

บทที่ 2

ข้อความคิดเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายปกครองและกระบวนการ ในการทำคำสั่งทางปกครอง

ในรัฐที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย โดยส่วนใหญ่มักเป็นรัฐที่ยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัดหรือที่เรียกว่า “นิติรัฐ” ซึ่งกลไกหรือองค์ประกอบสำคัญที่จะก่อให้เกิดนิติรัฐก็คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ที่เป็นการแบ่งแยกอำนาจของรัฐให้องค์กรผู้ใช้ต่างองค์กรกันและเป็นอิสระจากกัน เพื่อไม่ให้อำนาจรัฐมีการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่องค์กรเพียงองค์กรเดียวหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพียงบุคคลเดียว แต่ต้องให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันเพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวเพื่อจัดทำกิจการของรัฐนั้น รัฐจึงอาจใช้อำนาจโดยผ่านองค์กรที่ใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ (Legislative Power) องค์กรที่ใช้อำนาจในทางบริหาร (Executive Power) องค์กรที่ใช้อำนาจในทางตุลาการ (Judicial Power)

โดยที่การใช้อำนาจรัฐทางบริหารเป็นอำนาจดำเนินการและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งในทางทฤษฎีองค์กรฝ่ายบริหารอาจใช้อำนาจกระทำการในสองฐานะ คือ ในฐานะที่เป็น “องค์กรฝ่ายรัฐบาล” หรือฝ่ายบริหารโดยแท้ ซึ่งมีคณะรัฐมนตรีร่วมกันใช้อำนาจทางการเมืองหรือตามรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดนโยบายของรัฐบาล และดำเนินกิจการสำคัญเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลที่จัดทำเพื่อความดำรงคงอยู่ของรัฐเป็นส่วนรวม เช่น การวางแผนเศรษฐกิจของชาติ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การประกาศสงคราม เป็นต้น การกระทำของรัฐบาลดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรศาล แต่ต้องเป็นการตรวจสอบในทางการเมือง และอีกฐานะหนึ่งในฐานะที่เป็น “องค์กรฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลายที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมขององค์กรรัฐบาลอีกชั้นหนึ่งดำเนินกิจการที่ปฏิบัติเป็นปกติธุระเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายและนโยบายที่รัฐวางไว้ เป็นกิจการที่เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่ฝ่ายปกครองจัดทำอยู่เป็นประจำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ซึ่งการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในกรณีนี้เรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” อันเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำหรือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง

ในปัจจุบันพบว่ามีความหมายจำนวนมากที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจเหนือต่อประชาชนในการแสดงเจตนาหรือออกคำสั่งโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายโดยมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ซึ่งการกระทำทางปกครองในลักษณะดังที่ว่ามานี้เรียกว่า การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว อันได้แก่ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไป อันเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้กับบุคคลในลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไปและไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคล หรือที่เรียกว่า “กฎ” และนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเฉพาะ อันเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้กับบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจงและเป็นข้อกำหนดที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเป็นรูปธรรม หรือที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” นั้นเอง ซึ่งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวทั้งสองประเภทนี้เป็นการปฏิบัติภารกิจทางปกครองที่อยู่ในลักษณะการสั่งการหรือคำสั่งอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก เนื่องจากรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชนและสามารถแสดงเจตนากำหนดหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียวโดยที่ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน

นอกจากนั้น ยังพบว่ามักมีการบัญญัติถึงรูปแบบในการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำการทางปกครองใด ๆ ด้วย เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างไร้เหตุผลและเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยซึ่งมีอยู่หลายลักษณะด้วยกัน เช่น การวางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองโดยกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรเพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการ หรือการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในราชการทางปกครอง โดยการให้ประชาชนที่อาจจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในทางปกครองมีสิทธิโต้แย้งป้องกันสิทธิของตนก่อนจะมีการกระทำนั้นได้ โดยวิธีการปรึกษาหารือกับประชาชน โดยการไต่สวนสาธารณะที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการระบวงการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เพื่อรวบรวมข้อมูลและความคิดเห็นจากประชาชนและจัดทำรายงานเสนอต่อผู้มีอำนาจเพื่อตัดสินใจในการสั่งการ หรือการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง

ลักษณะที่สำคัญของการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำการทางปกครองอีกประการหนึ่งก็คือ กระบวนการในการให้คำปรึกษาหารือที่กำหนดให้การกระทำในทางปกครองบางประการต้องได้รับความเห็นชอบเบื้องต้นจากองค์กรที่ทำหน้าที่ด้านนี้ก่อน จึงจะดำเนินการต่อไปได้

หรือให้องค์กรที่ปรึกษาทำหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือโดยไม่ได้ทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบควบคู่กันไปด้วย ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบหรือให้คำปรึกษานี้ อาจเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา หรืออาจเป็นคณะบุคคลธรรมดาก็ได้

ด้วยเหตุดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ในบทที่ 2 นี้ผู้เขียนจึงได้กล่าวถึงความหมายขององค์กรฝ่ายปกครองว่าหมายถึงหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดบ้าง รวมทั้งประเภทของการจัดองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งอาจจำแนกได้เป็นสองลักษณะ โดยอาศัยรูปแบบหรือลักษณะขององค์กร และอาศัยหน้าที่ขององค์กรมาเป็นตัวจัดประเภทขององค์กร และในส่วนต่อไปจึงจะได้กล่าวถึงการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งจะได้กล่าวถึงกระบวนการในการทำคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะ ตั้งแต่การเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยการริเริ่ม และการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนขั้นตอนสุดท้าย คือ การตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครอง

1. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายปกครองในเชิงองค์กร

องค์กรฝ่ายปกครอง (Administration) หรือส่วนราชการต่าง ๆ เป็นองค์กรของรัฐบาลที่สำคัญที่สุดต่อการนำนโยบายของฝ่ายบริหาร กฎหมาย และระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ตลอดจนทรัพยากรที่มีอย่างจำกัด (limited resources) ไปบริหารให้เกิดเป็นผลบริการสาธารณะ (public service) ซึ่งเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการ หรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนซึ่งจะขาดเสียมิได้ หรือจะมอบหมายให้เอกชนไปจัดทำก็อาจจะไม่เกิดผลดีแก่ส่วนรวม ในเมื่อกิจการเหล่านั้นผู้จัดทำไม่สมควรแสวงหาผลประโยชน์ได้เช่นเดียวกับกิจการอื่น ๆ¹ ส่วนอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร (activité administrative) ในทางตำราได้มีการอธิบายว่ามีหน้าที่อยู่สองประการ คือ หน้าที่ในการจัดทำบริการต่าง ๆ (la fonction de prestation) เพื่อประชาชน เช่น การจัดบริการทางด้านไฟฟ้า ประปา โทรคมนาคม ที่อยู่อาศัย การอำนวยความสะดวก สุภาพ การศึกษา ฯลฯ และอีกหน้าที่หนึ่งคือ การกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ (la fonction normative) เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือนโยบาย อันเป็นการ

¹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 38

กำหนดกฎเกณฑ์นอกเหนือจากกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐาน หรือกฎหมายแม่บท บรรทัดฐานของศาล หรือแม้แต่ความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลต่อกฎหมายภายใน²

คำว่า “ฝ่ายปกครอง” จึงรวมถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดที่มีส่วนในการใช้อำนาจบริหาร หรือจัดทำราชการบริหารอันเป็นราชการที่อยู่ในหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ดังนั้น ราชการบริหารจึงแยกต่างหากออกจากอกราชการอันอยู่ในหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ และมีใช้งานทางนิติบัญญัติหรืองานทางตุลาการนั่นเอง สำหรับความหมายขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น ในทางตำราก็ได้มีการให้คำนิยามไว้ดังที่จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

1.1 ความหมายขององค์กรฝ่ายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายความว่า หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นราชการบริหาร กล่าวคือ หมายความว่า หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่นทั้งหมด³

นอกจากนี้ รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ยังได้อธิบายว่า คำว่า “ฝ่ายปกครอง” (Administration) นั้น มีความหมายสองนัยด้วยกัน⁴ กล่าวคือ

ฝ่ายปกครองในความหมายอย่างแคบหรือความหมายดั้งเดิม หมายถึง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งได้แก่ บรรดาหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง และองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่ บรรดาองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือ

² René Chapus, Droit Administrative General, Tome I, Montchristien, 1998, p.433

อ้างถึงใน ธรรมนูญ สุมันตกุล, “กฎหมายปกครอง” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 23 ตอน 3, น. 3

³ ประยูร กาญจนดุล, อ้าวแล้ว เจริญรฤที่ 1, น.34

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (กรุงเทพมหานคร , 2547), น.156 - 160

ในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง พระมหากษัตริย์ โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่น ๆ เมื่อองค์กรของรัฐ ฝ่ายบริหารเหล่านี้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

ส่วนฝ่ายปกครองในความหมายอย่างกว้างหรือความหมายสมัยใหม่ หมายถึง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดของหน่วยงานของรัฐ ที่เป็นอิสระ เมื่อหน่วยงานของรัฐและองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านี้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

อย่างไรก็ดี เมื่อได้พิจารณาตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ แล้วจะเห็นได้ว่า คำว่า “ฝ่ายปกครอง” นั้น มิใช่ถ้อยคำในทางกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากในกฎหมายมักจะใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันแต่มีความหมายที่คล้ายคลึงกัน เช่น คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” หรือคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ตามที่ปรากฏในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ดังนี้

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 ว่า

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 ว่า

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในขณะที่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ระบุไว้ว่า

“หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

จากคำนิยามต่าง ๆ ตามที่กฎหมายได้ระบุไว้ข้างต้น ทำให้เห็นว่ากฎหมายได้มีการใช้ถ้อยคำที่เรียกฝ่ายปกครองและนิยามความหมายไว้แตกต่างกัน ในขณะที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิได้ให้คำนิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” หรือ “หน่วยงานทางปกครอง” ไว้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม การที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ ตามที่ได้ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้ได้ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันนั้น อาจมีเหตุผลเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายแตกต่างกัน ประกอบกับเป็นการร่างกฎหมายในเวลาที่แตกต่างกัน ดังนั้น การพิจารณาว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะหมายถึงหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดบ้างนั้น เห็นสมควรให้พิจารณาตามความหมายอย่างกว้าง โดยพิจารณาว่าหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานนั้นได้มีการกระทำในทางปกครอง และอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลปกครองหรือไม่

1.2 ประเภทของการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง

เนื่องด้วยการปฏิบัติภารกิจทางปกครองหรือตัดสินใจเรื่องในทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นมีความหลากหลาย เพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของประชาชนและประเทศ และเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในทางเศรษฐกิจและสังคม การจะกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองใดองค์กรฝ่ายปกครองหนึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติภารกิจทางปกครองใด ๆ นั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากลักษณะของงานนั้น ๆ ว่ามีความสำคัญมากน้อยเพียงใด มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือไม่ หรืองานบางประเภทอาจต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านใดด้านหนึ่งหรือหลายด้าน ดังนั้น การจัดรูปแบบขององค์กรฝ่ายปกครองก็ย่อมมีความหลากหลาย และซับซ้อนเช่นเดียวกับภารกิจที่มีความหลากหลายนั้น เพื่อให้การปฏิบัติภารกิจทางปกครองแต่ละประเภทกับองค์กรผู้มีความเหมาะสมที่จะทำการทางปกครองเกิดความสอดคล้องเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการดำเนินงานในอันที่จะก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ในการปฏิบัติงานตามมา ซึ่งรูปแบบขององค์กรฝ่ายปกครองผู้ที่จะปฏิบัติภารกิจทางปกครองหรือตัดสินใจเรื่องในทางปกครองอาจอยู่ในรูปของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดเพียงคนเดียว หรือในรูปของคณะกรรมการ รวมทั้งอาจอยู่ในลักษณะของการเข้าร่วมตัดสินใจหรือร่วมแสดงเจตนาในการกระทำทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่งขององค์กรทางปกครองตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปก็ได้ นอกจากนี้ยังสามารถแบ่งการจัดองค์กรตามกระบวนการพิจารณาทางปกครองว่าองค์กรของรัฐหรือ

องค์กรทางปกครองนั้น ๆ มีบทบาทหรืออำนาจหน้าที่ในกระบวนการดังกล่าวอย่างไรบ้าง ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้แบ่งการจัดองค์กรของรัฐเป็น 2 ประเภทโดยอาศัยเกณฑ์การจัดตามลักษณะขององค์กร และการจัดตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร ดังต่อไปนี้

1.2.1 แบ่งตามลักษณะขององค์กร

การแบ่งองค์กรตามลักษณะนี้ เป็นการแบ่งตามลักษณะหรือรูปแบบขององค์กรโดยพิจารณาจากจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้น และพิจารณาจากลักษณะของการแสดงเจตนาประกอบกัน ซึ่งอาจสามารถจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

1) องค์กรเดียว

องค์กรที่ปฏิบัติการแบบดั้งเดิมของรัฐโดยส่วนใหญ่มักมีการจัดองค์กรในลักษณะขององค์กรเดียว ซึ่งเป็นรูปแบบที่เหมาะสมกับงานที่ต้องมีการปฏิบัติโดยตรง ต้องการความรวดเร็วในการตัดสินใจ และงานที่ต้องการผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน ผู้รับผิดชอบคนเดียวดังกล่าวจึงมีอำนาจในการตัดสินใจและรับผิดชอบผลของการตัดสินใจนั้น ทำให้เกิดความสะดวกในการเร่งรัด ติดตาม ตลอดจนประเมินผลสัมฤทธิ์ของงาน และช่วยให้การทำงานเป็นไปอย่างรวดเร็ว ทั้งยังเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายในการบริหารงานด้วย แต่การจัดองค์กรในรูปแบบนี้ก็มักมีข้อจำกัดหรือข้อบกพร่องบางประการ เช่น การขาดความรอบคอบ และไม่มีการรวบรวมประสบการณ์ที่หลากหลายเพื่อการตัดสินใจ

การที่จะพิจารณาว่าอย่างไรจึงเรียกว่าเป็นองค์กรเดียว นั้น ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ในเรื่องจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้น คือ ถ้าองค์กรนั้นประกอบด้วยสมาชิกเพียงคนเดียวก็จะเป็น “องค์กรเดียว” การแสดงเจตนาขององค์กรเดียวนั้นไม่ซับซ้อนเพราะสามารถตัดสินใจและแสดงเจตนาโดยบุคคลเพียงคนเดียวไม่ต้องร่วมตัดสินใจกับองค์กรอื่น เพียงแต่พิจารณาเฉพาะขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นก็เพียงพอ เช่น ประมุขแห่งรัฐ นายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น⁵

สำหรับความหมายเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองที่มีลักษณะเป็นองค์กรเดียวนั้น ในประเทศเยอรมันก็ได้มีการกล่าวไว้ในกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องทางปกครองและกระบวนการดำเนินการตัดสินใจขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับในระดับสหพันธ์ของประเทศเยอรมัน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976

⁵ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2549), น.195-198

โดยวิธีพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายฉบับนี้หมายถึงกระบวนการหรือวิธีการดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองหรือดำเนินการตกลงทำสัญญาทางปกครองเท่านั้น ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง⁶ โดยหน่วยงานทางปกครอง (Verwaltungsbehörden) ที่ได้รับการจัดตั้งให้ปฏิบัติภารกิจทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันมีอยู่ 2 ประเภท ประเภทแรกเป็นหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรเดี่ยว และประเภทที่สองเป็นหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่มซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป สำหรับหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรเดี่ยว (monokratische oder bürokratische Behörde) หมายความว่า เป็นการตัดสินใจออกไปในนามของหน่วยงานนั้น จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดแห่งหน่วยงานเพียงคนเดียว โดยในหน่วยงานนั้นจะมีการแบ่งหน่วยงานย่อยภายในที่มีตำแหน่งต่างๆ (Ämter) รองลงไปเป็นลำดับ⁷

เมื่อได้พิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้วจึงอาจกล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าองค์กรฝ่ายปกครองใดมีลักษณะเป็นองค์กรเดียวนั้นก็คือ องค์กรฝ่ายปกครองใด ๆ ซึ่งสามารถตัดสินใจและแสดงเจตนาโดยบุคคลคนเดียวไม่ต้องร่วมตัดสินใจกับองค์กรอื่น โดยที่บุคคลคนเดียวนั้นจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดแห่งหน่วยงานเพียงคนเดียว แต่การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดนั้นเป็นการตัดสินใจที่มีผลออกไปภายนอกหน่วยงานในนามของหน่วยงานนั้น มิใช่เป็นการตัดสินใจในนามของเจ้าหน้าที่ผู้ดำรงตำแหน่งสูงสุดของหน่วยงานแต่อย่างใด

