

บทที่ 2

ข้อคิดว่าด้วยคดีปกครองและหน่วยงานทางปกครอง

ในการศึกษาถึงปัญหาการฟ้องคดีปกครองระหว่างหน่วยงานทางปกครองนั้น ในเบื้องต้นมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาเกี่ยวกับ “คดีปกครอง” และ “หน่วยงานทางปกครอง” ให้เกิดความเข้าใจเป็นอย่างดีเสียก่อน ซึ่งสาระสำคัญของเรื่องดังกล่าวที่ได้ดำเนินการศึกษาในบทนี้ นั้น ประกอบด้วย ความหมายของคดีปกครอง ประเภทของคดีปกครอง และลักษณะของนิติกรรมทางปกครองในฐานะที่เป็นเหตุให้เกิดเป็นคดีพิพาททางปกครอง รวมถึง การศึกษาความหมายของหน่วยงานทางปกครอง ประเภทของหน่วยงานทางปกครอง และความสัมพันธ์กันระหว่างหน่วยงานทางปกครองต่างๆ ดังนี้

2.1 ข้อคิดว่าด้วยคดีปกครอง

2.1.1 ความหมายของคดีปกครอง

คดีปกครองมีฐานมาจากการกระทำทางปกครอง ซึ่งในแต่ละประเทศอาจมีประวัติศาสตร์และข้อความคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่แตกต่างกันไปบ้าง แต่จากการศึกษาอาจสรุปความหมายของคดีปกครองได้ 2 นัย คือ¹

2.1.1.1 ความหมายทั่วไปของคดีปกครอง

1) ความหมายคดีปกครองอย่างกว้าง

คดีปกครองตามความหมายนี้ หมายถึง บรรดาข้อพิพาทระหว่างรัฐ (ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนในการดำเนินการทางปกครองหรือสาธารณะกิจ บางประเภท) กับประชาชนหรือองค์กรมหาชนอื่นๆ โดยมีวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทเป็นนิติกรรมทางปกครอง, สัญญาทางปกครอง, ปฏิบัติการทางปกครอง และกฎหมายลำดับรอง

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, “อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น.12.

2) ความหมายคดีปกครองอย่างแคบ

คดีปกครองตามความหมายอย่างแคบ หมายถึง บรรดาข้อพิพาทระหว่างรัฐ (ฝ่ายปกครองหรือองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนในการดำเนินการทางปกครองหรือ สาธารณะกิจบางประเภท) กับประชาชนหรือองค์กรมหาชนอื่นๆ โดยมีวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทเป็น นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง และกฎหมายลำดับรอง

เมื่อพิจารณาความหมายข้างต้น ทั้งสองความหมายมีจุดร่วมที่เหมือนกัน คือ มีรัฐ เป็นคู่กรณีในคดีพิพาทอาจเป็นกรณีรัฐกับประชาชนหรือ รัฐกับองค์กรมหาชนอื่นๆ เพียงแตกต่างกัน ตรงวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทที่คดีปกครองตามความหมายอย่างกว้าง รวมปฏิบัติการทางปกครองด้วย

2.1.1.2 ความหมายเฉพาะของคดีปกครอง

เมื่อมีความแตกต่างกันในทางประวัติศาสตร์และข้อความคิดเกี่ยวกับการกระทำ ทางปกครอง จึงส่งผลให้ความหมายของคดีปกครองในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ในส่วนนี้ จึงขอนำเสนอความหมายเฉพาะของคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และ ประเทศไทย ดังนี้

1) ความหมายเฉพาะของคดีปกครองประเทศฝรั่งเศส

ก่อนที่จะทำความเข้าใจกับความหมายของคดีปกครอง (Contentieux administratif) จะต้องเข้าใจเอกลักษณ์ของหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส 2 ลักษณะ คือ หลักการที่ฝ่ายปกครอง ไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเอกชน และหลักการที่ฝ่ายปกครองไม่อยู่ภายใต้การควบคุม ในทางกฎหมายของศาลยุติธรรม แต่อยู่ภายใต้การควบคุมในทางกฎหมายของศาลปกครอง

เนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์นับแต่เกิดการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 ที่ผู้นำ ในการปฏิวัติยังมีความไม่พอใจในการแทรกแซงของศาลยุติธรรมในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ที่เป็นมาในอดีต จึงกำหนดหลักการห้ามศาลยุติธรรมพิพากษาคดีที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้อง โดยได้นำแนวความคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Déconcentration) ของมองเตสกีเออมาใช้ อย่างเคร่งครัด จึงให้ความสำคัญแก่ลักษณะในเรื่อง “เขตอำนาจทางศาล” การกระทำของฝ่ายปกครอง จึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรม หากแต่จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กร จัดตั้งในฝ่ายปกครองเอง ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจ “ทางศาล” (Juridictionnel หรือ Jurisdictional) ด้วยเช่นกัน ฉะนั้น เพื่อเป็นการจำกัดขอบเขตและไม่ต้องการให้คดีปกครอง มีความหมายกว้างเกินไปจนไม่มีขอบเขต แนวความคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ดังนั้น จึงมีนักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศสหลายท่านที่ให้ความหมายของคดีปกครองไว้ ดังนี้

ความหมายแรก ตามความเห็นของ Léon moureau นั้น คดีปกครองเกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งหรือโต้เถียงกันอันเกิดขึ้นจากกิจกรรมของฝ่ายปกครอง² โดย MOUREAU พอใจนิยามนี้มากกว่านิยามที่เห็นว่าคดีปกครอง คือ ข้อพิพาท (litiges) หรือข้อโต้เถียงกันโดยมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง เพราะความหมายแรกนั้นได้ผูกนิยามคดีปกครองไว้กับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง (activité administratif) ซึ่งหากไม่มีกิจกรรมนี้ย่อมไม่อาจเกิดคดีปกครองขึ้นได้ แต่ความหมายที่ MOUREAU ให้ไว้ นักกฎหมายฝรั่งเศสยังถือเป็นความหมายที่กว้างเกินไป เพราะโดยปกติกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองจะเกี่ยวข้องกับคดีในศาล การฟ้องคดีต่อศาลและมักจะมองว่าเป็นเรื่องของศาลปกครอง³

ความหมายดังกล่าวมีนักกฎหมายฝรั่งเศสอีก 3 ท่าน เห็นพ้องด้วย โดย J.M. AUBY และ R. DRAGO กล่าวว่า “ตามแนวจารีตประเพณีและความเห็นของนักกฎหมายแล้วคดีปกครองจะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองและการยื่นฟ้องคดีปกครอง กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองในฐานะเป็นกฎหมายสาขาหนึ่งนั้น อาจนิยามได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ทั้งหมดเกี่ยวกับการแก้ปัญหาข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการทางศาล”⁴

Ch. DEBBASCH ได้ให้นิยามของกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองไว้ในทำนองเดียวกันว่า “คดีปกครอง เป็นที่รวมของกฎหมายและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการหาข้อยุติของศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองและได้มีการนำข้อพิพาทนี้เสนอต่อศาลปกครอง”⁵

เมื่อคดีปกครองของฝรั่งเศสมีฐานที่มาจากกิจกรรมทางปกครอง จึงเป็นเหตุให้คดีปกครองของฝรั่งเศสมีขอบเขตอย่างกว้าง กล่าวคือ คดีปกครองของฝรั่งเศสมีวัตถุประสงค์ข้อพิพาท

² Léon MOUREAU, Notion et spécificité du contentieux administratif, Mélanges Jean DABIN, Tôme I, Paris, Sirey, 1963, p.180 อ้างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองไทย, (กรุงเทพมหานคร : เอกสารประกอบคำบรรยายหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน รุ่นที่ 11 2552) น. 2.

³ Bernard PACTEAU, Contentieux administratif, 5^e éd, Paris, P.U.F., 1999 อ้างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, เพ็ญอ้าง, น. 2.

