วไปได้แก่ ข้อความที่คณะรัฐมนตรีเสนอไว้ต่อสภานิติบัญญัติ หรือเรื่องที่ได้มีการพิจารณาปรึกษาลงมติกันในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี

นโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรีนั้น หมายถึง นโยบายที่สำคัญของประเทศ เช่น การป้องกันประเทศ การคลัง การต่างประเทศ การศึกษา ซึ่งจะต้องถือเป็นนโยบายหลัก (Main Policy) ของคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ โดยไม่รวมถึงรายละเอียดปลีกย่อยของนโยบายนั้นๆ ยกตัวอย่างเช่น ปัญหาเกี่ยวกับแผนการศึกษาของชาติ และปัญหาที่ว่าประเทศควรจะทำธุรกรรมสามัญศึกษาหรือกรรมอาชีวศึกษามากกว่ากัน จะต้องให้มีโรงเรียนกี่แห่ง ราษฎรเป็นจำนวนเท่าใด เป็นปัญหาเกี่ยวกับนโยบายทั่วไป ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา⁶⁷

การกระทำที่เนื้อหา มีลักษณะ เป็นงานนโยบายหรือมีลักษณะเป็นการเมือง มีความหมายในทางการตัดสินใจเลือกในทางนโยบายเพื่อนำไปสู่การปฏิบัติ จากทางเลือกที่มีอยู่หลายๆ ทาง ตามแนวนโยบายที่กำหนดไว้ เช่น การตัดสินใจเลือกกว่า จะให้ความสำคัญต่อการศึกษาของชาติ หรือจะให้ความสำคัญต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนก่อน เพราะฉะนั้น การบริหารที่มีลักษณะทางการเมือง จึงใช้วิธีตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน และการกระทำในทางนโยบายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามนโยบายของพรรคการเมืองที่เข้ามาร่วมกันจัดตั้งรัฐบาล ซึ่งเมื่อได้กระทำไปแล้ว ต้องรับผิดชอบในทางการเมืองต่อรัฐสภา โดยมีวิธีการตรวจสอบการกระทำตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

⁶⁶ มนูญ บริสุทธี. (2521). คณะรัฐมนตรี. หน้า 74-75.

⁶⁷ หยุต แสงอุทัย. (2495). หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป. หน้า 274.

ยกตัวอย่าง เช่น นโยบายด้านการเมืองและการบริหารที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนการดำเนินงานของรัฐบาล รัฐบาลชุดต่างๆ ที่ผ่านมามีการเขียนหรือกำหนดไว้ในคำแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ไว้แตกต่างกัน คือ “สนับสนุนกิจการของรัฐบาล ให้เอื้ออำนวยต่อการที่สมาชิกสภาจะทำหน้าที่ของตนอย่างมีประสิทธิภาพ”⁶⁸ “สนับสนุนองค์กรรัฐบาล ให้สามารถทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติและตรวจสอบฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ”⁶⁹ หรือ “ส่งเสริมสนับสนุนรัฐบาลและพรรคการเมืองให้เป็นสถาบันที่มีความเข้มแข็ง และเป็นที่ยึดมั่นใสรักของประชาชน”⁷⁰ แต่พอมาถึงรัฐบาลชุด นายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี (ครั้งที่ 2) ในคราวแถลงนโยบายต่อรัฐสภา เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2540 ก็มีได้กำหนดนโยบายในเรื่องดังกล่าวไว้อีกแต่ประการใด แสดงให้เห็นว่า นโยบายในเรื่องเดียวกัน มีการเปลี่ยนแปลงได้ บางครั้งอาจกำหนดไว้ บางครั้งก็ไม่กำหนด สุดแต่ว่ารัฐบาลแต่ละคณะที่เข้าบริหารประเทศจะคิดเห็นต่อเรื่องนั้นๆ อย่างไร

องค์กรบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล (พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี) ที่การกระทำในลักษณะเป็นการเมือง หรือเป็นในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะรัฐบาล และการกระทำขององค์กรเหล่านี้ก็คือการกระทำทางรัฐบาล ส่วนองค์กรฝ่ายปกครอง จะไม่มีการกระทำที่มีลักษณะเป็นนโยบาย หรือการกระทำทางการเมืองแต่อย่างใด