2) องค์กรกลุ่ม (Collective Organ)

แต่เดิมนั้นรัฐมีภารกิจที่ค่อนข้างจำกัดอันเป็นเหตุมาจากสภาพของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง การปกครอง และปัจจัยด้านอื่น ๆ รวมทั้งการพัฒนาด้านองค์ความรู้ต่าง ๆ การจัดองค์กรของรัฐจึงเป็นแบบองค์กรเดี่ยวโดยส่วนใหญ่ ต่อมาเมื่อสภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างมากและเกิดแนวความคิดว่าการมอบอำนาจให้บุคคลคนเดียวเป็นผู้รับผิดชอบงานนั้นเป็นการเสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจโดยไม่รอบคอบและเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนตน เนื่องจากไม่มีการคานอำนาจในการใช้ดุลพินิจ รัฐจึงต้องปรับเปลี่ยนบทบาทภาระหน้าที่ของตนเองให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงนั้น ๆ ประกอบกับงานบางอย่างเป็นกิจการขนาดใหญ่และมีความเสี่ยง

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น.15 -17

⁷ Badura, in : Erichse/Ehlers, S. 510. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้าง, น.59

ค่อนข้างมากจำเป็นต้องได้รับข้อมูลหรือความรู้หลายด้านหรือต้องการให้เกิดการประสานงานหรือความเป็นเอกภาพของหน่วยงานหลายหน่วยงาน จึงจำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนการจัดรูปแบบองค์กรของรัฐมาเป็นรูปแบบที่จะต้องมีการตัดสินใจร่วมกันเพื่อระดมความคิดและความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน จึงเกิดรูปแบบการจัดองค์กรในลักษณะองค์กรกลุ่มขึ้นมา และลดระดับความรับผิดชอบของบุคคลผู้ที่ได้รับมอบหมายให้เหลือเพียงการดำเนินการตามมติของคณะกรรมการหรือสภาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามการจัดองค์กรในรูปแบบนี้ก็มีข้อจำกัดหรือข้อบกพร่องบางประการเช่นกัน ได้แก่ การขาดระบบความรับผิดชอบที่ชัดเจน เพราะการดำเนินการใด ๆ นั้น จะต้องอาศัยมติขององค์กรกลุ่มเท่านั้นซึ่งอาจเกิดความล่าช้าในกระบวนการตัดสินใจได้

ส่วนหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่ององค์กรกลุ่มก็พิจารณาจากจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้นเช่นกัน กล่าวคือ ถ้าประกอบด้วยสมาชิกหลายคนก็จัดเป็น “องค์กรกลุ่ม” (Collective Organ) การตัดสินใจและการแสดงเจตนามีความซับซ้อนกว่าองค์กรเดี่ยว เพราะองค์กรกลุ่มประกอบด้วยสมาชิกหลายคน ตัวอย่างเช่น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรลำดับรองลงมาที่อยู่ในรูปคณะกรรมการต่าง ๆ เป็นต้น⁸

สำหรับหน่วยงานที่จะได้รับการจัดตั้งให้ปฏิบัติภารกิจทางปกครองตามระบบกฎหมายเยอรมันที่เป็นการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่ม (kollegiale Behörde) หมายความว่า การตัดสินใจเรื่องในทางปกครองที่กระทบต่อราษฎรจะต้องกระทำในรูปของคณะกรรมการ (Ausschuss) อย่างไรก็ตาม ในส่วนของหน่วยงานที่มีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่มนี้ แม้การตัดสินใจจะกระทำในรูปของการประชุมโดยคณะกรรมการก็ตาม แต่การบังคับการตามมติของคณะกรรมการตลอดจนการดำเนินการในความสัมพันธ์ภายนอก กฎหมายจะกำหนดให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง โดยหน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มนี้จะแตกต่างจากหน่วยงานที่เป็นองค์กรเดี่ยวตรงที่หน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มจะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาสั่งการโดยองค์กรอื่น⁹

องค์กรที่จัดตั้งในรูปของคณะกรรมการทางปกครองนั้นมีอยู่มากมายหลายประเภทและมีหน้าที่แตกต่างกัน กล่าวคือ คณะกรรมการบางประเภทมีอำนาจหน้าที่เสนอความเห็นหรือให้คำแนะนำในด้านนโยบายต่าง ๆ ต่อฝ่ายบริหาร โดยอำนาจการตัดสินใจอยู่ที่ฝ่ายบริหารมิได้อยู่ที่คณะกรรมการดังกล่าว เช่น สภาความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เสนอแนะ

⁸ สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.195-198

⁹ Badura, in : *Erichse/Ehlers*, S. 510. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.59-60

คณะรัฐมนตรีในเรื่องนโยบายภายในประเทศ นโยบายต่างประเทศ และนโยบายการทหารกับการเศรษฐกิจและอื่น ๆ อันเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ และคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เสนอแนะและให้ความเห็นเกี่ยวกับการศึกษาต่อคณะรัฐมนตรี เป็นต้น แต่คณะกรรมการบางประเภทอาจมีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษา ข้อเสนอแนะ หรือความเห็นใด ๆ ต่อผู้มีอำนาจตัดสินใจในองค์กร ซึ่งมี 2 ระดับ ประเภทแรกจะเป็นทั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาและผู้ควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครองด้วย คือ ในเรื่องสำคัญ ๆ ผู้ปฏิบัติการจะต้องขอความเห็นชอบ หรือจะต้องปรึกษากับคณะกรรมการด้วย ส่วนประเภทที่สองจะเป็นเพียงองค์กรที่ปรึกษา คือ เป็นเพียงองค์กรที่ปรึกษาเท่านั้น ผู้ปฏิบัติการจะปรึกษาหรือไม่ก็ได้แต่ดุลพินิจ และคณะกรรมการอีกประเภทหนึ่งที่เป็นคณะกรรมการบริหารโดยมีอำนาจตัดสินใจดำเนินการภายในองค์กรโดยตรง ซึ่งมักจะใช้ในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการเงินประเภทกองทุนต่าง ๆ องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพอิสระ และสภาการศึกษาระดับอุดมศึกษา เนื่องจากองค์กรดังกล่าวโดยส่วนใหญ่มีฐานะเป็นนิติบุคคล จึงมีคณะกรรมการเป็นผู้บริหารงานให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ๆ

3) องค์กรร่วม

การพิจารณาเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐประเภทองค์กรร่วมนี้อาจแตกต่างไปจากองค์กรของรัฐประเภทองค์กรเดี่ยวและองค์กรของรัฐประเภทองค์กรกลุ่มที่มุ่งพิจารณาในแง่ของจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้น ๆ แต่หากเป็นการพิจารณาในแง่เกี่ยวกับการตัดสินใจและการแสดงเจตนาขององค์กรนั้นแล้วก็สามารถแบ่งรูปแบบการจัดองค์กรได้อีกประเภทหนึ่ง คือ “องค์กรร่วม” นั่นเอง โดยการทำความเข้าใจเกี่ยวกับองค์กรร่วมว่าหมายถึงองค์กรประเภทใดนั้น จำเป็นที่จะต้องเปรียบเทียบกับองค์กรที่มีลักษณะในทางตรงกันข้ามกับองค์กรร่วม ในที่นี้ก็คือ “องค์กรเอกเทศ” นั่นเอง ซึ่งองค์กรประเภทนี้สามารถตัดสินใจและแสดงเจตนาตัดสินใจได้ด้วยตนเองก็ทำให้การแสดงเจตนาที่มีผลสมบูรณ์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องร่วมตัดสินใจกับองค์กรอื่นแต่อย่างใด

ดังนั้น องค์กรร่วมจึงเป็นการจัดรูปแบบขององค์กรโดยพิจารณาจากจำนวนองค์กรที่เข้าร่วมในการแสดงเจตนา คือ ถ้าเรื่องใดกฎหมายกำหนดให้การแสดงเจตนามีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีองค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเข้าร่วมแสดงเจตนา หรือการแสดงเจตนาเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องประกอบด้วยการแสดงเจตนาของสององค์กรขึ้นไป องค์กรที่เข้าร่วมตัดสินใจหรือร่วมแสดงเจตนาทั้งหมดจัดเรียกว่าเป็น “องค์กรร่วม” เพราะเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจเด็ดขาดหรือแสดงเจตนาสมบูรณ์ในตัวเอง องค์กรร่วมเกิดขึ้นเนื่องจากความประสงค์ที่จะให้มีการควบคุมซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง และเพื่อให้มีการประสานงานหรือร่วมมือระหว่าง

องค์กรของรัฐซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน เพื่อรวมประสบการณ์ความรู้ความสามารถต่าง ๆ เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมให้สมบูรณ์มากขึ้น ตัวอย่างเช่น ในระบบสองสภาที่การตรากฎหมายจะต้องผ่านความเห็นชอบของทั้งสองสภา¹⁰

การตัดสินใจและการแสดงเจตนาขององค์กรร่วมนี้จึงแตกต่างจากองค์กรกลุ่มตรงที่หากเป็นองค์กรกลุ่มการจะตัดสินใจประการใดนั้นต้องผ่านการประชุมหรือปรึกษาหารือซึ่งกันและกันระหว่างบรรดาสมาชิกทั้งหลายภายในองค์กรกลุ่มของตนเพียงองค์กรเดียวในรูปคณะกรรมการต่าง ๆ แล้วจึงนำเอามติที่ได้ผ่านการปรึกษาหารือในที่ประชุมนั้นแสดงเจตนาออกไปยังภายนอกองค์กรกลุ่มของตน แต่หากเป็นกรณีขององค์กรร่วมจะต้องเป็นการตัดสินใจโดยองค์กรมากกว่าสององค์กรขึ้นไป คือ อาจเป็นการตัดสินใจระหว่างองค์กรเดียวสององค์กร หรือองค์กรกลุ่มสององค์กร หรือองค์กรเดียวกับองค์กรกลุ่มก็ได้ และวิธีในการแสดงเจตนาขององค์กรร่วมนั้นก็อาจทำได้สองวิธีวิธีการแรก คือ การแสดงเจตนาในเรื่องใด ๆ นั้น องค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปจะต้องไปเข้าร่วมในคราวเดียวกันเพื่อที่จะแสดงเจตนาร่วมกัน เช่น จะต้องเข้าประชุมเพื่อพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ร่วมกัน หากขาดองค์กรใดไปแม้เพียงองค์กรเดียวก็ไม่ว่าจะพิจารณาเรื่องดังกล่าวต่อไปได้ อีกวิธีการหนึ่งคือ องค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปนั้นอาจมีการแสดงเจตนาคนละคราวกันก็ได้ หรืออาจกล่าวได้ว่าการแสดงเจตนาของแต่ละองค์กรเป็นเอกเทศไม่จำเป็นต้องมาเข้าร่วมเพื่อให้ได้ซึ่งผลของการแสดงเจตนาร่วมกัน แต่ประเด็นที่สำคัญ คือ การแสดงเจตนา นั้น ๆ ต้องมีการแสดงเจตนาของทั้งสององค์กรหรือมากกว่านั้นขึ้นไปมาประกอบกันจึงจะมีการตัดสินใจหรือแสดงเจตนาให้มีผลออกไปภายนอกได้ ดังนั้น หากมีการตัดสินใจออกไปโดยไม่มีการแสดงเจตนาที่เป็นไปตามวิธีการทั้งสองที่กล่าวมา การแสดงเจตนา นั้น ๆ ก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับ “องค์กรผู้กระทำร่วม” (co-auteurs) ได้มีการอธิบายไว้ในทางทฤษฎีของประเทศฝรั่งเศสไว้ว่า หากผลงานนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของบุคคลหลายคนที่แตกต่างกัน กล่าวคือ องค์กรเดียวหลายองค์กรนั่นเอง หรือเป็นผลงานจากการกระทำของกลุ่มบุคคลหลายกลุ่มแยกต่างหากจากกัน ซึ่งกลุ่มบุคคล (un collège) นั้นอาจอยู่ในรูปของคณะกรรมการหรือสภา (assemblée) ก็ได้ แต่องค์กรที่มีส่วนร่วมทุกองค์กรอันเป็นองค์ประกอบของการกระทำนั้นจะต้องเป็นองค์กรฝ่ายปกครองด้วย เพื่อให้การกระทำที่มีผลในทางกฎหมายนั้นเป็นการกระทำทาง

¹⁰ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.198-199

ปกครองโดยแท้ และเรียกบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเหล่านั้นว่าเป็น “ผู้ร่วมกระทำของการกระทำทางปกครอง”¹¹ และหากปรากฏว่าการกระทำทางปกครองนั้นเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ (des actes normateurs) ใด ๆ ขึ้นมา กรณีที่จะถือว่าการดำเนินการของผู้ที่เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการกระทำของผู้กระทำร่วม (co-auteurs) ได้ จะต้องปรากฏว่าการดำเนินการของผู้กระทำร่วมดังกล่าวนั้นได้รับการกำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย หากไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้วก็ไม่อาจถือได้ว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำร่วม¹²

ส่วนกรณีที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่มีผลในทางกฎหมายอันเป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้ของ “ผู้กระทำ” (auteur) นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่มีผลในทางกฎหมายอันเป็นผลงานของบุคคลเพียงคนเดียว หรือคณะบุคคลเพียงคณะเดียว โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะต้องมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ (agent) หรือองค์กรทางปกครอง (un organe administratif) ด้วย¹³

1.2.2 แบ่งตามหน้าที่ขององค์กร

การแบ่งองค์กรของรัฐตามหน้าที่ขององค์กรนี้ เป็นผลเนื่องมาจากการที่ได้พิจารณาตามขั้นตอนหรือกระบวนการพิจารณาทางปกครองซึ่งจะพบว่า มีองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในแต่ละขั้นตอนของการพิจารณาทางปกครองเป็นจำนวนมากกว่าหนึ่งองค์กร จึงได้พยายามแบ่งแยกรูปแบบขององค์กรของรัฐโดยอาศัยกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็นเกณฑ์ในการจัดแบ่งว่าองค์กรของรัฐหรือองค์กรทางปกครองนั้น ๆ มีบทบาทหรืออำนาจหน้าที่ในกระบวนการดังกล่าวอย่างไรบ้าง โดยสามารถจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

1) องค์กรผู้ริเริ่ม

องค์กรผู้ริเริ่มในที่นี้พิจารณาจากการเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครองว่าองค์กรใดเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการริเริ่มกระบวนการพิจารณานั้น ซึ่งโดยส่วนใหญ่กฎหมายแม่บทมักจะบัญญัติให้อำนาจในการริเริ่มหรือเสนอแนะไว้ แต่ก็อาจมีบางกรณีที่กฎหมายอื่นได้บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวไว้เช่นกัน กล่าวโดยรวมแล้วการเริ่มกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองก็ตาม โดยปกติแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจนั้นด้วยตัวเอง

¹¹ Charles Eisenmann. *Cours de droit administratif Tome II* , Paris : Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1982 – 1983, p.371

¹² *Ibid.*,p.372

¹³ *Ibid.*,p.371

ซึ่งโดยเหตุผลของเรื่องเมื่อกฎหมายระบุให้องค์กรฝ่ายปกครองใดมีอำนาจหน้าที่อย่างใดแล้ว ผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายนั้นก็ย่อมมีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะริเริ่มออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้ด้วยตนเองไม่จำเป็นต้องมีคำร้องขอ โดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้นอาจเป็นบุคคลเพียงคนเดียวที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่ง หรืออาจเป็นคณะบุคคลในรูปของคณะกรรมการก็ได้ เช่น กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการ¹⁴ แต่ในบางกรณีอาจจะต้องมีการริเริ่มหรือเสนอแนะโดยองค์กรอื่นนอกเหนือไปจากองค์กรผู้ทรงอำนาจก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่โดยสภาพของเรื่องแล้วต้องได้รับคำขอจากเอกชนเสียก่อน เช่น การขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชนจะต้องมีการยื่นคำขอจากผู้ขอรับใบอนุญาตเสียก่อน คณะกรรมการช่างรังวัดเอกชนจึงจะสามารถพิจารณาต่อไปได้¹⁵ หรือกรณีที่การริเริ่มนั้นกฎหมายได้กำหนดให้ต้องได้รับการริเริ่มเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นก่อน เช่น เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษใช้อำนาจในการเสนอแนะแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นให้มีการดำเนินการทางกฎหมายเพื่อบังคับให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษจัดส่งน้ำเสียหรือของเสียไปทำการบำบัดหรือกำจัดตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535¹⁶