⁴ J.M. AUBY et R.DRAGO, Traité de contentieux administratif, Tôme I, 2^e éd, Paris, L.G.D.J., 1984, p.10 อ้างใน เพ็ญอ้าง, น. 2

⁵ Charles DEBBASCH, Contentieux administratif, 5^e éd, (Paris, Dalloz, 1990), p.1. อ้างใน เพ็ญอ้าง, น. 2

เป็นทั้งนิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง และกฎหมายลำดับรอง นอกจากนี้ยังรวมถึงคดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษทางอาญาบางประเภทอีกด้วย และด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ข้อความคิดเกี่ยวกับคดีปกครองของฝรั่งเศสจึงสอดคล้องกับความหมายคดีปกครองอย่างกว้างอันเป็นผลมาจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ซึ่งจะกล่าวโดยรายละเอียดในบทถัดไป

2) ความหมายเฉพาะของคดีปกครองประเทศเยอรมัน

มาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองของเยอรมัน บัญญัติว่า “ศาลปกครองย่อมพิจารณาปัญหาความขัดแย้งทั้งปวงที่โดยสภาพของปัญหาไม่ใช่ความขัดแย้งในทางรัฐธรรมนูญและไม่ใช่เป็นปัญหาขัดแย้งที่มีกฎหมายแห่งสหพันธรัฐกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่นใด” นับว่าเป็นช่องทางแรกของการนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาลปกครอง และทำให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจเหนือคดีขัดแย้งอันเนื่องมาจากกฎหมายมหาชนทุกกรณี และเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับกันโดยไม่มีข้อโต้แย้งว่าศาลปกครองเยอรมันเป็นองค์กรที่มีภาระหน้าที่อันสำคัญยิ่งในการทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองไว้ ซึ่งสิทธิปัจเจกบุคคลที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากองค์กรตุลาการอย่างครบถ้วนมาแปรรูปให้เป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ พร้อมกันกับที่ยังสามารถคุ้มครองการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐไป ในขณะเดียวกันด้วยคดีปกครองของประเทศเยอรมันจึงหมายถึง คดีที่มีข้อขัดแย้งซึ่งประเด็นที่พิจารณาเป็นประเด็นที่ต้องนำกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้กระทำลงในนามของรัฐมาใช้⁶ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนก็ไม่ได้อยู่ในอำนาจศาลปกครองทั้งหมด เช่น ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ข้อพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อพิพาทตามกฎหมายอาญา ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนที่ต้องขึ้นศาลสังคม ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนที่ต้องขึ้นศาลภาษี⁷

การที่มาตรา 19 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Basic Law of 1949) ได้บัญญัติรับรองสิทธิของประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการและบทบัญญัติมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลปกครองข้างต้น ได้ส่งผลอย่างสำคัญให้

⁶ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง.เอกสารการบรรยายพิเศษ เรื่อง ภาระหน้าที่และกระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลปกครองเยอรมัน โดย ศาสตราจารย์ ดร. Karl-Peter Sommermann ระหว่างวันที่ 12-15 ธันวาคม 2543 ณ สำนักงานศาลปกครอง, น. 5.

⁷ Mahendra P. Singh. German Administrative Law in comm. Law Perspective. (Berlin: Springer-Verlag,1985),p.107 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 21.

เกิดการจักระบบของการฟ้องคดีปกครองให้มีความครอบคลุมข้อขัดแย้งประเภทต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชนและที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานของรัฐ การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาล อาจเป็นผลมาจากการที่ผู้ฟ้องคดีต้องการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของตนถูกล่วงละเมิดโดยองค์กรของรัฐ หรือต้องการให้ศาลยืนยันสถานะทางกฎหมาย หรือต้องการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติต่อตนในทางใดทางหนึ่ง ความแตกต่างของคดีที่มาสู่ศาลไม่ว่าจะปรากฏต่อศาลอย่างชัดแจ้งหรือไม่ ย่อมส่งผลให้ต้องปฏิบัติต่อคดีต่างๆ เหล่านี้ในลักษณะที่เหมาะสมกับแต่ละคดีด้วย ในขณะที่การรับฟ้องคดีในอดีตที่ผ่านมาจะขึ้นอยู่กับนิติกรรมทางปกครองที่รัฐได้กระทำลงก่อนหน้านี้เท่านั้น แต่ในปัจจุบันคดีที่ฟ้องร้องต่อศาลปกครองอาจเป็นผลมาจากการกระทำหรือการปฏิบัติงานของรัฐในรูปแบบอื่นๆ นอกจากการออกนิติกรรมทางปกครอง⁸