2) การกระทำที่มีเนื้อหา มีลักษณะเป็นงานประจำ

งานประจำ คือ กิจการที่ต้องประพฤติปฏิบัติเป็นประจำ ตามระเบียบ กฎหมาย มติ คณะรัฐมนตรี ซึ่งได้กำหนดแนวทางหรือวิธีการให้ต้องปฏิบัติ หรือต้องดำเนินการไว้แล้ว เช่น การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ การเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการประจำปี เป็นต้น จะเห็นได้ว่า งานประจำนั้นไม่ว่าใคร เมื่อมาอยู่ในตำแหน่งใด ซึ่งกฎหมายให้อำนาจหน้าที่ว่าอย่างไร ก็ต้องปฏิบัติจัดทำไปตามอำนาจหน้าที่นั้นๆ ด้วยกันทั้งนั้น เช่น ในเรื่องของการเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการระดับสูง (ระดับ 11) ในกระทรวงใดๆ ซึ่งเป็นไปตามอำนาจของรัฐมนตรี⁷¹ ไม่ว่าใครมาเป็นรัฐมนตรี ไม่ว่า

⁶⁸ คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายชวน หลีกภัย นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภา วันพุธที่ 21 ตุลาคม 2535 ข้อ 1.

⁶⁹ แถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายบรรหาร ศิลปอาชา นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภาวันพุธที่ 26 ธันวาคม 2538 ข้อ 1.1.3.

⁷⁰ คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี พลเอกชวลิต ยงใจยุทธ นายกรัฐมนตรีแถลงต่อรัฐสภาวันพุธที่ 11 ธันวาคม 2539 ข้อ 1.4

⁷¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 73 การเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการพลเรือนสามัญ ให้ดำเนินการตามมาตรา 72 และให้ผู้มีอำนาจสั่ง บรรจุตามมาตรา 52 (1) (2) (3) (4) (5) หรือ (6) แล้วแต่กรณี เป็นผู้สั่งเลื่อน

บุคคลนั้นจะสังกัดพรรคการเมืองใด เมื่อมาเป็นรัฐมนตรีแล้ว ก็ต้องกระทำไปตามอำนาจหน้าที่นั้น เหมือนๆ กัน ไม่อาจเป็นอย่างอื่นไปได้

จากการศึกษาของ สุวิมล สังขพันธุ์ ในเรื่องสถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี เห็นว่า

การแยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครองนั้นยังมีปัญหาเพราะในประเทศไทยมีการกระทำหลายอย่างหลายประการของรัฐหรือของรัฐบาลที่ถือได้ว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ตามแนวความคิดและทฤษฎีเรื่องการกระทำทางรัฐบาล (ในประเทศฝรั่งเศส) แต่ทั้งนี้ในประเทศไทย มิได้มีการศึกษาและแยกแยะการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด คงมีแต่ความเข้าใจกันโดยทั่วไปว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรีคือการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องทั้งหมด

เนื่องจากทฤษฎีกฎหมายปกครองว่าด้วยการแยกงานประจำออกจากงานนโยบายยังมิได้รับการพัฒนาให้เกิดขึ้นในประเทศไทย ดังนั้น การแยกการสั่งการของคณะรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี จึงมิได้มีการแยกให้เห็นอย่างเด่นชัดว่า มติคณะรัฐมนตรี เรื่องใดมีลักษณะเป็นงานประจำ มติคณะรัฐมนตรี เรื่องใดมีลักษณะเป็นงานนโยบาย มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นเรื่องงานนโยบายดังกล่าว เป็นอำนาจดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีโดยตรงที่จะพิจารณาให้มี มติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายดังกล่าว เป็นเรื่องของความเหมาะสมทางการบริหาร โดยแท้ ไม่อาจถูกควบคุมโดยหลักความชอบด้วยกฎหมายได้⁷²