ทั้งนี้ เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองอื่นนั้นได้มีการกระทำทางปกครองอันเป็นการริเริ่มหรือเสนอแนะไปยังองค์กรผู้มีความอำนาจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ แล้ว องค์กรผู้มีความอำนาจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองก็มีความอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาว่าจะออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครองตามที่ได้มีการเสนอแนะจากองค์กรอื่นนั้นหรือไม่ก็ได้

โดยสรุปแล้ว เมื่อได้พิจารณาตามลักษณะขององค์กรหรือจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรที่อาจเป็นองค์กรผู้ริเริ่มนั้น ก็พบว่าองค์กรผู้ริเริ่มอาจเป็นได้ทั้งกรณีที่เป็นองค์กรเดียวในรูปของผู้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งซึ่งเป็นองค์กรทางปกครอง หรืออาจเป็นบุคคลธรรมดาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ หรืออาจเป็นองค์กรกลุ่มในรูปของคณะกรรมการหรือสภาก็ได้เช่นเดียวกัน

¹⁴ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

¹⁵ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535

¹⁶ มาตรา 83 (2) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

2) องค์การที่ปรึกษา

องค์การที่ปรึกษาในที่นี้จะพิจารณาจากขั้นตอนการพิจารณาทางปกครองว่า กฎหมายได้บัญญัติให้องค์กรฝ่ายปกครองใดมีอำนาจหน้าที่ในลักษณะที่เป็นการให้คำปรึกษาหรือคำแนะนำแก่องค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจในการที่จะสั่งการทางปกครองใด ๆ นั้นเอง

เมื่อพิจารณาตัวองค์กรที่ทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาโดยอาจจำแนกตามโครงสร้างขององค์กรโดยถือเอาลักษณะหรือองค์ประกอบขององค์กรที่ปรึกษาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งโดยสามารถจำแนกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้¹⁷

(1) การปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการหรือองค์กรของรัฐ

การปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาประเภทนี้ เป็นวิธีการที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองนิยมนำมาใช้เนื่องจากว่า ส่วนราชการหรือองค์กรของรัฐต่างก็ประกอบไปด้วยข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิ มีความรู้ทางวิชาการ มีความเชี่ยวชาญทางเทคนิคเฉพาะด้าน และเป็นผู้ที่ได้ศึกษาเล่าเรียนและฝึกฝน ทำงานมาโดยเฉพาะ รวมทั้งในการบริหารราชการแผ่นดินที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองมักจะถือว่าเป็นความลับของทางราชการ การปรึกษาหารือเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินกับองค์กรที่ปรึกษาที่เป็นส่วนราชการด้วยกันเอง จึงน่าจะรักษาความลับของทางราชการได้ดีกว่าการไปปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาประเภทอื่น ๆ องค์กรที่ปรึกษาประเภทนี้จึงได้รับความไว้วางใจเชื่อถือจากฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากว่า ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะได้รับข้อชี้แนะ คำปรึกษาและแนวทางที่ถูกต้องและเหมาะสมในการบริหารราชการแผ่นดิน

เช่น เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นเสนอหลักการที่จะวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะให้คณะกรรมการผังเมืองพิจารณาเห็นชอบก่อน โดยอาจมาแสดงความคิดเห็นหรือขอคำแนะนำเกี่ยวกับการวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะต่อกรมโยธาธิการและผังเมืองก็ได้ ตามมาตรา 29 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518

(2) การปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาที่เป็นองค์กรเอกชน

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ได้เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำลงทั่วโลก จึงเกิดการรวมกลุ่มของตัวแทนหรือกลุ่มผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเองและกลุ่มสมาชิกโดยมีการพัฒนาก่อตั้งขึ้นในรูปแบบของสมาคมต่าง ๆ มากมาย ไม่ว่าจะเป็นสมาคม

¹⁷ ยุทธกร ช่อไม้ทอง, “การกำหนดกระบวนการปรึกษาหารือก่อนการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.20 - 21

หอการค้าหรือสภาอุตสาหกรรม เป็นต้น องค์กรเหล่านี้ได้ก้าวเข้ามามีบทบาทสำคัญในการให้คำชี้แนะ การให้ความเห็นและการให้คำปรึกษาหารือแก่สมาชิกหรือส่วนราชการ หรือองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ควบคุม และดูแลระบบเศรษฐกิจของประเทศ เราจึงมักพบว่าองค์กรที่ปรึกษาที่เป็นองค์กรภาคเอกชนจะเป็นองค์กรในภาคเศรษฐกิจเป็นส่วนมาก

เช่น มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติหอการค้า พ.ศ. 2509 ที่กำหนดให้หอการค้ามีหน้าที่รับปรึกษาและให้ข้อแนะนำแก่สมาชิกเกี่ยวกับการค้า อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การเงินหรือเศรษฐกิจ และช่วยอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ในการดำเนินธุรกิจของสมาชิก หรือให้คำปรึกษาและเสนอข้อแนะนำแก่รัฐบาลเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ หรือประสานงานในทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้ากับทางราชการ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันองค์กรที่ปรึกษาประเภทนี้ได้มีการขยายตัวเติบโตอย่างรวดเร็ว โดยนอกจากองค์กรที่ปรึกษาที่เป็นองค์กรภาคเศรษฐกิจแล้ว ยังมีองค์กรที่ปรึกษาที่มีลักษณะเป็นการรวมตัวทางวิชาชีพด้วยเช่นกัน เช่น สมาคมการแพทย์ หรือสมาคมวิศวกรรม เป็นต้น ซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบไปด้วยบุคลากรภาคเอกชนที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยบ่อยครั้งที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองมักจะขอคำปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาเหล่านี้ เนื่องจากปัจจุบันสภาพเศรษฐกิจและสังคมมีความซับซ้อนมากขึ้น องค์กรที่ปรึกษาที่เป็นส่วนราชการหรือองค์กรของรัฐไม่อาจให้ข้อมูลเพียงพอแก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองในการนำมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินได้

เช่น ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ที่กำหนดให้แพทยสภามีอำนาจหน้าที่ในการช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษาแก่ประชาชนและองค์กรอื่นในเรื่องที่เกี่ยวกับการแพทย์และการสาธารณสุข และให้คำปรึกษาหรือข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลเกี่ยวกับปัญหาการแพทย์และการสาธารณสุขของประเทศ เป็นต้น

(3) การปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาซึ่งประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการหรือองค์กรของรัฐและองค์กรภาคเอกชน

องค์กรที่ปรึกษาประเภทนี้เกิดขึ้นมาจากการที่องค์กรที่ปรึกษาซึ่งเป็นองค์กรภาคเอกชนได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการให้คำปรึกษาหารือในด้านเศรษฐกิจแก่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ และได้รับการยอมรับจากฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง จึงเกิดแนวความคิดในการนำตัวแทนขององค์กรที่ปรึกษาซึ่งเป็นองค์กรภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ โดยจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาประเภทใหม่ขึ้นมาซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของ

คณะกรรมการหรืออยู่ในรูปของสภา โดยองค์กรที่ปรึกษาประเภทนี้จะมีลักษณะการทำงานในด้านการประสานงานและมีการพัฒนาความร่วมมือระหว่างส่วนราชการกับภาคเอกชน ดังนั้น คำปรึกษาหารือที่ได้จากองค์กรที่ปรึกษาประเภทนี้ จะได้รับการยอมรับทั้งภาคราชการและภาคเอกชน

เช่น ตามพระราชบัญญัติอัยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 กำหนดให้คณะกรรมการอัยและคณะกรรมการน้ำตาลทราย ที่มีเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการ ผู้แทนชาวไร่อัย และผู้แทนโรงงาน เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการในแต่ละชุด มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาหรือข้อเสนอแนะต่อคณะกรรมการอัยและน้ำตาลทราย และคณะกรรมการบริหารในการกำหนดระเบียบ หลักเกณฑ์ หรือการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดระบบและควบคุมการผลิตและจำหน่ายอัยและน้ำตาลทราย เป็นต้น

สำหรับวิธีการปรึกษาหารือในประเทศอังกฤษนั้น ถือได้ว่าเป็นวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชนวิธีการหนึ่ง โดยส่วนใหญ่แล้ววิธีการนี้ได้นำมาไว้เป็นส่วนหนึ่งของการตรากฎหมายลำดับรอง (Delegated Legislation)¹⁸ โดยถือว่าการปรึกษาหารือก่อนการออกกฎระเบียบถือเป็นหน้าที่อันสำคัญยิ่งอันหนึ่งของรัฐบาลที่จะทำให้ทราบรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาตลอดจนข้อคิดเห็นและคำแนะนำของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการบัญญัติกฎหมาย เพราะผู้บัญญัติกฎหมายไม่ต้องการสร้างข้อผิดพลาดไม่ว่าจะเป็นแง่ทางการเมืองหรือทางเทคนิค จึงมีความจำเป็นที่จะนำเอาความคิดเห็นของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ให้คำปรึกษาให้เป็นที่ยอมรับทั่วกันและเป็นการก่อให้เกิดความมั่นใจว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคลมีส่วนร่วมในการกำหนดกฎหมาย นอกจากนี้การปรึกษาหารือกับผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการตรากฎหมายของฝ่ายปกครองแล้วในบางกรณีนั้นฝ่ายปกครองต้องการทราบข้อมูลที่กว้างและลึกซึ้งมากยิ่งขึ้น ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาและแนะนำ (Advisory Committee) ขึ้นได้ เพื่อให้คำปรึกษาและแนะนำแก่ฝ่ายปกครอง¹⁹

ในประเทศฝรั่งเศส ก็ได้มีวิวัฒนาการในเรื่องของขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือมายาวนานเช่นกัน โดยที่ในปัจจุบันคำสั่งทางปกครองมักจะต้องผ่านขั้นตอนในการปรึกษาหารือต่าง ๆ ซึ่งถ้าไม่ผ่านให้ถูกต้องก็อาจทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

¹⁸ David Foulkes, *Administrative Law*, London : Butterworth, 1982, p.99

¹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), น. 130-131

การปรึกษาหารือไม่ใช่เป็นการสั่งการ ตัวคำสั่งนั้นยังคงเป็นการสั่งการ คือ เป็นการกระทำทางปกครอง ระบบการปรึกษาหารือก่อนมีคำสั่งเป็นสิ่งที่พัฒนาไปพร้อมกับระบบสังคมที่ย่างก้าวขึ้นขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้คำสั่งนั้น ๆ ออกไปโดยรอบคอบที่สุด ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสบ่อยครั้งที่คำสั่งทางปกครองก่อนจะออกมามีผลบังคับใช้กับประชาชนนั้นต้องผ่านขั้นตอนของการปรึกษาหารือมาก่อน และถ้าคำสั่งนั้นออกมาโดยไม่ผ่านการปรึกษาหารือแล้ว ผลที่ตามมาก็คือคำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งที่มีข้อขัดแย้งกฎหมาย โดยผู้พิพากษาศาลปกครองจะคอยตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองนั้นได้ทำถูกต้องตามระเบียบแบบแผนของการปรึกษาหารือหรือไม่ ถ้าไม่ถูกต้องก็จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเสีย เช่น ในคดี Dubac (C.E., 28 fév. 1861, Dubuc) สมาชิกปรึกษาแห่งรัฐได้สั่งให้เพิกถอนกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่เรียกว่า ระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน (reglement d' administration publique) ซึ่งออกมาโดยไม่ผ่านการพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ของสมาชิกปรึกษาแห่งรัฐ แต่ผ่านการพิจารณาของสมาชิกปรึกษาแห่งรัฐเพียงแผนกเดียวเท่านั้น จนอาจกล่าวได้ว่าระบบการปรึกษาหารือก่อนมีคำสั่งทางปกครองได้ค่อย ๆ เข้าไปแทนที่การสั่งการโดยตรงของผู้มีอำนาจมากขึ้นทุกที จนแทบจะกล่าวได้ว่าการบริหารงานแบบปรึกษาหารือเป็นอีกระบบหนึ่งคู่ไปกับการบริหารแบบสั่งการที่มีอยู่เดิม²⁰

ทั้งนี้ ตามทฤษฎีในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสจึงได้กล่าวไว้ว่า องค์การฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ในการให้คำแนะนำ คำปรึกษา (l'administration consultative) นั้น ถือเป็น “องค์กรที่ร่วมกระทำการกระทำทางปกครองกับองค์กรผู้กระทำการกระทำทางปกครอง” (les institutions d'accompagnement de l' administration active) เนื่องจากองค์กรฝ่ายปกครองผู้กระทำการกระทำทางปกครอง (l' administration active) ผู้ซึ่งตัดสินใจหรือทำคำสั่งทางปกครองก็จะมีองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม แนะนำ หรือเข้าแทรกแซงขององค์กรฝ่ายปกครองผู้กระทำการกระทำทางปกครองและประชาชน ซึ่งคำแนะนำหรือคำปรึกษาดังกล่าวอาจจะอยู่ในรูปของความเห็น (avis) การอภิปราย การค้นคว้าศึกษา หรือข้อเสนอแนะอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยอำนาจในการตัดสินใจหรือทำคำสั่งทางปกครองไม่ได้เป็นขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการให้คำแนะนำ คำปรึกษา แต่ความเห็นหรือ

²⁰ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุผลในการพิพากษาคดีปกครองประเภทต่าง ๆ” เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร พนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 8 (อัตรำเนา) น.26-27 และ J.M. Auby, R. Drago, *Traite de Contentieux Administratif*, p.299 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, “องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย”, น.127

ข้อเสนอแนะนั้นก็มีผลบังคับโดยเฉพาะในกรณีที่ยกย่องดังกล่าวประกอบไปด้วยบุคคลที่เป็นกลาง และเป็นอิสระ โดยบางองค์กรทำหน้าที่ในการพิจารณาข้อพิพาทซึ่งผลของการพิจารณามีลักษณะเป็นคำพิพากษา เช่น สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ศาลปกครองชั้นต้น ที่จะให้คำแนะนำปรึกษาเมื่อมีการร้องขอ แต่บางองค์กรก็อาจจะปฏิบัติหน้าที่โดยตนเอง ไม่จำเป็นต้องมีใครร้องขอ เช่น คณะกรรมการที่ปรึกษาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นต้น ซึ่งคำแนะนำ คำปรึกษาทั้งหลายนี้ย่อมมีผลให้ผู้กระทำการกระทำทางปกครองเกิดความกระจ่างในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง และสามารถตัดสินใจหรือทำคำสั่งทางปกครองได้อย่างเหมาะสม อีกทั้งความช่วยเหลือดังกล่าวยังอาจเป็นการแก้ไขข้อขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นด้วย²¹

ในส่วนของผลของคำปรึกษานั้น ไม่ว่าจะเป็นการปรึกษาโดยการบังคับหรือการปรึกษาโดยสมัครใจ ผู้มีอำนาจตัดสินใจยังคงมีอำนาจเด็ดขาดอยู่ที่ตนว่าจะดำเนินการอย่างไร หากแต่กฎหมายได้วางวิธีการให้ต้องมีการปรึกษาหารือกับองค์กรใดก่อนจึงจะดำเนินการต่อไปได้ วิธีการนี้ได้มีการนำไปใช้โดยกว้างขวางทั้งในการออกกฎหรือออกคำสั่ง ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของศาสตราจารย์ HAURIOU ซึ่งเป็นคนแรกที่เริ่มใช้คำว่า “ฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษา” (Administration consultative) เป็นคนแรก โดยกล่าวว่าฝ่ายปกครองสามารถแยกออกเป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่บริหาร ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ตัดสินใจ และฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษา โดยองค์กรที่ปรึกษาหรือฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษา คือ คณะกรรมการที่มีหน้าที่ให้ความเห็น (Avis) ในปัญหาใดปัญหาหนึ่ง โดยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ²²

3) องค์กรให้ความเห็นชอบ

การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องขออนุมัติหรือขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองนั้น ก็เพื่อเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง อีกทั้งเพื่อทำให้การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นไปด้วยการได้รู้ข้อเท็จจริงที่ครบถ้วน

²¹ René Chapus. *Droit administratif général* Tome I, Paris : Montchrestien, 2000.,p.441, p.444-447

²² สมคิด เลิศไพฑูรย์, “องค์กรที่ปรึกษาในประเทศฝรั่งเศส,” *วารสารกฎหมายปกครอง* 11,(มกราคม 2535),น. 1