3) ความหมายเฉพาะของคดีปกครองประเทศไทย

มาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติวางกรอบให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจ โดยได้บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง” อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะมีการบัญญัติเกี่ยวกับประเภทคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ก็ได้มีนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนของไทยได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “คดีปกครอง” ไว้บ้างแล้วอันอาจถือได้ว่าเป็นรากฐานตามแนวทางทฤษฎีกฎหมายที่นำไปสู่การบัญญัติเป็นกฎหมายในปัจจุบัน ได้แก่

⁸ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 6.

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล ได้ให้คำนิยามของคำว่า “คดีปกครอง” ไว้ดังนี้⁹

“คดีปกครอง หมายความว่า กรณีต่างๆ ที่เกิดเป็นปัญหาขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน เนื่องจากการปฏิบัติของฝ่ายปกครองในการดำเนินการบริการสาธารณะหรืออีกนัยหนึ่ง การกระทำในทางปกครอง” คือ มีฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีอยู่ด้วยและคดีปกครองเป็นคดีที่มีลักษณะต่อไปนี้เป็น คดีที่ฟ้องฝ่ายปกครองว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ กระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งคดีที่เรียกร้องค่าเสียหายเนื่องจากการกระทำในทางปกครองและการฟ้องคดีปกครองก็มีจุดมุ่งหมายที่จะเพิกถอนคำสั่งในทางปกครอง

นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการทางกฎหมายทางมหาชนของไทยอีกหลายท่านที่ได้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับลักษณะของ “คดีปกครอง” ว่าการพิพาทอันเป็นคดีปกครอง คือ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน กรณีอาจเกิดขึ้นกับองค์กรหนึ่งของรัฐหรือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งเกิดจากการบังคับใช้กฎหมายหรือเกิดจากการปกครอง และยังรวมข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐและข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐกับเจ้าหน้าที่ ซึ่งกรณีอาจเกิดจากการปกครอง เช่น เรื่องวินัย คำสั่งเลื่อนระดับหรือการแต่งตั้งข้าราชการคนใดคนหนึ่งให้ดำรงตำแหน่งใด เป็นต้น และนักวิชาการอีกท่านหนึ่ง โดย ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ก็ได้ให้ความหมายของคดีปกครองว่า “คดีปกครอง คือ คดีหรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือผู้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐพิพาทกับฝ่ายเอกชน หรือหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันพิพาทกันเอง”

กล่าวโดยสรุปแล้ว “คดีปกครอง” หมายถึง บรรดาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองระหว่างองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กรอื่นที่ได้รับมอบหมายหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะกับเอกชน หรือข้อพิพาทในระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรอื่นซึ่งได้รับมอบหมายหน้าที่บริการสาธารณะด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม จะเห็นว่าขอบเขตของคดีปกครองยังกว้างขวางมาก กล่าวคือ คดีปกครองในลักษณะเช่นนี้จะรวมไปถึงการกระทำของรัฐทั้งหมดที่เป็นการกระทำทางปกครอง แต่ในส่วนที่เป็นลักษณะและเนื้อหาคดีปกครองของประเทศไทยนั้น จำเป็นจะต้องศึกษาจากคดีปกครองตามแนวคำสั่ง คำพิพากษาของศาลปกครองไทยที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองในการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ถือหลักว่าศาลปกครองจะมีขอบเขตของอำนาจตามบทบัญญัติของ

⁹ ประยูร กาญจนดุล, “คดีปกครอง,” ตุลพาท, ปีที่ 41 ฉบับที่ 5, น. 51 (กันยายน – ตุลาคม 2537).