ปัญหาอยู่ที่ว่า จะแยกงานประจำออกจากงานนโยบาย หรืองานที่มีลักษณะเป็นการเมืองได้อย่างไร เพราะในการกระทำอันเดียวกัน ในสถานการณ์อย่างหนึ่งเราอาจมองว่าเป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องของนโยบาย เป็นเรื่องของการบริหารราชการแผ่นดิน แต่ในอีกสถานการณ์หนึ่ง

การเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการพลเรือนสามัญในราชการบริหารส่วนภูมิภาคให้ผู้ว่าราชการจังหวัด แจงข้อเท็จจริงและความเห็นเกี่ยวกับการควรเลื่อนหรือไม่ควรเลื่อนไปยังอธิบดีผู้บังคับบัญชาเพื่อประกอบการพิจารณา

สำหรับการเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งตั้งแต่ ระดับ 7 ลงมาในราชการบริหารส่วน ภูมิภาค ซึ่งมีหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด คณะรัฐมนตรีจะมอบหมายให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้บังคับบัญชาสั่งเลื่อน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎ ก.พ. ตามมาตรา 72 ก็ได้

ประกอบมาตรา 52 (1) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 11 ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัด นำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา อนุมัติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้สั่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

⁷² สุวิมล สังขพันธุ์. (2535). สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี. หน้า 81-82.

มันอาจเป็นเรื่องของงานประจำที่ต้องปฏิบัติจัดทำเป็นปกติ เช่น ในการซื้อเรือดำน้ำมาประจำ การกองทัพเรือราคาเป็นพันล้านบาท ถ้าเป็นในยามที่เศรษฐกิจของประเทศกำลังเฟื่องฟู มีการส่งสินค้าออกเป็นจำนวนมาก ประเทศมีดุลการค้าได้เปรียบจำนวนมาก ฐานะของดุลบัญชีเดินสะพัดเกินดุลสูง เงินคงคลังมีมาก ในยามที่ประเทศมีเงินเหลือใช้ เช่นนี้ การตัดสินใจซื้อเรือดำน้ำ เพื่อเสริมสมรรถภาพให้กับกองทัพเรือ ก็เป็นเรื่องธรรมดา ไม่ว่าพรรคการเมืองใดมาเป็นคณะรัฐมนตรี หรือตัวแทนของพรรคการเมืองใดมาเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ก็ต้องตัดสินใจในทันทีในยามที่กองทัพเรือขาดแคลนอาวุธเช่นนี้ แต่ถ้าสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปในทางตรงข้าม โดยประเทศประสบภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ดุลการค้าขาดดุล ดุลบัญชีเดินสะพัดขาดดุล เงินคงคลังมีน้อย แต่ประเทศมีความต้องการใช้เงินในทุกๆ ด้าน การใช้งบประมาณแผ่นดินไปทุ่มเทด้านใดด้านหนึ่ง จึงต้องพิจารณาถึงความจำเป็น เป็นอย่างมาก ถ้าหากรัฐบาลตัดสินใจใช้งบประมาณจำนวนเป็นพันล้านบาทเพื่อซื้อเรือดำน้ำให้กับกองทัพเรือตามที่กระทรวงกลาโหมเสนอ ก็หมายความว่ารัฐบาลตัดสินใจโดยให้ความสำคัญกับการรักษาความมั่นคงของประเทศมากกว่า การพัฒนาคน เพราะงบประมาณแผ่นดินที่จะนำไปใช้ในการพัฒนาด้าน การปฏิรูปการศึกษาของชาติ การพัฒนาเศรษฐกิจ การพัฒนาสังคม และด้านอื่นๆ ของประเทศต้องลดลง หรือหายไป เท่ากับที่ใช้ไปในการซื้อเรือดำน้ำนั้น