และรอบคอบแล้ว จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องขออนุมัติหรือขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองนั้นมีความมุ่งหมายที่สำคัญ 2 ประการ คือ²³

(1) เพื่อประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพของการใช้อำนาจออกคำสั่ง โดยคำสั่งที่ออกไปแต่ละเรื่องแต่ละฉบับจะต้องดำเนินการไปเพื่อประโยชน์มหาชน (public interest) และก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

(2) เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรไม่ให้ต้องถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจออกคำสั่งเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน (public interest)

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่จะต้องขออนุมัติหรือขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องดำเนินการดังกล่าวก่อนที่จะใช้อำนาจพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่อื่นที่เป็นผู้อนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายด้วย คือ

(1) ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ ต้องมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในคำสั่งทางปกครอง

(2) ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การดำรงอยู่ทางกฎหมาย คือ ทำการพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งยังต้องทำการพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบภายในขอบอำนาจที่ตนได้รับ คือ ทำการอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบภายในระยะเวลาที่ตนดำรงตำแหน่งและภายในเขตพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบ

ความเห็นชอบขององค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่ได้ให้ไว้นั้นถือว่ามีผลต่อคำสั่งในขั้นที่สุดว่าจะเป็นอย่างใด เนื่องจากมีเงื่อนไขที่สำคัญว่าเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองอื่นได้ให้ความเห็นชอบไว้อย่างไรแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจในการตัดสินใจนั้น ๆ จะต้องมีความคิดออกมาตามความเห็นที่ได้ให้ไว้ หากองค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจได้สั่งแตกต่างออกไปจากความเห็นดังกล่าว คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นขององค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่ได้ให้ความเห็นชอบไว้ก็ต้องไม่ออกคำสั่งนั้น การให้ความเห็นชอบเช่นนี้

²³ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมืองพร้อมด้วยพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 และกฎหมายประกอบ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), 2538, น.53

อาจเรียกว่าเป็นคำปรึกษาหารือที่ต้องถือตาม (avis conforme) จึงอาจกล่าวได้ว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจทั้งในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองไม่มีอำนาจตัดสินใจเด็ดขาดหรือแสดงเจตนาได้สมบูรณ์ในตัวเอง แต่การแสดงเจตนาจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีอีกองค์กรหนึ่งเข้าร่วมแสดงเจตนาเพื่อเป็นการควบคุมซึ่งกันและกัน ซึ่งในที่นี้ก็คือ การให้ความเห็นชอบขององค์กรฝ่ายปกครองอื่นนั่นเอง เพราะถ้าไม่ได้รับความเห็นชอบก็เท่ากับว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ การให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบจึงเป็นกรณีที่มีผลโดยตรงต่อผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะหากองค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจได้สั่งแตกต่างออกไปจากสิ่งที่เห็นชอบ คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ ถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นขององค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่ได้ให้ความเห็นชอบไว้ก็จะต้องไม่ออกคำสั่งนั้น แต่ถ้าเห็นด้วยขององค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจก็ต้องมีคำสั่งออกมาเป็นไปตามความเห็นที่องค์กรฝ่ายปกครองอื่นได้ให้ความเห็นชอบไว้นั้นจะสั่งเป็นอย่างอื่นไม่ได้

4) องค์กรตัดสินใจ

ขั้นตอนหรือกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้มีองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้ามามีส่วนร่วมในแต่ละขั้นตอนของการพิจารณาทางปกครองเป็นจำนวนมากดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ริเริ่ม องค์กรที่ปรึกษา หรือองค์กรให้ความเห็นชอบ แต่ในท้ายที่สุดแล้วก่อนที่จะคำสั่งทางปกครองใด ๆ จะไปถึงผู้รับคำสั่งได้นั้น ก็จะต้องผ่านการพิจารณาและตัดสินใจโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครองเสียก่อน เนื่องจากองค์กรเหล่านั้นไม่มีอำนาจในการตัดสินใจแต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้รับการริเริ่มหรือเสนอแนะจากองค์กรผู้ริเริ่มแล้ว องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจก็ยังคงมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาว่าจะออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครองตามที่ได้มีการเสนอแนะจากองค์กรอื่นนั้นหรือไม่ก็ได้ หรือเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครองได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาหารือจากเจ้าหน้าที่อื่นหรือองค์กรฝ่ายปกครองอื่นแล้ว ผลของคำปรึกษาหรือคำแนะนำนั้นก็จะเป็นไปตามหลักการทั่วไป คือ องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจก็ยังคงมีอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินใจอยู่ว่าจะปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำปรึกษานั้นก็ได้ รวมถึงการให้ความเห็นชอบขององค์กรฝ่ายปกครองอื่นก็เช่นกัน เพราะอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองก็ยังคงเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจตามที่กฎหมายฉบับนั้นได้บัญญัติไว้อยู่นั่นเอง

ทั้งนี้ การใช้อำนาจขององค์กรที่มีหน้าที่ในการตัดสินใจนั้น อาจจะเป็นการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปยังผู้รับคำสั่ง หรือแม้แต่ในกรณีที่เป็นการปฏิเสธคำขอของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องให้ออกคำสั่งทางปกครองด้วยก็ได้

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนพบว่าในกฎหมายบางฉบับได้กำหนดให้ผู้ทรงอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองจะต้องผูกพันตามความเห็นขององค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่ได้ให้ความเห็นไว้ด้วย เช่น ในข้อ 18 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่กำหนดว่าเมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จึงถือได้ว่าเป็นกรณียกเว้นจากหลักทั่วไปที่ให้อำนาจเด็ดขาดในการตัดสินใจอยู่ที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองว่า เมื่อได้รับคำแนะนำหรือความเห็นใด ๆ ไว้แล้ว องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจนั้น จะปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือความเห็นที่ได้รับหรือไม่ก็ได้

1.3 นิติกรรมทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง

การกระทำทางปกครอง (administrative action) คือ การกระทำหรือการละเว้นการกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งผลของการกระทำนี้อาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนก็ได้หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครองก็ได้²⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกระทำทางปกครองนั้นถือเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารประเภทที่เรียกว่าองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยการกระทำดังกล่าวจะต้องกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย และในทางกฎหมายสามารถแยกการกระทำทางปกครองออกได้ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง และลักษณะที่เป็นปฏิบัติการทางปกครอง

การกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการทางปกครอง (administrative real act ; Realakt) หรือการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในทางข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันในรูปของสัญญาทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นการ

²⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จีวรจักรพิมพ์, 2540), น.99

ปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจยกรถที่จอดในที่ห้ามจอด หรือเจ้าพนักงานตามกฎหมายควบคุมอาคารออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง หรือการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ซึ่งอาจจำแนกออกเป็นสองประเภท คือ การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง อันมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติเป็นการภายใน และการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง โดยอาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ การกระทำในลักษณะที่เป็นนามธรรมมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป หรือที่เรียกว่า “กฎ” และการกระทำในลักษณะที่เป็นรูปธรรมมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับเฉพาะกรณี อันได้แก่ “คำสั่งทางปกครอง” และ “สัญญาทางปกครอง”²⁵

ทั้งนี้ รองศาสตราจารย์ ดร.วราพงษ์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้คำนิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำใด ๆ อันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง รวมทั้งองค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชน อาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติทำการแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลหรือคณะบุคคลผู้รับการแสดงเจตนา นั้น โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลนั้น ๆ ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

แม้ว่าในทางวิชาการจะมีการจำแนกประเภทของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเอาไว้หลายรูปแบบก็ตาม แต่ผู้เขียนจะขอจำแนกการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองโดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2549), น. 72-76

1.3.1 นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว

เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลทั้งสิ้น โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนากำหนดหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย ซึ่งปรากฏในสองลักษณะ คือ การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม เช่นเดียวกับกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลโดยไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคล ที่เรียกว่า “กฎ” ในที่นี้ก็คือ กฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกนั่นเอง และอีกลักษณะหนึ่ง คือ “คำสั่งทางปกครอง” ที่เป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะและเป็นรูปธรรม ซึ่งเป็นข้อกำหนดเฉพาะที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องและกำหนดตัวบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง

1) กฎ

มีการนิยามคำว่า “กฎ” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไว้หมายความว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ได้ให้นิยามในมาตรา 3 ไว้อย่างเดียวกัน

จากนิยามในกฎหมายดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของ “กฎ” คือ จะต้อง มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และมีผลต่อพฤติกรรมของเอกชนให้ต้องกระทำตามหรือละเว้นการกระทำ ซึ่งการสั่งการของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น อาจมีชื่อเรียกหรือรูปแบบที่ต่างกันไป เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ รวมตลอดถึงคำสั่ง หนังสือเวียน หนังสือสั่งการ ฯลฯ กฎทางปกครองจึงหมายถึง กฎหมายลำดับรอง ซึ่งมีที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎตามกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่า ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่เทียบเท่าพระราชบัญญัติ ที่เรียกว่า กฎหมายแม่บท รวมทั้งกฎซึ่งเป็นการกำหนดนโยบายใด ๆ ที่มีที่มาจากอำนาจในการบริหารหรือการปกครองบังคับบัญชา ซึ่งฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะให้มีการยอมรับและปฏิบัติตามเป็นการทั่วไปก็ได้

เมื่อได้พิจารณาคำนิยามของ “กฎ” ในข้างต้นแล้วจึงอาจกล่าวได้ว่า “กฎ” มีลักษณะสำคัญสองประการ คือ²⁶

1. บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ฯลฯ ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการได้

2. กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม (abstract) เช่น บังคับให้กระทำการหรือห้ามกระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น เช่น ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขี่รถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย เป็นต้น

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า “กฎ” ตามบทนิยามของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หมายความว่า การออกกฎของฝ่ายบริหาร อันเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร โดยการมอบอำนาจดังกล่าวปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจออกกฎหมายให้มีผลใช้บังคับได้ภายในขอบเขตที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนั้น ๆ การใช้อำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติอันถือว่าการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง เพื่อใช้เป็นเครื่องมือหรือเป็นแนวปฏิบัติให้เจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารหรือประชาชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดและวางไว้ในกฎหมายให้อยู่ในกรอบเดียวกัน และเป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและหน้าที่อันมีสภาพเป็นกฎเกณฑ์การบังคับเป็นการทั่วไป เพื่อให้กิจกรรมและนโยบายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองนั้นสัมฤทธิ์ผล

2) คำสั่งทางปกครอง

มีการนิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไว้หมายความว่า

²⁶ Mahendra P.SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer-Verlog, Berlin Heidelberg New York Tokyo)1985, p.34 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 4, น.171

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

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ดังนั้น ในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมีสองความหมาย คือ ความหมายโดยแท่งประการหนึ่ง และความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีไปในกฎกระทรวงอีกประการหนึ่ง ซึ่งในปัจจุบันได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้
 - (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 - (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 - (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน
 - (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน
2. การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดว่าการใดหรือคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้ก็เนื่องจากในบางกรณีอาจมีข้อโต้แย้งกันได้ว่าคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ การที่องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้เองย่อมจะช่วยขจัดความไม่ชัดเจนแน่นอน และทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งทราบสิทธิหน้าที่ของตนว่าตนจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไปอย่างไรก็ตาม องค์กรฝ่ายปกครองพึงใช้อำนาจนี้ด้วยความระมัดระวังและควรพิจารณาความหมายโดยแท้ของคำสั่งทางปกครองประกอบ ตลอดจนผลที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการกำหนดให้การใดการหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเสมอ²⁷

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น.100

โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองมีสาระสำคัญ 5 ประการ คือ

(1) กระทำโดยเจ้าหน้าที่

บุคคลที่จะเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครอง จะต้องเป็น “เจ้าหน้าที่” ซึ่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้นิยามของ “เจ้าหน้าที่” ไว้ว่าหมายถึงบุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น ผู้ที่จะเป็นเจ้าหน้าที่ได้จึงอยู่ในรูปบุคคลหรือคณะบุคคล กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจอยู่ในรูปขององค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่มตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองอาจจะเป็นบุคลากรในภาคเอกชนก็ได้ในบางกรณี เพราะในกฎหมายบางฉบับมีการมอบอำนาจให้เอกชนเป็นผู้ปฏิบัติได้ เช่น กรณีตามมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 ที่กำหนดให้ช่างรังวัดเอกชนที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินของบุคคลใด ๆ เพื่อทำการรังวัดหรือเคลื่อนย้ายหลักหมายเขตที่ดิน

มีข้อพิจารณาประการหนึ่งว่าในกรณีขององค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่มและตัดสินใจเรื่องในทางปกครองโดยไม่มีผลออกไปภายนอกโดยตรง แต่ต้องให้องค์กรอื่นรับเอาผลการตัดสินใจนั้นไปดำเนินการจะถือว่าองค์กรกลุ่มนั้นเป็น “เจ้าหน้าที่” ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นเองหรือไม่ ซึ่งปัญหาทำนองเดียวกันนี้ก็มีการถกเถียงกันในทางวิชาการของเยอรมันอยู่เช่นกันว่า²⁸ องค์กรกลุ่มนั้นเป็น “หน่วยงาน” ตามความหมายของรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 และจะตกอยู่ภายใต้บังคับรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ หรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีของการกำหนดรูปแบบขององค์กรที่จัดทำภารกิจทางปกครองรูปแบบหนึ่ง อันเป็นการจัดองค์กรในลักษณะผสมผสานโดยการรวมองค์กรกลุ่มกับองค์กรเดี่ยวเข้าด้วยกันในองค์กรเดี่ยวในรูปคณะกรรมการที่มีอำนาจตัดสินใจและมีเลขาธิการที่รับผิดชอบงานโดยนำการตัดสินใจของคณะกรรมการมาปฏิบัติการนั้นเอง และหากจะพิจารณาถึงสถานะขององค์กรดังกล่าวว่าเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งหรือไม่นั้น ก็อาจจะต้องพิจารณาว่าการแสดงเจตนาหรือการตัดสินใจใด ๆ ของคณะกรรมการเพียงองค์กรเดียวนั้นจะมีผลสมบูรณ์หรือไม่ หากมีผลสมบูรณ์ก็น่าจะถือว่าคณะกรรมการนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง

²⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.59

แต่หากกฎหมายได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าคณะกรรมการไม่อาจแสดงเจตนาสั่งการออกไปได้เอง แต่ต้องให้องค์กรอื่นรับเอาผลการตัดสินใจนั้นไปดำเนินการ ก็มีผลเท่ากับว่าการแสดงเจตนาของ คณะกรรมการเพียงองค์กรเดียวนั้นไม่มีผลสมบูรณ์ ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีของคณะกรรมการที่ ตัดสินเรื่องในทางปกครองโดยที่ไม่มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครองโดยตรงจึงไม่มีสถานะเป็น เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม หากมีกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้โดย ชัดเจนในลักษณะที่เป็นการบังคับว่า เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองใด ๆ ได้ตัดสินหรือมีความเห็นเรื่อง ในทางปกครองเป็นประการใดแล้ว ให้มีผลบังคับผูกพันต่อองค์กรฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่ง ที่จะต้องดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองให้เป็นไปตามผลของการตัดสินใจขององค์กร ฝ่ายปกครองดังกล่าวเท่านั้น โดยไม่สามารถเปลี่ยนแปลงคำสั่งเป็นอย่างอื่นได้เลยแม้ว่าองค์กร ฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวก็ตาม กรณีเช่นว่านี้จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำทางปกครองขององค์กรร่วมระหว่างองค์กรแรกที่ทำให้ ความเห็นกับองค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