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพียงได้นั้น ต้องศึกษาวิเคราะห์กันในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นหลัก ซึ่งหากพิจารณาถึงบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว อาจสรุปได้ว่าคดีปกครองในประเทศไทย หมายความว่า ข้อพิพาทที่จะต้องฟ้องและดำเนินคดีในศาลปกครอง ซึ่งได้แก่ บรรดาข้อพิพาททั้งหลายที่มีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นกรณีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง โดยพิพาทกันในเรื่องเกี่ยวกับกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย การละเลยต่อหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร การกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น และสัญญาทางปกครอง¹⁰

2.1.2 ลักษณะทั่วไปของคดีปกครอง

เมื่อได้ศึกษาความหมายเฉพาะของคดีปกครองของแต่ละประเทศ ซึ่งมีความหมายแตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีสาระสำคัญที่เหมือนกันหรือมีจุดร่วมที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งหากพิจารณาถึงลักษณะทั่วไปของคดีปกครองแล้ว อาจจำแนกให้เห็นลักษณะทั่วไปของคดีปกครองได้ดังนี้

2.1.2.1 คดีปกครองเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำทางปกครอง

คดีปกครองมีพื้นฐานมาจากการกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน การกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชนยังอาจแบ่งแยกออกเป็นการกระทำในลักษณะที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (der Realakt) และการกระทำซึ่งเป็น “การกระทำในทางกฎหมาย” (Rechtsakte) โดยการกระทำในทางกฎหมายเป็นการกระทำที่ต้องอาศัยเจตจำนงของบุคคลธรรมดา ซึ่งกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่แทนรัฐ¹¹ หรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและ

¹⁰ อำพน เจริญชีวินทร์. การฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), น. 1.

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น. 24.

หน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ส่วนการกระทำทางปกครองที่เป็นการปฏิบัติการนั้นเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้รถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในคูคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย หรือการใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย เป็นต้น¹²

2.1.2.2 คดีปกครองต้องมีคู่ความอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง

คดีปกครองต้องมีคู่ความอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง หรืออาจจะมีคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นฝ่ายปกครอง เช่น กรณีข้อพิพาทระหว่างรัฐบาลส่วนกลางกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และข้อพิพาทซึ่งมีคู่ความอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองนั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทในขอบเขตของกฎหมายมหาชนไม่ใช่ข้อพิพาทในขอบเขตของกฎหมายเอกชน ซึ่งถือว่าเป็นคดีข้อพิพาททางแพ่งทั่วไป แต่คดีที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่ความอยู่ด้วยไม่จำเป็นต้องเป็นคดีปกครองเสมอไป อาจจะเป็นคดีแพ่งก็ได้ เช่น กรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินการตามกฎหมายเอกชน¹³ ซึ่งจะได้กล่าวถึงฝ่ายปกครองโดยละเอียดในส่วนต่อไป

2.1.2.3 คดีปกครองเป็นข้อพิพาทระหว่างคู่ความที่ไม่เท่าเทียมกัน

ในคดีแพ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันซึ่งคู่ความอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน แต่คดีปกครองเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองซึ่งคู่ความอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยที่ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่มีบางกรณีเป็นข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายปกครองด้วยกัน เช่น องค์การของรัฐส่วนกลางกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น กระบวนวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงแตกต่างกับกระบวนวิธีพิจารณาคดีแพ่งในข้อสำคัญที่ว่า วิธีพิจารณาคดีปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะตัดสินกรณีพิพาทระหว่างคู่กรณีที่อยู่ในฐานะต่างกัน แต่วิธีพิจารณาคดีแพ่งคู่กรณีที่เผชิญหน้ากันมีผลประโยชน์เหมือนกันและมีอำนาจทำนองเดียวกัน ส่วนคดีปกครองนั้นคู่กรณีสองฝ่ายที่เผชิญหน้ากัน คือ ฝ่ายปกครองและเอกชน ต่างป้องกันประโยชน์ต่างกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองป้องกันประโยชน์สาธารณะ แต่ฝ่ายเอกชนป้องกันประโยชน์ส่วนตัว นอกจากนี้ คู่กรณีก็มีอำนาจต่างกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินการ

¹² สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17 ฉบับที่ 3, น. 61 (กันยายน, 2530).

¹³ ประยูร กาญจนดุล, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 52.

ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนมีอำนาจมากกว่าเอกชนที่ไม่มีอำนาจเช่นนั้น จึงอยู่ในฐานะต่างกัน ไม่เหมือนกับคดีแพ่งที่คู่กรณีมีฐานะตามกฎหมายเสมอกัน

เมื่อคดีปกครองมีลักษณะเฉพาะว่าเป็นข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน เป็นสำคัญ ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นคู่ความในข้อพิพาทโดยตรงหรือเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการทำกิจกรรมทางปกครองก็ตาม ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นถือว่าความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่อาจก่อให้เกิดข้อพิพาทกันขึ้นได้นั้นจะต้องไม่อยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคทางกฎหมาย เช่น ในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ที่พิเศษกว่าเอกชนในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ คือ มีอำนาจกระทำฝ่ายเดียว เช่น ในการออกคำสั่งหรือการบังคับการต่างๆ อันเป็นการทำให้เอกชนต้องอยู่ในสภาพที่ด้อยกว่าฝ่ายปกครอง เนื่องจากการกระทำในนามของสาธารณะประโยชน์¹⁴

2.1.2.4 คดีปกครองเป็นคดีที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชน

ตามกฎหมายปกครองฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ในการดำเนินการบางประการ เช่น ฝ่ายปกครองอาจกระทำการโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลได้ (l'acte unitéral) กฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการกระทำโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมาย (le privilège du préalable) ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่ง หรือการกระทำโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของศาล (pouvoir d'imposer l'exécution forcée)¹⁵ การกระทำในลักษณะที่ใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนหรือเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องชอบด้วยกฎหมาย จึงมีหลักกฎหมายปกครองอยู่หลักหนึ่งซึ่งเรียกว่า “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Principe de légalité des actes administratifs) โดยหลักกฎหมายปกครองดังกล่าวมีความหมายว่า องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือน

¹⁴ AUBY J-M et DRAGO R., T.1. cp., cit., p. 10. อ้างใน โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส,” ในการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การจัดองค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ก.ค. 2532

¹⁵ อิศระ นิติกันต์ประกาศ, “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส,” เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในการปกครอง, น. 2, (อัดสำเนา) อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 30.

ต่อสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกันได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย¹⁶ ดังนั้น ศาลจึงเข้ามาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น มีสาเหตุสำคัญๆ คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องมาจากผู้กระทำ เนื่องมาจากรูปแบบและวิธีการ เนื่องมาจากจุดมุ่งหมาย เนื่องมาจากวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ (Object) และเนื่องมาจากมูลเหตุแห่งการกระทำ (But)¹⁷ แต่อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐอาจได้รับความคุ้มครองจากคดีปกครองได้ หากความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐทั้งสองนั้น เป็นความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐหน่วยหนึ่งที่มีอำนาจเหนือหน่วยงานของรัฐอีกหน่วยหนึ่งในลักษณะของการควบคุมกำกับ เช่น กรณีที่องค์การบริหารส่วนกลางมีอำนาจในการกำกับดูแลองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ในกรณีเช่นนี้ ถึงแม้้องค์การทั้งสองจะเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่ความสัมพันธ์ขององค์กรทั้งสองมิได้อยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน หากแต่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งเป็นลักษณะของการกำกับดูแล¹⁸

2.1.3 ประเภทคดีปกครอง

เป็นการพยายามแยกประเภทการฟ้องโดยพิจารณาจากสถานะทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดี เฉพาะที่เป็นพื้นฐานของการฟ้องคดีโดยไม่ได้พิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาบนรากฐานเรื่องนี้เองสามารถแยกการฟ้องร้องออกเป็น การฟ้องร้องทางภาวะวิสัย (objectif) ซึ่งเป็นการฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายทั่วไป ซึ่งได้แก่ การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างถึงกฎหมายในการฟ้องคดี ส่วนการฟ้องอีกประเภทหนึ่งอยู่บนพื้นฐานกฎหมายทางอัตตะวิสัย (droit subjectif) ซึ่งเป็นการฟ้อง

¹⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” รวมบทความในโอกาสครบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภสมทรัพย์ 2531. (กรุงเทพมหานคร : พีเค พรินต์ติ้งเฮาส์), น. 195.