ในความไม่แน่นอนของการแยก “งานประจำ” ออกจาก “งานนโยบาย” นั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีคือ ทำให้ศาลปกครองซึ่งมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) สามารถใช้ดุลพินิจเลือกได้ว่า การกระทำอย่างใดของพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ที่ศาลไม่คุมไม่อยากจะตรวจสอบ ศาลก็จะบอกว่าการกระทำขององค์กรเหล่านี้ เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเมือง (Political Action) หรือเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Act of government) ศาลปกครองไม่มีอำนาจตรวจสอบ เพราะศาลปกครองมีเขตอำนาจเพียงการควบคุม การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น แต่ถ้าเมื่อไหร่ศาลจะคุม ศาลก็จะบอกว่าการกระทำของพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี อย่างนั้น อย่างนี้เป็นงานประจำ โดยไม่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำว่าแท้จริงแล้วมี “ธรรมชาติ” เป็นงานเช่นไรกันแน่ เช่นนี้ก็จะกลายเป็นข้อเสียตกอยู่แก่ราษฎร ที่ถูกระทบสัทธิจากการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารของรัฐ เพราะราษฎรจะไม่มีควมสนใจในนิติฐานะของตนว่าเมื่อตนถูกระทบสัทธิแล้วการกระทำเช่นไรขององค์กรเหล่านั้นศาลจะคุม และการกระทำเช่นไรศาลจะไม่ควบคุม

2.6 การกระทำทางรัฐบาลที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทย

แนวความคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลได้มีการนำมาบัญญัติปรับใช้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทย อยู่ 2 ฉบับ คือพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ใน

มาตรา 20 ในส่วนที่ว่าด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ กับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งจะปรากฏในมาตรา 4 ในส่วนของการยกเว้นว่ามีให้กฎหมายนี้ใช้บังคับกับเรื่องราวบุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรใดบ้าง ซึ่งจะมีเนื้อหาดังนี้

2.6.1 พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล ได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยเป็นครั้งแรก คือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ในส่วนที่ว่าด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งตามมาตรา 20 (1) บัญญัติห้ามมิให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับเรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาไว้พิจารณา และคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคยวางหลักตามคำวินิจฉัยที่ 20/2528 ว่า เรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา เป็นกรณีของการตัดสินใจดำเนินการที่องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้าไปพิจารณาทบทวนได้ เพราะเป็นเรื่อง “ความเหมาะสมในการบริหาร” ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำกับให้พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายได้ หรือเป็นเรื่อง “ความถูกต้องตามกฎหมาย” แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบในเรื่องนั้นต่อรัฐสภาโดยตรง ซึ่งการควบคุมความถูกต้องในเรื่องดังกล่าว ต้องอยู่ในกลไกการควบคุมทางการเมืองของรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น

ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 จะพบว่าบทบัญญัติของมาตรา 20 ห้ามมิให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับเรื่องที่มีลักษณะต่างๆ 7 ลักษณะ คือ

- 1) เรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา
- 2) เรื่องที่คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีมติเด็ดขาดแล้ว
- 3) เรื่องที่มีการฟ้องร้องกันอยู่ในศาล หรือศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว
- 4) เรื่องที่ยังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบขั้นตอนตามที่

กฎหมายกำหนดไว้

- 5) เรื่องที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วินิจฉัยเด็ดขาดแล้ว
- 6) เรื่องที่ผู้ร้องทุกข์ละทิ้งการร้องทุกข์
- 7) เรื่องที่ขาดอายุความร้องทุกข์

กรณีที่เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ได้แก้กรณีตาม 20 (1) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคยวางไว้ ดังนี้คือ

เรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อรัฐสภา “ลักษณะ” ที่กล่าวนี้เป็นกรณีของการตัดสินใจดำเนินการ ที่องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้ามา พิจารณาทบทวนได้เพราะ (1) เป็นเรื่อง “ความเหมาะสมในการบริหาร” ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำกับให้พิจารณาความถูกต้องทางกฎหมายได้ หรือ (2) เป็นเรื่อง “ความถูกต้องทางกฎหมาย” แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อรัฐสภา ซึ่งการควบคุมความถูกต้องดังกล่าว ต้องอยู่ใน

กลไกการควบคุมทางการเมืองของรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ทั้งนี้เพราะกรณีดังกล่าวนี้ กฎหมายประสงค์ให้รัฐสภาเป็นผู้ตรวจสอบในทางการเมือง มิใช่ตรวจสอบในทางกฎหมาย

2.6.2 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁷³

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดข้อยกเว้นมิให้นำกฎหมายฉบับนี้ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐมาใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี การพิจารณาของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง และการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ ดังนี้

1) การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (1) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ซึ่งการไม่นำหลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้กับรัฐสภานั้นย่อมมีเหตุผลที่ชัดเจนตามหลักกฎหมายปกครองที่ถือว่า “รัฐสภา” คือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการนิติบัญญัติ กรณีนี้จึงย่อมมิใช่การดำเนินการทางปกครองที่จะอยู่ในบังคับของกฎหมายนี้ สำหรับ “คณะรัฐมนตรี” ที่ดำเนินการในทางการเมืองก็ย่อมมีคำอธิบายได้ในทำนองเดียวกันว่ามิใช่การใช้อำนาจทางปกครองตามความมุ่งหมายของกฎหมายนี้ แต่การยกเว้นรัฐสภาในที่นี้ย่อมมิได้หมายถึงการยกเว้นการบังคับใช้ต่อองค์กรภายในองค์กรรัฐสภาทั้งหมดซึ่งอาจจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองด้วยดังเช่นการลงโทษทางวินัยแก่

⁷³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

- (1) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี
 - (2) องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ
 - (3) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง
 - (4) การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดีการบังคับคดี และการวางทรัพย์
 - (5) การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และการสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา
 - (6) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ
 - (7) การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ
 - (8) การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
 - (9) การดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนา
- การยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การดำเนินกิจการใดหรือกับหน่วยงานใดนอกจากที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.

เจ้าหน้าที่รัฐสภาซึ่งอยู่ในข่ายของการออกคำสั่งทางปกครองโดยปกติด้วย และในทำนองเดียวกัน วรรคดังกล่าวนี้ก็อาจนำมาใช้ต่อกรณีของคณะรัฐมนตรีได้ด้วย เพราะงานของคณะรัฐมนตรีส่วนหนึ่ง มีสภาพเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้น มิใช่การตัดสินใจในทางนโยบายหรือในทางการเมือง แต่อย่างใด แต่โดยที่บทบัญญัติมาตรา 4 (1) ใช้ถ้อยคำที่ระบุถึงองค์กร “คณะรัฐมนตรี” โดยเฉพาะ ดังนั้นการกำหนดวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับต่อคณะรัฐมนตรี ทั้งหมดไม่ว่าการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีนั้นจะมีลักษณะเป็นงานทางปกครองหรืองานที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายของรัฐบาล

2) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (3) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง ซึ่งการดำเนินการขององค์กรทางการเมืองในเรื่องนโยบายย่อมอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบในทางการเมืองตามแนวที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพราะการกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำในทางการเมืองของรัฐบาล และไม่อาจนำเอามาตรการการควบคุมที่ใช้กับเจ้าหน้าที่ทางปกครองไปตรวจสอบการกระทำในทางการเมืองเหล่านี้ จึงต้องบัญญัติยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับการกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวด้วย

3) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (6) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบของงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรับผิดชอบดูแลโดยตรง และเป็นกรณีที่มีความละเอียดอ่อนที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจและรับผิดชอบในทางการเมือง จึงไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้

ตัวอย่างของข้อยกเว้นมิให้นำกฎหมายฉบับนี้มาใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามบันทึกของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 838/2541) มีข้อหาหรือว่า การพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือไม่โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า การพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 47⁷⁴ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติฯ ของคณะรัฐมนตรี

⁷⁴ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 47 ในกรณีที่โครงการหรือกิจการซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 46 เป็นโครงการหรือ

ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพราะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือโครงการร่วมกับเอกชน ซึ่งต้องเสนอขอรับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามระเบียบปฏิบัติของทางราชการ ให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบโครงการหรือกิจการนั้น จัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ตั้งแต่ในระยะทำการศึกษาความเหมาะสมของโครงการเสนอต่อคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพื่อเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่เสนอตามวรรคหนึ่ง คณะรัฐมนตรีอาจขอให้บุคคลหรือสถาบันใด ซึ่งเป็นผู้ชำนาญการหรือเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมทำการศึกษาและเสนอรายงานหรือความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้

สำหรับโครงการหรือกิจการของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 46 ซึ่งไม่จำเป็นต้องเสนอขอรับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบโครงการหรือกิจการนั้นจัดทำรายงาน.