(2) เป็นการใช้อำนาจรัฐ

โดยหลักการแล้วคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับเอกชนโดยเอกชน มิได้ยินยอมด้วย กรณีใดหากมิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายก็จะเป็นเรื่องอื่น เช่น สัญญา อันเป็นการตกลงกับเอกชน เป็นต้น สำหรับอำนาจตามกฎหมายนี้ย่อมต้องเข้าใจว่าเป็นเรื่อง อำนาจทางปกครองเท่านั้น เพราะต้องอ่านโดยสอดคล้องกับบทนิยามคำว่า เจ้าหน้าที่ หากเป็น อำนาจตามกฎหมายอื่นก็ไม่ใช่อำนาจทางปกครอง การวางหลักว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ของรัฐนี้ มีความหมายในตัวเองว่ากรณีจะต้องไม่ใช่การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจ ในทางตุลาการ แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าอำนาจรัฐซึ่งเป็นอำนาจมหาชนที่องค์กรของรัฐ ใช้หรือแสดงออกไปนั้นเป็นอำนาจปกครองหรือไม่ ให้พิจารณาจากเนื้อหาหรือธรรมชาติ ของอำนาจดังกล่าวเป็นสำคัญว่าเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในขอบเขตของกฎหมายปกครองได้หรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาจากเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจ องค์กรย่อยที่สังกัดอยู่ในองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ อาจจะเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองหรือเป็นเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจ ในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่อำนาจปกครองก็ได้ เช่น นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่สังกัดอยู่ในฝ่าย บริหารก็อาจอาศัยอำนาจตามกฎหมายปกครองออกคำสั่งที่มีผลกระทบออกไปภายนอก ฝ่ายปกครอง มีลักษณะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่เป็นรูปธรรมและมีผลเฉพาะราย เช่น ออกคำสั่ง ไล่ข้าราชการออกจากราชการ คำสั่งของนายกรัฐมนตรีนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองและตกอยู่ ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองได้

(3) เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองนั้นต้องมุ่งประสงค์กำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น เช่น ออกคำสั่งอนุญาตให้ตั้งโรงงาน หรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมาย อันทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างจากการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น โดยเฉพาะการปฏิบัติการทางปกครอง หรือการกระทำทางกายภาพ อันเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่มุ่งหมายผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุผลทางข้อเท็จจริงบางอย่างบางประการ โดยไม่คำนึงว่าผลในทางข้อเท็จจริงนั้นจะนำไปสู่ความรับผิดในทางกฎหมายหรือไม่ เช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกประกาศเตือนให้ประชาชนทราบถึงอันตรายจากอาหารกระป๋องยี่ห้อหนึ่ง

มาตรการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจปกครอง หากเป็นเพียงการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายแล้ว แม้มาตรการดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อบุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองในท้ายที่สุด ก็ยังไม่ถือว่ามาตรการนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่มาตรการนั้นจะส่งผลกระทบในระดับที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายได้และดำรงอยู่โดยตัวของตัวเอง

(4) เกิดผลเฉพาะกรณี

คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ กล่าวคือ โดยสภาพจะต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง แต่ในคำสั่งจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ก็ได้ และอาจเป็นคำสั่งรวมหรือคำสั่งทั่วไปที่ใช้บังคับกับกลุ่มบุคคลก็ได้โดยต้องเป็นกลุ่มบุคคลที่แน่นอนแล้ว เช่น การออกคำสั่งให้บุคคลออกจากพื้นที่ที่รูกำลังทางสาธารณะ หรือ ตำรวจออกคำสั่งห้ามทุกคนมาชุมนุมในสถานที่แห่งหนึ่งในวันรุ่งขึ้น ซึ่งคุณสมบัติข้อนี้ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากกฎ เพราะกฎจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

(5) มีผลภายนอกโดยตรง

องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ถ้าตราบไดยังมีผลปรากฏอยู่ภายในก็ยังเป็นเพียงแต่การเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้ และเมื่อยังไม่มีผลออกมาภายนอก ผู้จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังไม่เห็นหน้าที่อะไรต้องปฏิบัติ ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวมีผลภายในหรือภายนอก จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของคำสั่งเป็นสำคัญ เช่น ในกรณีที่รัฐมนตรีจะสั่งการเรื่องใด ถ้ากฎหมายกำหนดว่าจะต้องได้รับความ

เห็นชอบหรือคำแนะนำจากคณะกรรมการคณะใดก่อนนั้น ความเห็นชอบหรือคำแนะนำของคณะกรรมการเมื่อมิได้มีผลโดยตรงต่อบุคคลภายนอกก็ยังไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้ได้ส่งออกภายนอกคณะกรรมการแล้วก็ตาม โดยบุคคลผู้อยู่ในบังคับคำสั่งจะมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเมื่อได้รับคำสั่งสุดท้ายแล้ว คือ คำสั่งของรัฐมนตรี และการโต้แย้งหรือกำหนดอายุความเริ่มนับตั้งแต่วันรับคำสั่งสุดท้ายนั้น²⁹

1.3.2 นิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย

นิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายในทางกฎหมายปกครอง ก็คือ สัญญาทางปกครอง นั่นเอง เนื่องด้วยในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางปกครองด้วยกัน หรือระหว่างองค์กรทางปกครองกับเอกชนอาจมีการเลือกทำสัญญาแทนการมีคำสั่งทางปกครองก็ได้ ซึ่งสัญญาทางปกครองจะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เช่น รัฐทำสัญญาจ้างให้เอกชนสร้างถนน ส่วนสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องพิจารณาจากความหมายที่ปรากฏใน มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³⁰ กรณีของสัญญาทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองทำกับเอกชนนั้น เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลทั้งสองฝ่าย เอกชนที่เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองจึงยอมเข้าผูกพันตามสัญญาโดยการแสดงเจตนาด้วยความยินยอมและสมัครใจ เพียงแต่สัญญาทางปกครองนั้น องค์กรฝ่ายปกครองยอมอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าและสัญญาประเภทนี้ยอมอยู่ในบังคับของกฎหมายปกครอง หากเอกชนผิดสัญญาฝ่ายปกครองก็สามารถบังคับการตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องนำเสนอคติขึ้นสู่ศาล แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีองค์กรฝ่ายปกครองก็อาจเลือกที่จะทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้ แต่สัญญาประเภทนี้องค์กรฝ่ายปกครองและเอกชนที่เป็นคู่สัญญาจะอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน

²⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น.112-113

³⁰ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ทั้งนี้ ศาลปกครองได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญสองประการ ดังนี้³¹

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสารสิทธิของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

2. ข้อพิจารณาในเชิงกระบวนการในการทำคำสั่งทางปกครอง ขององค์กรฝ่ายปกครอง

ขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ก็ย่อมแตกต่างกันไปตามสาระสำคัญของเรื่อง อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีผลบังคับใช้แล้ว ก็เป็นการรับประกันให้การกระทำทางปกครองโดยเฉพาะการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครองได้ดำเนินการตามขั้นตอนโดยมีมาตรฐานขั้นต่ำเป็นอย่างเดียวกัน ดังนั้น เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งได้รับอำนาจจากกฎหมายฉบับใดแล้วก็ต้องใช้อำนาจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองแล้วแต่กรณีตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท

³¹ อ้างอิงจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2545 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 50/2545

ฉบับนั้น ๆ ถ้ากฎหมายฉบับนั้นมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานที่เทียบเท่ากัน หรือสูงกว่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง³²

ดังนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายนั้นเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจในการกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรฝ่ายปกครอง ส่วนขั้นตอนในการทำคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ ก็ถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งเกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจอรัฐที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องจัดทำ เพื่อให้การกระทำทางปกครองนั้นมีความสมบูรณ์ หากคำสั่งทางปกครองนั้นมิได้จัดทำให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือเงื่อนไขตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎและคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายตุลาการได้

ตามที่ได้กล่าวถึงเรื่องประเภทของการจัดองค์กรฝ่ายปกครองในหัวข้อที่ 1.2 แล้วว่า ได้มีการจัดแบ่งออกเป็นสองประเภท กล่าวคือ แบ่งตามลักษณะขององค์กร และแบ่งตามหน้าที่ขององค์กร ซึ่งการจัดองค์กรฝ่ายปกครองตามหน้าที่ขององค์กร ได้แก่ องค์กรผู้ริเริ่ม องค์กรที่ปรึกษา องค์กรให้ความเห็นชอบ และองค์กรตัดสินใจ ย่อมแสดงให้เห็นว่าอำนาจหน้าที่ประเภทต่าง ๆ ขององค์กรทางปกครองนี้มีความสัมพันธ์กับขั้นตอนหรือกระบวนการในการทำคำสั่งทางปกครองที่ได้แบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน ซึ่งองค์กรที่เข้าร่วมพิจารณาทางปกครองมักจะปรากฏอยู่ในขั้นตอนการริเริ่ม ขั้นตอนการพิจารณาในส่วนของการอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบ และขั้นตอนการตัดสินใจ ดังที่จะได้กล่าวต่อไปนี้

2.1 การริเริ่มทำคำสั่งทางปกครอง

การเริ่มกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองในการทำคำสั่งทางปกครอง โดยส่วนใหญ่กฎหมายแม่บทมักจะบัญญัติให้อำนาจในการริเริ่มหรือเสนอแนะในการทำคำสั่งทางปกครองไว้ แต่ก็มีบางกรณีที่อาจมีกฎหมายอื่นให้อำนาจไว้ก็ได้ และโดยปกติแล้วองค์กรฝ่ายปกครอง

³² มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจนั้น ๆ จะต้องใช้อำนาจนั้นด้วยตัวเอง แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลหรือองค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่นอกเหนือไปจากองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ ได้มีอำนาจหน้าที่ในการริเริ่มและการเสนอแนะแก่องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองได้เช่นกัน ได้แก่ กรณีที่เป็นการริเริ่มโดยการยื่นคำขอจากเอกชน และการริเริ่มโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ดังนั้น จึงจะได้กล่าวถึงขั้นตอนการริเริ่มทำคำสั่งทางปกครองโดยอธิบายตามลักษณะขององค์กรหรือบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่ในการริเริ่มและการเสนอแนะในการทำคำสั่งทางปกครองซึ่งแบ่งออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

2.1.1 การริเริ่มด้วยตนเอง

โดยหลักทั่วไปของการเริ่มกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองนั้น องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายจะต้องใช้อำนาจนั้นด้วยตัวเอง คือ มีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะริเริ่มทำคำสั่งทางปกครองได้ด้วยตนเอง ฉะนั้น ผู้ที่จะเป็นผู้ริเริ่มหรือเสนอแนะในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองในการทำคำสั่งทางปกครองและรวมถึงการออกกฎด้วย จึงหมายถึงบุคคลหรือองค์กรฝ่ายปกครองใด ๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจในการออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ โดยเหตุผลของเรื่องแล้ว เมื่อกฎหมายได้กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองใดมีอำนาจหน้าที่ในการริเริ่มที่จะทำคำสั่งทางปกครองเป็นประการใดแล้ว ผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายเหล่านั้นไม่ว่าจะอยู่ในรูปของบุคคลที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ หรืออาจอยู่ในรูปของคณะบุคคลหรือคณะกรรมการทางปกครอง จึงย่อมมีอำนาจฝ่ายเดียวที่จะริเริ่มในการออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครองได้ด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นต้องมีคำร้องขอ

ตัวอย่างในกรณีของการออกกฎโดยผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายที่เป็นผู้ริเริ่มด้วยตนเอง เช่น มาตรา 102³³ แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถริเริ่มในการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดและจัดสถานที่ให้ผู้ประกอบการรับจ้างบรรทุกทุกคนโดยสารโดยใช้รถแท็กซี่ใช้ในการจอดพักรถเป็นการเฉพาะหากเห็นสมควร โดยไม่ต้องได้รับการเสนอแนะหรือได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานหรือองค์กรทางปกครองอื่นแต่อย่างใด

³³ มาตรา 102 เมื่อรัฐมนตรีเห็นสมควรให้ผู้ประกอบการรับจ้างบรรทุกทุกคนโดยสารโดยใช้รถแท็กซี่ในท้องที่ใดต้องจอดพักรถ ณ สถานที่ใดเป็นการเฉพาะก็ให้กระทำได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ให้ระบุท้องที่ และวิธีการเกี่ยวกับการจัดให้มีที่จอดพักรถด้วย

ตัวอย่างในกรณีของการทำคำสั่งทางปกครองโดยผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายที่เป็นผู้ริเริ่มด้วยตนเอง เช่น มาตรา 27³⁴ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งเป็นคณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคสามารถริเริ่มทำคำสั่งทางปกครองได้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่ระบุไว้ในกฎหมายดังกล่าวได้ทันที เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้เห็นหรือทราบเองว่า มีการใช้ข้อความในการโฆษณาสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรืออาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม หรือได้ใช้วิธีการโฆษณาสินค้าหรือบริการที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจ หรืออาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค โดยไม่จำเป็นต้องให้เอกชนผู้ที่อาจได้รับผลกระทบหรือได้รับความเสียหายใด ๆ จากโฆษณาที่ฝ่าฝืนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมาร้องขอก่อนแต่อย่างใด

2.1.2 การริเริ่มโดยการยื่นคำขอจากเอกชน

การกระทำทางปกครองบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ไม่สามารถที่จะริเริ่มทำคำสั่งทางปกครองได้เอง เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่โดยสภาพแล้วต้องได้รับคำขอจากเอกชนเสียก่อนจึงจะทำคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วคำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้จะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่กรณี ได้แก่ การขอสัญชาติ การขอใบอนุญาตต่าง ๆ

³⁴ มาตรา 27 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืน มาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24 (1) หรือมาตรา 25 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่มีอำนาจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

- (1) ให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา
- (2) ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา
- (3) ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา
- (4) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์

และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด

ในการออกคำสั่งตาม (4) ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำของผู้กระทำการโฆษณา

ตัวอย่างเช่น เรื่องการขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 17³⁵ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่โดยสภาพของการออกใบอนุญาตนั้น เอกชนที่เป็น “คนต่างด้าว” ตามคำนิยามในกฎหมายดังกล่าว ไม่ว่าจะมีความเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจในประเทศไทยจะต้องยื่นคำขอเพื่อให้ออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจในกรณีนี้คนต่างด้าวผู้ยื่นคำขอจึงเป็นผู้เริ่มในการทำคำสั่งทางปกครอง เพราะหากไม่มีการยื่นคำขอ ดังกล่าวแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถริเริ่มทำคำสั่งปกครองหรือออกใบอนุญาตให้เองได้

เอกชนที่จะยื่นคำขอเพื่อให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองได้ ก็คือ “คู่กรณี” ซึ่งได้มีการให้คำนิยามของคำว่า “คู่กรณี” ไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการกำหนดตัวคู่กรณีดังกล่าวเป็นการอาศัยหลักเกณฑ์ความมีส่วนได้เสียหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เจ้าหน้าที่พิจารณาเป็นเกณฑ์ และได้กำหนดความหมายไว้ในนัยกว้างกล่าวคือ บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยสิทธิถูกกระทบกระเทือน หรืออาจถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครองก็ย่อมเป็นคู่กรณีได้ เช่น กรณีการขออนุญาตตั้งโรงงานตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ผู้ที่ยื่นคำขออนุญาตตั้งโรงงาน ผู้ที่ยื่นคัดค้านการขอตั้งโรงงาน อาจเป็นผู้ที่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง หรือองค์การพิทักษ์สิ่งแวดล้อม ต่างก็อาจเป็นคู่กรณีด้วยกันทั้งสิ้น

³⁵ มาตรา 17 ในการขออนุญาตประกอบธุรกิจ ให้คนต่างด้าวยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อรัฐมนตรีหรืออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้คณะรัฐมนตรีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาต แล้วแต่กรณี ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำขอ ในกรณีการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีเหตุจำเป็น ซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ ให้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เมื่อคณะรัฐมนตรีให้การอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รัฐมนตรีหรืออธิบดีออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต

ส่วนสถานะทางกฎหมายของผู้ที่จะเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้นั้น มาตรา 21³⁶ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก็ได้กำหนดไว้โดยยอมรับให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นคู่กรณีได้ และยังได้ยอมรับให้คณะบุคคลซึ่งไม่มีสถานะเป็นบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็น “คู่กรณี” ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้อีกด้วย ส่วนหลักเกณฑ์ประการอื่นเกี่ยวกับคู่กรณีก็ได้มีการบัญญัติไว้ในหมวด 2 ส่วนที่ 2 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

2.1.3 การริเริ่มโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น

ในบางกรณีกฎหมายได้กำหนดให้ต้องมีการริเริ่มหรือการเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นก่อนเท่านั้นจึงจะเริ่มกระบวนการทางปกครองได้ ซึ่งปรากฏทั้งในกรณีของการออกกฎและคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ เมื่อมีการริเริ่มหรือได้รับคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจจึงจะพิจารณาในการออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครองต่อไปได้ จึงเป็นอีกกรณีหนึ่งที่เจ้าหน้าที่ผู้มิอำนาจทำคำสั่งทางปกครองไม่สามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการริเริ่มทำคำสั่งทางปกครองได้เอง

ตัวอย่างกรณีการออกกฎที่ต้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นริเริ่มหรือเสนอแนะตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507 ที่กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดชื่อพืช ศัตรูพืช หรือพาหะชนิดใดเป็นสิ่งที่ต้องห้ามหรือสิ่งกักต³⁷ เมื่อมีความจำเป็นจะต้องป้องกันศัตรูพืชชนิดหนึ่งชนิดใดมิให้ระบาดเข้ามาในราชอาณาจักรได้ แต่อย่างไรก็ดี การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์จะประกาศกำหนดกรณีดังกล่าวได้ก็แต่โดยคำแนะนำของคณะกรรมการกักพืชเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้ริเริ่มในกรณีนี้เป็นคณะบุคคลในลักษณะขององค์กรกลุ่ม ในที่นี้ก็คือ คณะกรรมการกักพืชนั่นเอง แต่อำนาจในการออกกฎนั้นกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรี

³⁶ มาตรา 21 บุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคล อาจเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองได้ตามขอบเขตที่สิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนหรืออาจถูกกระทบกระเทือนโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้

³⁷ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“สิ่งกักต” หมายความว่า พืช ศัตรูพืชและพาหะที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาให้เป็นสิ่งกักต

(คำว่า “กักต” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง จำกัดให้แคบเข้า)

ตัวอย่างกรณีการทำคำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นริเริ่มหรือเสนอแนะ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติสัญญาติ พ.ศ. 2508 ที่กฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจสั่งให้มีการถอนสัญญาติไทยได้ แต่จะต้องมีการเสนอแนะและทำความเข้าใจจากคณะกรรมการตามกฎหมายสัญญาติก่อนเท่านั้น ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่อื่นที่เป็นผู้เสนอแนะหรือให้คำแนะนำในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองได้ก็จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่และใช้อำนาจหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายด้วย

เมื่อได้พิจารณาถึงถ้อยคำในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่ได้บัญญัติถึงกรณีที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองอื่นมีอำนาจในการริเริ่มหรือการเสนอแนะที่จะออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครอง โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะพบคำว่า “ให้เสนอความเห็นต่อ...” หรือ “เสนอแนะต่อ...” หรือใช้คำอื่น ๆ ที่มีลักษณะคล้ายกันที่เป็นการกำหนดว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองจะออกได้ก็โดยการริเริ่มหรือการเสนอแนะของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นหรือองค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจในการริเริ่มหรือเสนอแนะแก่องค์กรผู้มิอำนาจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ และจากถ้อยคำในกฎหมายดังกล่าวก็แสดงให้เห็นว่า บางกรณีก็อาจเป็นเพียงการเสนอแนะโดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นเพื่อให้องค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจตัดสินใจใช้อำนาจในการสั่งการต่อไป แต่ในบางกรณีที่การริเริ่มหรือการเสนอแนะโดยองค์กรฝ่ายปกครองอื่นนั้น อาจจำเป็นต้องให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นพิจารณาเรื่องที่อยู่ในอำนาจสั่งการขององค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจในการสั่งการเรื่องนั้น ๆ ในเบื้องต้นเสียก่อนแล้วจึงเสนอความเห็นไปยังองค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจเพื่อให้ใช้อำนาจหน้าที่ในการสั่งการหรือไม่ต่อไป เช่น กรณีตามมาตรา 53³⁸ แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่กำหนดว่าให้อธิบดีมีอำนาจในการเสนอแนะเพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองพิจารณาก่อนที่จะให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งเพิกถอนการอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร

³⁸ มาตรา 53 คนต่างด้าวซึ่งเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรแล้วภายหลังปรากฏว่าเป็นบุคคลซึ่งมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 12 (7) หรือ (8) หรือเป็นบุคคลตามมาตรา 12 (10) หรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนดตามมาตรา 43 วรรคสองหรือเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 44 หรือเป็นผู้ได้รับโทษตามมาตรา 63 หรือมาตรา 64 ให้อธิบดีเสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการ ถ้าคณะกรรมการเห็นว่าควรเพิกถอนการอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ก็ให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเพื่อสั่งเพิกถอนการอนุญาตต่อไป

สำหรับตัวองค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ในการริเริ่มหรือเสนอแนะนี้อาจจะเป็นองค์กรทางปกครองในนิติบุคคลเดียวกันนั่นเอง อย่างเช่น ในกรณีของคณะกรรมการทางปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับนั้น ๆ แล้วใช้อำนาจริเริ่มหรือเสนอแนะต่อผู้ดำรงตำแหน่งใด ๆ ทั้งรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมาย หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายฉบับนั้น เช่น อำนาจในการเสนอแนะของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อให้นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจในการออกกฎกระทรวงและประกาศ ตามมาตรา 6 ประกอบมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁹ แต่ในบางกรณีองค์กรฝ่ายปกครองอื่นนั้นอาจจะเป็นองค์กรทางปกครองต่างนิติบุคคลกันก็ได้ เช่น พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนั้นใช้อำนาจริเริ่มหรือเสนอแนะต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีตามมาตรา 83 (1) และ (2)⁴⁰ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดให้เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษมีอำนาจในการเสนอแนะแก่เจ้าพนักงานตามกฎหมายเพื่อให้ปฏิบัติการและดำเนินการตามอำนาจหน้าที่

³⁹ มาตรา 6 ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

มาตรา 11 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(4) เสนอแนะในการตราพระราชกฤษฎีกาและการออกกฎกระทรวงหรือประกาศตามพระราชบัญญัตินี้

⁴⁰ มาตรา 83 ในกรณีที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการประสานการปฏิบัติราชการระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษอาจดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะการสั่งปิดหรือพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือการสั่งให้หยุดใช้หรือทำประโยชน์ด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับแหล่งกำเนิดมลพิษตามมาตรา 68 มาตรา 69 หรือมาตรา 78 ที่ตั้งใจไม่ทำการบำบัดอากาศเสีย น้ำเสีย หรือของเสียอย่างอื่นและลักลอบปล่อยทิ้งอากาศเสีย น้ำเสีย หรือของเสียที่ยังไม่ได้ทำการบำบัดออกสู่สิ่งแวดล้อมภายนอกเขตที่ตั้งแหล่งกำเนิดมลพิษต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจควบคุมดูแลแหล่งกำเนิดมลพิษนั้นตามกฎหมาย

(2) เสนอแนะให้มีการดำเนินการทางกฎหมายเพื่อบังคับให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษตามมาตรา 71 หรือมาตรา 72 จัดส่งน้ำเสียหรือของเสียไปทำการบำบัดหรือกำจัดตามพระราชบัญญัตินี้ ต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้มีการริเริ่มหรือได้รับการเสนอแนะจากองค์กรฝ่ายปกครองอื่นก่อนก็ตาม แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายนั้นได้รับการเสนอแนะแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจนั้นก็ยังคงมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาว่าจะออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครองตามที่ได้มีการเสนอแนะจากองค์กรฝ่ายปกครองอื่นนั้นหรือไม่ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดว่าการดังกล่าวเป็นการให้คำปรึกษาหารืออย่างหนึ่งเรียกว่า “คำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับ (avis contraignant)” โดยหากตนเห็นสมควรว่าต้องออกคำสั่งผู้มีอำนาจออกคำสั่งจึงจะต้องผูกพันตามเสนอแนะนั้น แต่ถ้าตนไม่เห็นด้วยกับคำเสนอแนะนั้นก็อาจจะไม่ออกคำสั่งนั้นเลย หรือขอให้เสนอแนะมาใหม่ก็ได้

ดังนั้น เมื่อกฎหมายได้กำหนดให้การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองจำต้องได้รับการร้องขอโดยเอกชนหรือมีการเสนอแนะโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นก่อน องค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจก็ต้องออกคำสั่งทางปกครองโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายเช่นว่านี้ หากองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองโดยที่ยังไม่ได้มีการร้องขอหรือไม่มีการเสนอแนะตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์

2.2 การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง

ขั้นตอนในการพิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองอาจกำหนดไว้ในกฎหมายให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการจัดทำตามขั้นตอนก่อนที่จะพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีอยู่หลายลักษณะ ได้แก่ การขอความเห็น การอนุมัติ การรับฟังผู้เกี่ยวข้อง การสอบถามมหาชน สถานที่ หรือระยะเวลา ฯลฯ ซึ่งขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองก็ได้รับการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันถือเป็นการรับประกันให้การกระทำทางปกครองโดยเฉพาะการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครองได้ดำเนินการตามขั้นตอนโดยมีมาตรฐานขั้นต่ำเป็นอย่างเดียวกัน และขั้นตอนในการทำคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ก็ถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งเกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจรัฐที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องจัดทำเพื่อให้การกระทำทางปกครองนั้นมีความสมบูรณ์

สำหรับในประเทศฝรั่งเศสเองก็ปรากฏว่า ในราวต้นศตวรรษที่ 20 นักวิชาการได้ให้ความสำคัญแก่กระบวนการในการดำเนินการทางปกครองที่มีใช้กระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการให้ความสำคัญแก่ “ระเบียบแบบแผนทางราชการ” นั่นเอง

ซึ่งหมายถึงกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการทางปกครองอันได้แก่ การออกคำสั่งต่าง ๆ ทางปกครอง โดยศาสตราจารย์ Hauriou ได้กล่าวไว้ว่า “การดำเนินการปกครองย่อมก่อให้เกิดขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งจะถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือแม้กระทั่งหนังสือเวียน” อีกทั้งแนวคำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat ยังได้ยอมรับในแนวความคิดที่ว่า ในการดำเนินการทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องเคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการเพราะถือเป็นหลักประกันอีกประการหนึ่งที่ประชาชนจะพึงได้รับ มิเช่นนั้นแล้วก็จะอยู่ภายใต้อำนาจอใจของฝ่ายปกครอง ระเบียบแบบแผนทางราชการนี้มีลักษณะสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

1) ศาลได้ชี้ให้เห็นว่าระเบียบแบบแผนทางราชการหรือขั้นตอนวิธีการต่าง ๆ ที่สร้างขึ้นโดยรัฐบัญญัติก็ดี กฎระเบียบของฝ่ายปกครองก็ดี หนังสือเวียนต่าง ๆ ก็ดี ล้วนมีอยู่หลากหลาย

2) ขอบเขตอันกว้างขวางในการออกระเบียบของฝ่ายปกครองย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพของระเบียบแบบแผนต่าง ๆ ได้ ดังนั้น ศาลจึงอุดช่องว่างนี้ด้วยทฤษฎี “หลักกฎหมายทั่วไป” ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดว่าฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอย่างไร

3) หลักที่ใช้ในการสร้างระเบียบแบบแผนทางราชการนั้น ศาลมักจะนำมาจากหลักในการพิจารณาคดีปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้กระบวนการทั้งสองอย่างมีลักษณะสัมพันธ์เชื่อมต่อกัน

ในปัจจุบันนี้ ระบบเกี่ยวกับระเบียบแบบแผนทางราชการมีความเป็นเอกเทศและความสำคัญไม่แพ้ระบบกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง โดยระเบียบแบบแผนทางราชการหรือขั้นตอนวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองก็อาจแยกออกเป็น 3 กรณี คือ 1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการบริหารหรือ 2) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน 3) ขั้นตอนหรือวิธีการอื่น เช่น เรื่องระยะเวลา การไต่สวน เป็นต้น⁴¹

หากได้พิจารณาระเบียบแบบแผนทางราชการหรือขั้นตอนวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสกับขั้นตอนในการพิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว จะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกันเพราะต่างก็ให้ความสำคัญกับขั้นตอนวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองโดยถือเป็นหลักประกันให้กับประชาชนที่จะได้ไม่อยู่ภายใต้อำนาจอใจของฝ่ายปกครอง และยังเป็นเงื่อนไขในด้านความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครองโดยการใช้อำนาจอรัฐขององค์กรฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่งด้วย

⁴¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุผลในการพิพากษาคดีปกครองประเภทต่าง ๆ” เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร พนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 8 (อัตรานา), น. 25-26

ดังนั้น ในหัวข้อเรื่องการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองนี้ ผู้เขียนจะขอลำดับถึงขั้นตอนในการพิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สำคัญ ๆ บางประการ ได้แก่ การอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบ การรับฟังและการโต้แย้งคัดค้าน และเรื่องกำหนดระยะเวลา ทั้งนี้ จะมุ่งศึกษากรณีของขั้นตอนในการพิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาและการให้ความเห็นชอบเป็นสำคัญ

2.2.1 การให้คำปรึกษาและการให้ความเห็นชอบ

กรณีที่กำหนดว่าจะต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนนี้อาจจะเป็นการให้ความเห็นชอบในด้านความเหมาะสม (Opportunity) ของการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง หรือให้ความเห็นในด้านความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) ก็ได้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่เรื่องที่จะต้องผ่านการให้ความเห็นชอบ การอนุมัติ หรือคำปรึกษาก่อนนี้ จะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่มีความสำคัญหรือมีความสลับซับซ้อนหรือเป็นเรื่องทางเทคนิคโดยแท้ เช่น การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนสูง หรือการแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง เป็นต้น แต่ในปัจจุบันเมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติในกฎหมายโดยส่วนใหญ่แล้วมักพบว่า ได้มีการกำหนดให้การกระทำทางปกครองใด ๆ นั้น จะต้องผ่านขั้นตอนการอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบจากหน่วยงานทางปกครองอื่นก่อน ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากผู้ร่างกฎหมายนั้นมีความประสงค์ที่จะให้การกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่ออกมานั้นเป็นไปโดยความรอบคอบ ซึ่งจะมีผลในการเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคู่กรณีที่เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครอง เพราะการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้นได้มีการรับข้อมูลในหลาย ๆ ด้านจากบุคลากรหรือองค์กรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านจากหลายหน่วยงานมาประกอบการพิจารณาหรืออาจมองได้อีกแง่หนึ่งว่า เพื่อให้ความรับผิดชอบไม่ตกอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียว เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองอื่นที่เป็นผู้ให้ความเห็นชอบโดยส่วนใหญ่มักอยู่ในรูปของคณะกรรมการต่าง ๆ จึงอาจแสดงให้เห็นได้ว่าการกระทำทางปกครองดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบโดยมติจากคณะกรรมการชุดนั้น ๆ อันประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิ และผู้เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ แล้ว

โดยที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่กำหนดว่าต้องมีการให้ความเห็นชอบแก่ร่างกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจก่อนที่จะดำเนินการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับ มักจะพบคำว่า “ด้วยความเห็นชอบของ...” หรือ “โดยความเห็นชอบของ...” หรือ “ให้มีผลใช้บังคับได้เมื่อได้รับความเห็นชอบจาก...” หรือใช้คำอื่น ๆ ที่มีลักษณะคล้ายกัน

ที่เป็นการบังคับว่าก่อนที่จะฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดไว้เสียก่อน กล่าวคือ ให้เจ้าหน้าที่จากทุกหน่วยงานหรือทุกส่วนที่เกี่ยวข้องได้ร่วมในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการขออนุมัติหรือการขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นนั้น กฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องเสนอร่างคำสั่งทางปกครองนั้นให้เจ้าหน้าที่อื่นพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบก่อน ซึ่งเมื่อได้รับความเห็นชอบหรือได้รับการอนุมัติแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นจึงค่อยลงนามในร่างคำสั่งทางปกครองดังกล่าวหรือนำร่างคำสั่งทางปกครองนั้นไปประกาศใช้ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องขอคำปรึกษาหารือและความคิดเห็นจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน เช่น ในการดำเนินการวางและจัดทำผังเมืองรวมตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 นั้น ได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งคณะที่ปรึกษาผังเมืองรวมขึ้น และให้มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือและความคิดเห็นเกี่ยวกับการวางและจัดทำผังเมืองรวม โดยกำหนดว่าก่อนที่จะตรากฎกระทรวงให้ใช้กับผังเมืองรวมในท้องที่ใด ๆ ก็ตาม จะต้องมีการจัดให้มีการให้คำปรึกษาหารือและความคิดเห็นของคณะที่ปรึกษาผังเมืองรวม (General Planning Advisory Board) เสียก่อน จึงจะถือว่ากฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมในท้องที่นั้น ๆ ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ก็ได้บัญญัติถึงผลผูกพันหรือผลทางกฎหมายของคำปรึกษาหารือไว้ ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงไม่ต้องผูกพันออกกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามคำปรึกษาหรือความเห็นของคณะที่ปรึกษาผังเมืองรวมพระราชบัญญัติการผังเมือง⁴² เป็นต้น

ตัวอย่างกรณีองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบที่อยู่ในรูปของคณะกรรมการตามกฎหมาย เช่น ตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ. 2525 ที่กำหนดให้คณะกรรมการควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ มีอำนาจหน้าที่ให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีหรืออธิบดีในเรื่องการพักใช้ใบอนุญาตหรือการเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ดังนั้น ก่อนที่ผู้อนุญาต (อธิบดีกรมปศุสัตว์หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย) จะมีคำสั่งในการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตขายอาหารสัตว์ ใบอนุญาตนำเข้าอาหารสัตว์ หรือใบอนุญาตผลิตอาหารสัตว์ ก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์เสียก่อน ตามมาตรา 51 และมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ. 2525

⁴² เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.50

ในบางกรณีอาจจะเป็นการให้ความเห็นชอบโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นองค์กรต่างนิติบุคคลกันก็ได้ เช่น อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานจราจรที่ให้ความเห็นชอบแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นในการออกประกาศตามมาตรา 42⁴³ แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบนั้นได้ให้ความเห็นชอบอย่างไรไปแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองมีความเห็นไปในทางอื่นซึ่งแตกต่างไปจากความเห็นขององค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่ได้ให้ไว้แล้ว เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองจะทำเช่นไร หรือจะมีทางเลือกอย่างไรบ้างในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น กล่าวคือ จำเป็นจะต้องออกคำสั่งตามที่องค์กรฝ่ายปกครองอื่นได้ให้ความเห็นชอบไว้เท่านั้น หรือสามารถออกคำสั่งต่อไปตามความเห็นของตน หรือสามารถตัดสินใจที่จะไม่ออกคำสั่งใด ๆ เลย และหากคำตอบคือ จำเป็นจะต้องออกคำสั่งตามที่องค์กรฝ่ายปกครองอื่นได้ให้ความเห็นชอบไว้เท่านั้น แม้ว่าความเห็นที่ได้ให้ไว้แล้วนั้นอาจเห็นว่ามีไม่เหมาะสมก็ตาม แล้วจะมีวิธีการแก้ไขปัญหานั้นได้หรือไม่ อย่างไร และมีประเด็นที่น่าสนใจต่อไปว่าในกรณีปัญหาเช่นเดียวกันนี้แต่เกิดขึ้นกับองค์กรทางปกครองที่ต่างรูปแบบกัน กล่าวคือ ระหว่างการให้ความเห็นชอบจากคณะกรรมการชุดใด ๆ ที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายซึ่งอยู่ในองค์กรฝ่ายปกครองเดียวกันกับเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง กับการให้ความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ในองค์กรฝ่ายปกครองอื่นซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองต่างนิติบุคคลกันนั้น จะมีผลต่อการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่แตกต่างกันหรือไม่ และจะมีวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร

⁴³ มาตรา 42 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจรมีอำนาจออกประกาศดังต่อไปนี้

(1) กำหนดบริเวณที่หรือทางสาธารณะหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตห้ามจำหน่ายหรือซื้อสินค้าโดยเด็ดขาด

(2) กำหนดบริเวณที่หรือทางสาธารณะหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตที่ห้ามจำหน่ายสินค้าบางชนิดหรือบางประเภท หรือเป็นเขตห้ามจำหน่ายสินค้าตามกำหนดเวลา หรือเป็นเขตห้ามจำหน่ายสินค้าโดยวิธีการจำหน่ายในลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการจำหน่ายสินค้าในบริเวณนั้น

ในการดำเนินการตาม (1) หรือ (2) ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นปิดประกาศไว้ในที่เปิดเผย ณ สถานที่ทำการของราชการส่วนท้องถิ่นและบริเวณที่จะกำหนดเป็นเขตตาม (1) หรือ (2) แล้วแต่กรณี และต้องกำหนดวันที่จะบังคับตามประกาศนั้นมีให้น้อยกว่าสิบห้าวัน นับแต่วันประกาศ

นอกจากนั้น กฎหมายบางฉบับยังได้กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วยว่าจะต้องพิจารณาให้เสร็จภายในเวลาเท่าใด และบางกรณียังกำหนดผลไว้อีกด้วยว่า ถ้าให้ความเห็นชอบไม่เสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวจะมีผลเป็นเช่นใด เช่น กรณีตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการขุดดินและถมดิน พ.ศ. 2543 ที่กำหนดว่า เมื่อได้มีการออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับป้องกันการพังทลายของดินหรือสิ่งปลูกสร้างตามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้วให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในเรื่องนั้นได้ แต่หากเป็นการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงกำหนดเรื่องดังกล่าวแล้วเนื่องจากมีความจำเป็นหรือมีเหตุผลพิเศษเฉพาะท้องถิ่น ก็ให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการขุดดินและถมดินและได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีเท่านั้น โดยได้กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาไว้ด้วยว่า ไม่ว่าคณะกรรมการจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบในข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นหรือไม่ก็ตาม ก็จะต้องพิจารณาให้เสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น แต่กรณีที่ไม่ให้ความเห็นชอบก็ต้องแจ้งเหตุผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นทราบด้วย และหากคณะกรรมการพิจารณาข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นไม่เสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าคณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบในข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นแล้ว และให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสนอรัฐมนตรีเพื่อส่งการต่อไป ถ้ารัฐมนตรีไม่ส่งการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นก็ให้ถือว่ารัฐมนตรีได้อนุมัติข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นแล้วเช่นกัน

การที่กฎหมายได้กำหนดถึงผลของการที่คณะกรรมการไม่อาจพิจารณาให้เสร็จภายในกำหนดเวลา โดยให้ถือว่าคณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การที่บทบัญญัติได้กำหนดผลไว้เช่นนั้นก็อาจมีเหตุผลเพื่อให้การดำเนินกิจกรรมหรือการปฏิบัติการทางปกครองตามกฎหมายดังกล่าวนั้นสามารถดำเนินการต่อไปได้ และเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง แต่หากพิจารณาในแง่ที่ว่ากรณีที่ให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงได้มีผลใช้บังคับไปโดยไม่ได้รับการพิจารณาให้ความเห็นชอบจากคณะกรรมการการขุดดินและถมดินนั้นจะมีผลถึงความถูกต้องเหมาะสมของข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นหรือไม่เนื่องจากข้อบัญญัติท้องถิ่นดังกล่าวไม่ได้ผ่านการพิจารณาโดยรอบคอบจากคณะกรรมการที่ประกอบด้วยบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

สำหรับการตรากฎหมายลำดับรองของประเทศไทยก็ได้มีการกำหนดให้มีองค์กรทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือด้วยเช่นเดียวกัน โดยอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎต้องเสนอร่างของกฎนั้นให้เจ้าหน้าที่อื่นพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบก่อนซึ่งเมื่อได้รับความเห็นชอบหรือได้รับการอนุมัติแล้วเจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎนั้นจึงค่อยลงนามในร่างของ

กฎดังกล่าวหรือนำร่างของกฎนั้นไปประกาศใช้ เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้ สภาเทศบาลตำบล สภาเทศบาลเมือง และสภาเทศบาลนครจะประกาศใช้เทศบัญญัติได้ก็ต่อเมื่อ ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเสียก่อนตามแต่กรณี⁴⁴ ซึ่งอำนาจหน้าที่ดังกล่าวมีการระบุไว้เกือบทุกประเทศที่นำวิธีการปรึกษาหารือมาใช้โดยเฉพาะ ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ที่เน้นหรือให้ความสำคัญสำหรับวิธีการปรึกษาหารือในด้านการ ตรากฎหมายลำดับรองเป็นหลัก เนื่องจากองค์กรที่ปรึกษาจะประกอบด้วยบุคคลที่มีคุณวุฒิ มีความรู้ และมีประสบการณ์ โดยมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเนื้อหาของพระราชบัญญัติที่จัดตั้งตนขึ้นมา ดังนั้น องค์กรที่ปรึกษาประเภทนี้จึงสามารถที่จะสร้างความมั่นใจ และทำให้ฝ่ายปกครองมีความระมัดระวัง ในการที่จะตรากฎหมายลำดับรองมาใช้บังคับ

ส่วนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น กฎหมายกำหนดให้ในการพิจารณาทำคำสั่ง ทางปกครองในเรื่องที่มีความสำคัญหรือมีความเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ในหลายหน่วยงาน เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องขอความเห็นชอบหรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองอื่นให้เข้าร่วมในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองก่อน เช่น การวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้างอาคาร (BBauG) มาตรา 36 วรรคแรก ซึ่งกำหนดให้จะต้องได้รับความ เห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงขึ้นไป⁴⁵ เป็นต้น

ขั้นตอนการให้ความเห็นชอบในประเทศฝรั่งเศสถือเป็นสาระสำคัญอันเป็นขั้นตอนหนึ่ง ของการปรึกษาหารือ กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองใดที่ต้องหารือหรือได้รับความเห็นชอบจาก องค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อน ถ้าไม่ปฏิบัติตามการกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างการกำหนดให้การทำนิติกรรมทางปกครองบางเรื่องต้องผ่านการหารือ หรือผ่านความ เห็นชอบขององค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อน เช่น Conseil d'Etat หรือ สภาท้องถิ่น ฯลฯ ก็เพื่อให้ การตัดสินใจสั่งการเป็นไปโดยรอบคอบ มีข้อมูลต่าง ๆ ที่สมบูรณ์ อันจะทำให้เกิดการบริหารที่ดี

⁴⁴ ธีระ สุธีวราราม, “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.33-34

⁴⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2544), น.151

สำหรับประเภทของการให้ความเห็นชอบนั้น ในทางตำราของฝรั่งเศสได้จัดอยู่ในประเภทของการปรึกษาหารือ ที่นิติกรรมทางปกครองจะต้องหารือหรือได้รับความเห็นชอบก่อน ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1) กรณีที่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ (avis conforme)

เมื่อองค์การที่ให้ความเห็นมีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้สั่งการต้องสั่งการไปตามนั้น จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ กล่าวคือ ต้องถือตามความเห็นขององค์การที่หารือไป การไม่ปฏิบัติตามย่อมทำให้การสั่งการหรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลสามารถยกขึ้นพิจารณาเองได้

2) กรณีที่ต้องหารือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ (avis simple)

กรณีนี้กฎหมายบังคับว่าต้องหารือ แต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้วจะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น ถ้าสั่งการไปโดยไม่หารือเสียก่อน การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) กรณีที่ไม่บังคับให้ถือตามความเห็นที่ให้ (avis facultatif)

กรณีนี้กฎหมายไม่ได้บังคับให้หารือ ดังนี้ ฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ และหารือไปแล้วจะถือตามหรือไม่ก็ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ถ้าฝ่ายปกครองหารือไปแล้วสั่งการไปตามความเห็นที่ได้รับโดยถือว่าตนต้องผูกพันตามความเห็นนั้น การกระทำทางปกครองที่กระทำไปบนเหตุผลดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ลักษณะของคำสั่งที่ออกภายหลังการปรึกษาหารือที่สำคัญมีดังนี้

1) คำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับ (avis contraignant) เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะออกได้ก็โดยการเสนอขององค์การปรึกษาหารือให้ผู้มีอำนาจออกคำสั่งนั้น ๆ การริเริ่มจึงอยู่ที่องค์การปรึกษาหารือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจะต้องผูกพันตามคำหารือก็ต่อเมื่อตนเห็นสมควรว่าต้องออกคำสั่ง ถ้าตนไม่เห็นด้วยก็ไม่ออกคำสั่งเลยหรือขอให้เสนอมาใหม่ และถ้าเห็นด้วยแต่ไม่ออกคำสั่งไปตามคำปรึกษาหารือ คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย (C.E., 18 juin 1954, Bouvet)

2) คำปรึกษาหารือที่ต้องถือตาม (avis conforme) มีลักษณะคล้ายกับคำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับมาก จะต่างกันก็ตรงที่การริเริ่มก่อนมีคำสั่งในกรณีนี้จะมาจากฝ่ายปกครอง คือผู้มีอำนาจสั่งการไม่ใช่มาจากคณะกรรมการปรึกษาหารือ เมื่อฝ่ายปกครองริเริ่มแล้วจะต้องเสนอเรื่องนั้นไปให้คณะกรรมการฯ ให้ความเห็น ซึ่งเมื่อคณะกรรมการฯ ให้ความเห็นอย่างไรแล้วคำสั่งที่ออกมาต้องเป็นไปตามความเห็นนั้น ถ้าแตกต่างออกไปคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการฯ ก็ไม่ต้องไม่ออกคำสั่งนั้น

โดยปกติการที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดให้มีการหาหรือการหาอื่นนั้นจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การกระทำทางปกครองนั้นสมบูรณ์ และศาลถือว่าเป็นรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ โดยศาลปกครองจะตรวจสอบเสมอว่าการกระทำทางปกครองต่าง ๆ ได้ผ่านขั้นตอนการปรึกษาหารือมาอย่างถูกต้องหรือไม่ ถ้าไม่ถูกต้องก็จะเพิกถอนการกระทำนั้น เช่น การเพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน (reglement d' administration publique) ที่ออกโดยไม่ผ่านการหาที่ประชุมใหญ่ของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) แต่ผ่านการหาที่ปรึกษาหนึ่งของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเพียงเท่านั้น (ในคดี C.E., 28 fév. 1861 , Dubuc) ซึ่ง Conseil d'Etat ถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลยกขึ้นได้เอง ทั้งนี้ ยกเว้นในกรณีที่มีการปรึกษาหารือไม่อาจกระทำได้ภายใต้สถานการณ์บางอย่าง เช่น ภาวะสงคราม เป็นต้น ส่วนผู้ที่สามารถยกความไม่สมบูรณ์ของการไม่ปรึกษาหารือขึ้นให้ศาลพิจารณาก็ได้แก่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่ต้องผ่านการปรึกษาหารือ⁴⁶

ตามกฎหมายของไทยนั้น คำสั่งทางปกครองประเภทที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนนี้ หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองโดยที่ไม่ได้ทำการขอความเห็นชอบก่อนแล้วจะมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ แต่ทั้งนี้ก็สามารถแก้ไขเยียวยาให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ได้ หากในภายหลังมีการจัดให้เจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดให้ความเห็นชอบกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์มาตั้งแต่ต้นตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กำหนดว่าหากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้ขอความเห็นชอบหรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วจะมีผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตาม VwVfG ค.ศ. 1976 มาตรา 44 (3) ข้อ 4 แต่ทั้งนี้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจเยียวยาแก้ไขให้สมบูรณ์ได้หากภายหลังเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้จัดให้มีการให้ความเห็นชอบโดยเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดตาม VwVfG ค.ศ. 1976 มาตรา 45 (1) ข้อ 5

⁴⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41 ,น. 27,30

กรณีของการให้ความเห็นชอบนี้ มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าในการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอมจากหน่วยงานอื่น หรือผู้ทรงอำนาจปกครองอื่นก่อนนั้น จะถือว่าการให้ความยินยอมหรือการปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาข้างต้นนี้ ระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันก็ได้มีการกล่าวถึงกรณีการร่วมกระทำการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง บางเรื่องเจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบจะต้องขอความเห็นหรือความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ตัวอย่างเช่น การวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้างอาคาร (BauG) ตามมาตรา 36 วรรคแรก จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรปกครองตนเอง-เทศบาล (Gemeinde) และความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงขึ้นไป ซึ่งศาลปกครองสหพันธ์รัฐวินิจฉัยว่าการร่วมกระทำการนี้เป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง ไม่มีผลกระทบต่อประชาชน กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นไม่ให้ความเห็นชอบ เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตให้ประชาชนผู้ร้องขอ ผู้ร้องขอจะฟ้องโต้แย้งการร่วมกระทำการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นี้โดยลำพังไม่ได้ แต่จะต้องฟ้องโต้แย้งตัวนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ การไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบและศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการไม่ให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นนั้นด้วย⁴⁷ จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสหพันธ์รัฐนี้แสดงให้เห็นว่า แม้ศาลปกครองจะมีความเห็นว่าการร่วมกระทำการโดยการให้ความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงขึ้นไปนั้นเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองซึ่งไม่มีผลกระทบต่อประชาชน จึงไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองเนื่องจากขาดองค์ประกอบเรื่องการมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของการไม่ให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นนั้น ศาลก็ยังเห็นควรที่จะต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวด้วย

จึงอาจสรุปได้ว่า ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอมจากหน่วยงานอื่น หรือผู้ทรงอำนาจปกครองอื่นก่อนนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมันโดยหลักแล้วถือว่า ความยินยอมของหน่วยงานอื่น

⁴⁷ กมลชัย รัตนสากววงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45, น.151

หรือผู้ทรงอำนาจปกครองอื่นนั้นยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่การให้หรือไม่ให้ความยินยอมนั้นจะมีผลกระทบโดยตรงในทางกฎหมายแก่ราษฎร⁴⁸

ในกรณีเช่นว่านี้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าการที่คณะกรรมการผู้ชำนาญการให้ความเห็นหรือไม่ให้ความเห็นชอบในรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่ผู้ขออนุญาตโครงการจัดทำเสนอย่อมมีผลโดยตรงต่อการสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตโครงการของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย การให้ความเห็นหรือไม่ให้ความเห็นชอบของคณะกรรมการฯ จึงมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ขออนุญาต กรณีจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง⁴⁹ แต่ผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่า การพิจารณาของผู้ชำนาญการในการให้ความเห็นหรือไม่ให้ความเห็นชอบในรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เป็นเพียงการเตรียมการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครอง และการให้ความเห็นชอบของคณะกรรมการผู้ชำนาญการนั้นมิได้มีผลโดยตรงต่อบุคคลภายนอก กล่าวคือ เป็นเพียงรูปแบบขั้นตอนการพิจารณาให้ความเห็นในกระบวนการพิจารณาเรื่องขออนุญาตเท่านั้น มิใช่การกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ขออนุญาตโดยตรง แต่บุคคลผู้อยู่ในบังคับคำสั่งจะได้รับประโยชน์จากการอนุญาตของเจ้าหน้าที่ที่ต่อเมื่อได้รับคำสั่งสุดท้ายแล้ว คือ คำสั่งอนุญาตของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต ดังนั้น การที่คณะกรรมการผู้ชำนาญการให้ความเห็นหรือไม่ให้ความเห็นชอบในรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมจึงไม่อาจถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

2.2.2 การรับฟังและการโต้แย้งคัดค้าน

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองในบางกรณี โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล เช่น คำสั่งพักใช้ใบอนุญาต คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ฯลฯ กฎหมายจะกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง จะออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีการรับฟังบุคคลผู้ซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นเสียก่อน

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง ปีการศึกษา 2547”, น.20 (อัดสำเนา)

⁴⁹ บันทึกรายการของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ขอกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (เรื่องเสร็จที่ 538/2541)

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นไปตาม “หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย” ที่มีวัตถุประสงค์ให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองมีความโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้โดยให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วม ซึ่งตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ ซึ่งคู่กรณีในที่นี้ก็คือ ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง แต่โดยปกติในทางปฏิบัติผู้ที่จะใช้สิทธิเรียกร้องให้องค์กรฝ่ายปกครองรับฟังตนมักเป็นบุคคลที่จะกลายมาเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจออกมาในอนาคต

ขั้นตอนที่เจ้าหน้าที่เปิดโอกาสให้แก่คู่กรณีดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะของการประมวลหรือรวบรวมข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 30 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้บัญญัติถึงข้อห้ามเป็นเด็ดขาดว่า ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสแก่คู่กรณีในการที่จะทราบข้อเท็จจริง โต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐาน ถ้าหากการเปิดโอกาสให้คู่กรณีกระทำการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ เว้นแต่ในกรณีที่ได้อนุมัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสอง⁵⁰ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

⁵⁰ มาตรา 30 วรรคสอง

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ที่ให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจได้ว่าจะให้โอกาสแก่คู่กรณีหรือไม่ก็ได้ ซึ่งในกรณีตามมาตรา 30 (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นั้น ในปัจจุบันได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกำหนดคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ดังนี้

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

(2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล

(3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว

(5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

(6) การสั่งให้เนรเทศ

กรณีขั้นตอนหรือวิธีการโต้แย้งคัดค้านตามกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นได้กล่าวไว้ว่า ในบางกรณีการออกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงนั้น จะต้องให้ผู้มีส่วนได้เสียได้โต้แย้งคัดค้านเสียก่อน กระบวนการนี้เป็นกระบวนการที่ได้รับอิทธิพลมาจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาลที่เรียกว่า “สิทธิในการต่อสู้คดี (droits de la défense)” นั่นคือ คำสั่งหรือการกระทำทางปกครองบางคำสั่งหรือบางการกระทำจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อก่อนออกคำสั่งนั้นได้ให้ผู้มีส่วนได้เสียแสดงสิทธิในการต่อสู้คดีเสียก่อน สิทธิในการต่อสู้คดีที่กล่าวมานั้น นักวิชาการบางคนนิยมเรียกว่า “หลักฟังความสองฝ่าย” (Audi alteram partem) ซึ่งเป็นการเรียกตามหลักในกฎหมายแองโกลอเมริกัน หลักดังกล่าวศาลอังกฤษและอเมริกันมักอ้างถึงเสมอ แม้ไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ เพราะถือเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ส่วนกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีกระบวนการโต้แย้ง ศาลจะตรวจสอบดูว่าได้มีการปฏิบัติโดยครบถ้วนถูกต้องตามกระบวนการดังกล่าวหรือไม่ นั่นคือสิทธิในการต่อสู้คดีได้รับการเคารพเพียงใด

โดยหลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงในขั้นตอนหรือวิธีการโต้แย้งคัดค้าน สำหรับเอกชนผู้มีสิทธิโต้แย้งนั้นต้องฟังโต้แย้งคัดค้านภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือโต้แย้งเสียภายในเวลาอันสมควรก่อนที่เงื่อนไขต่าง ๆ จะเปลี่ยนแปลงไปก่อนมีคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์โดยสรุปดังนี้ คือ

1) ต้องแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบถึงเจตนาของตนที่จะมีคำสั่งอันเป็นการ “Sanction” แต่ศาลก็ไม่ได้กำหนดรูปแบบการแจ้ง เพียงแต่ให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบก็เป็นอันใช้ได้ ทั้งนี้ เว้นแต่การแจ้งนั้นไม่อาจทำได้

2) ผู้มีส่วนได้เสียต้องทราบถึงมาตรการและข้อเท็จจริงที่จะกระทบถึงสิทธิของเขาอย่างครบถ้วน มิเช่นนั้นคำสั่งที่ออกมาภายหลังจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) การแจ้งเรื่องที่จะกระทบถึงสิทธิของบุคคลนั้นต้องชัดเจนพอที่จะให้เขาสามารถโต้แย้ง คือ ใช้สิทธิต่อสู้คดีได้ และต้องให้เวลาพอสมควรที่จะให้เขาคัดค้าน

อย่างไรก็ดี ถ้ามีสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้น ศาลถือว่าอาจมีการยกเว้นกระบวนการโต้แย้งได้ ซึ่งก็เป็นไปตามหลักของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส⁵¹

สำหรับความเห็นหรือข้อมูลที่ได้รับมาจากคู่กรณีนั้น จะมีสถานะเป็นเพียงข้อมูลเพื่อประกอบการจัดทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ โดยไม่ผูกพันให้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจนั้นต้องจัดทำนิติกรรมทางปกครองตามข้อมูลและเนื้อความที่ได้รับมา แต่อาจมีข้อยกเว้นตามเหตุผลของเรื่องที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะจัดทำคำสั่งทางปกครองตามความเห็นหรือข้อมูลที่ได้รับมาในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการดำเนินการในลักษณะการขอความเห็นเกี่ยวกับเรื่องที่ต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษหรือเรื่องทางเทคนิคเฉพาะทางโดยเฉพาะ ดังนั้น เมื่อกฎหมายได้กำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองต้องมีการรับฟังบุคคลผู้ซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นเสียก่อน องค์กรฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว หากองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยที่ไม่มีการรับฟังของบุคคลดังกล่าว คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ แต่ทั้งนี้ก็สามารถแก้ไขเยียวยาให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ได้เช่นกัน หากได้จัดให้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง ซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์มาตั้งแต่ต้นตามมาตรา 41 (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งสอดคล้องกับสหพันธรัฐเยอรมนีที่กำหนดว่า⁵² หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้รับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิในการพิจารณาเรื่องนั้น ๆ และไม่ใช้กรณีที่เข้าข้อยกเว้นของการรับฟังตามมาตรา 28 วรรคสอง VwVG แล้ว ความผิดพลาดดังกล่าวจึงอาจเยียวยาได้โดยการรับฟังย้อนหลังตาม VwVG ค.ศ. 1976 มาตรา 45 วรรคหนึ่ง ข้อ 5

⁵¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น. 31,33

⁵² กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 45, น.182

2.2.3 ระยะเวลา

ถ้าคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ระยะเวลาดังกล่าวจึงเป็นขั้นตอนลักษณะหนึ่งของกระบวนการวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งขั้นตอนในเรื่องระยะเวลาในการจัดทำคำสั่งทางปกครองอาจมีความสัมพันธ์กับขั้นตอนในเรื่องอื่นได้ เช่น ระยะเวลาในการรับฟังบุคคลผู้ซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง ที่จะต้องให้เวลาแก่ผู้เกี่ยวข้องในการเตรียมข้อเท็จจริงหรือแสวงหาพยานหลักฐาน หรือระยะเวลาในการพิจารณาคำขอของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ผลในทางกฎหมายของการไม่ออกคำสั่งทางปกครองหรือออกคำสั่งทางปกครองล่าช้าจะเป็นประการใดนั้น ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายนั้นบัญญัติไว้ เช่น อาจบัญญัติว่าหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาคำขออนุญาตไม่เสร็จภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ให้ถือว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอนุญาตตามคำขอนั้น หรือให้ถือว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธคำขอหรือยื่นตามคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นต้น เป็นต้น ซึ่งในกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการออกคำสั่งไว้ แต่ไม่บัญญัติผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมา จึงเป็นปัญหาว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำไม่เสร็จภายในระยะเวลาจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งประเด็นปัญหานี้ รศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้แนวทางในการพิจารณาไว้ว่า⁵³ จะต้องพิจารณาจากกฎหมายทั้งฉบับ หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ตลอดจนวัตถุประสงค์ของการกำหนดระยะเวลานั้นว่า เป็นระยะเวลาที่กฎหมายมุ่งหมายให้มีสภาพบังคับหรือเป็นระยะเวลาที่กฎหมายมุ่งหมายให้มีผลเป็นการเร่งรัดการปฏิบัติหน้าที่ราชการ กล่าวคือ หากเป็นระยะเวลาที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของราษฎรโดยเฉพาะ ระยะเวลานั้นก็ถือว่าเป็นระยะเวลาที่กฎหมายมุ่งหมายให้มีสภาพบังคับ คำสั่งทางปกครองที่ออกเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือตกอยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมสามารถอุทธรณ์ได้ยิ่งเพื่อให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ แต่หากเป็นระยะเวลาที่ได้รับการกำหนดขึ้นเพื่อเร่งรัดการปฏิบัติราชการเท่านั้น มิได้เป็นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎร การฝ่าฝืนระยะเวลาดังกล่าวไม่มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁵³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น.144-145

ส่วนหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่า เมื่อการกระทำทางปกครองนั้น จะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่มีการกระทำขึ้นเมื่อสิ้นระยะเวลาดังกล่าวไปแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจ เพราะเวลา แต่ถ้าวระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เป็นหลักประกันแก่เอกชนแล้ว การไม่สั่งการภายในเวลาดังกล่าวย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่เคารพขั้นตอนอันเป็น หลักประกันที่ให้ไว้แก่ปัจเจกชน ส่วนการจะพิจารณาว่าระยะเวลาเรื่องหนึ่ง ๆ เป็นหลักประกันหรือไม่ ศาลปกครองจะวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป โดยผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกไปภายหลังจากที่ สิ้นระยะเวลาแล้วนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) อันเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้เช่นกัน⁵⁴

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในอันที่จะสามารถแก้ไข เยียวยาให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลสมบูรณ์มาตั้งแต่ต้น ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิได้รวมถึงกรณีที่ต้องคัดรฝ่ายปกครองไม่ได้ออกคำสั่ง ทางปกครองภายในระยะเวลาไว้ด้วย

2.3 การตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง

โดยปกติแล้วการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ผู้มีอำนาจ ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองจึงมักจะบัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดเสมอว่า จะให้องค์กรฝ่ายปกครองของใครใดเป็นผู้ใช้อำนาจตัดสินใจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจตัดสินใจในการออกคำสั่งทางปกครอง อาจจะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองประเภทใดประเภทหนึ่งในสองประเภท คือ อาจจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งใด ตำแหน่งหนึ่ง หรือคณะกรรมการคณะใดคณะหนึ่ง เช่น กรณีตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติ เครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2531 ที่กำหนดให้ผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งให้ระงับการโฆษณาเครื่องมือแพทย์ที่เห็นว่า เป็นการโฆษณาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ ซึ่งผู้อนุญาตในที่นี้หมายถึง

⁵⁴ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุผลในการพิพากษาคดีปกครองประเภทต่าง ๆ” เอกสาร ประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร พนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 8, (อัคราเนนา) น.8, 33

“เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา” หรือ “ผู้ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยามอบหมาย” ตามคำนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือกรณีตามมาตรา 36 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติมีอำนาจออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาต การยื่นคำขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต อายุใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต ค่าธรรมเนียมการออกใบอนุญาตและการต่ออายุใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

แต่อย่างไรก็ตาม องค์การฝ่ายปกครองผู้ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายอาจมอบหมายให้องค์การฝ่ายปกครองอื่นเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจแทนตนก็ได้แต่ต้องมีกฎหมายอนุญาตให้มอบอำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ฯ โดยชัดแจ้งว่า เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาอาจมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีอำนาจอนุญาตออกคำสั่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 43 ได้ ดังนั้น หากองค์กรที่ใช้อำนาจตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นองค์กรที่นอกเหนือไปจากองค์การฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ก็ย่อมถือได้ว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองได้ตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว หรือแม้แต่ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองปฏิเสธคำขอของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง ก็ย่อมเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กระบวนการพิจารณาทางปกครองย่อมยุติลงเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว ไม่ว่าจะโดยการออกคำสั่งทางปกครองหรือการปฏิเสธไม่ออกคำสั่งทางปกครอง จากนั้นเจ้าหน้าที่ก็จะต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปยังคู่กรณี โดยคำสั่งทางปกครองจะมีผลใช้บังคับต่อบุคคลที่เป็นคู่กรณีนับแต่เมื่อใดนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 42 วรรคหนึ่ง⁵⁵ ว่าให้มีผลนับแต่เวลาที่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีความหมายว่า กระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองย่อมสิ้นสุดลงและเจ้าหน้าที่ที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองได้อีก เมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นได้ส่งออกไปถึงผู้รับคำสั่งแม้ว่าผู้รับคำสั่งนั้นจะยังไม่ได้รับทราบถึงคำสั่งนั้นก็ตาม คำสั่งทางปกครองก็มีผลทางกฎหมายทันที

⁵⁵ มาตรา 42 คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าการมีผลใช้บังคับในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครอง แตกต่างไปจากการออกกฎตรงที่ กฎนั้นจะต้องมีการประกาศเสมออันเป็นหลักเกณฑ์เฉพาะของการออกกฎที่สำคัญประการหนึ่ง เพราะกฎมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปซึ่งข้อเท็จจริงจะเกิดแก่ผู้ใดก็ได้ตามหลักความเป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า (fair warning) บุคคลจะได้เตรียมตัวที่จะปฏิบัติตามกฎหรือไม่ฝ่าฝืนกฎ เพื่อให้ประชาชนได้รู้ล่วงหน้าทุกประเทศจึงต้องมีที่ให้ลงประกาศ ซึ่งปกติแล้วจะประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Gazette หรือ Journal Official) ซึ่งถือว่าเป็นหนังสือของทางราชการ สำหรับประเทศไทยก็จะประกาศในราชกิจจานุเบกษาเช่นเดียวกัน ซึ่งแต่เดิมไม่ได้บังคับว่าต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาเสมอไป แต่ในปัจจุบันนี้ได้มีมติของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534 กำหนดให้กฎทุกประเภทต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา และเพื่อการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชน พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 7 (4) บัญญัติว่า “มาตรา 7 หน่วยงานของรัฐต้องส่งข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ... (4) กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความ ทั้งนี้ เฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎ เพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง”⁵⁶

⁵⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 24, น.120 และธรรมนิติ์ สุมนันตกุล, “กฎหมายปกครอง,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 23 ตอน 3 (2549) : 8