¹⁷ โภคิน พลกุล, “การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง,” น. 71. (อัสสัมชัญ)

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจฟ้องของหน่วยงานของรัฐในการฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 19 ตอน 1, น.13 (เมษายน 2543).

เกี่ยวกับสถานภาพส่วนตัวที่ถูกกระทบกระเทือน ได้แก่ การฟ้องประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม โดยผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างสิทธิของตนเอง

Léon Duguit ได้เสนอให้จัดแบ่งประเภทคดีโดยพิจารณาจากสภาพของปัญหาหรือคดีที่เสนอต่อศาลเป็นหลัก และได้แบ่งคดีปกครองออกเป็น 2 ประเภท¹⁹

2.1.3.1 คดีปกครองแบบภาวะวิสัย

คดีปกครองแบบภาวะวิสัย (contentieux objectif) หมายถึง คดีที่กล่าวอ้างว่า มีการละเมิดกฎหมายแห่งกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคล แต่สิทธินั้น เป็นสิทธิที่เป็นส่วนหนึ่งของสถานะทางกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป (situation juridique objective) เช่น สิทธิได้รับบำนาญของข้าราชการ โดยวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดีคือเพื่อขอให้ศาล พิจารณาถึงกฎหมายเป็นหลัก กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองที่นำมาฟ้องต่อศาลนั้นสอดคล้อง กับกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่าหรือไม่ ซึ่งมีลักษณะภาวะวิสัยมาจากการที่มีการพิจารณาถึง ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง โดยมีได้ถือเอาเนื้อหาสิทธิของผู้ฟ้องคดี เป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี เมื่อแบ่งตามเกณฑ์นี้คดีที่มีลักษณะเป็นคดีทางด้านภาวะวิสัย จะได้แก่ คดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (le recours pour excès de pouvoir) คดีฟ้องขอให้ศาลตีความ (contentieux de l'interprétation) คดีฟ้องขอให้พิจารณาหรือแสดง ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (contentieux de l'appréciation de légalité)

2.1.3.2 คดีปกครองแบบอัตตวิสัย

คดีปกครองแบบอัตตวิสัย (Contentieux subjectif) หมายถึง คดีที่กล่าวอ้างว่า สิทธิของผู้กล่าวอ้างซึ่งเป็นสิทธิอันเป็นส่วนหนึ่งของสถานะทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง (situation juridique subjective) ได้รับความเสียหาย หรือเพื่อเรียกร้องให้มีการยอมรับความมีอยู่ ของสิทธิผู้ฟ้องคดี เช่น สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญา สำหรับประเด็นในพิจารณาว่า “บุคคล” หนึ่งบุคคลใดเป็นผู้ทรงสิทธิทางอัตตวิสัยหรือไม่ ผู้ฟ้องคดีต้องยกเป็นประเด็นปัญหาว่า มีการกระทบกระเทือนถึงสิทธิในทางอัตตวิสัยอันเกี่ยวกับสถานการณ์ทางกฎหมายเฉพาะบุคคล ของตน โดยวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดีคือเพื่อขอให้ศาลพิจารณาถึงสิทธิผู้ฟ้องคดีเป็นหลัก กล่าวคือ เป็นการพิจารณาถึงการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนหรือกระทบสิทธิประโยชน์ ของผู้ฟ้องคดี การฟ้องคดีประเภทอัตตวิสัย ได้แก่ คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de plein

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 15.

contentieux หรือ contentieux de pleine juridiction) อันได้แก่ การดำเนินคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (contentieux contractuel) การดำเนินคดีเกี่ยวกับภาษี (contentieux fiscal) ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (la responsabilité) รวมทั้ง การพิจารณาคดีเกี่ยวกับทางสาธารณะ (contentieux de grande voirie) ที่ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษทางอาญาแก่ผู้ทำความผิดเกี่ยวกับสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (le domaine public) ด้วย

2.2 ข้อความคิดว่าด้วยหน่วยงานทางปกครอง

2.2.1 ความหมายหน่วยงานทางปกครอง

Jean Rivero ได้อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการคือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” (L'Exécutif) และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” (L'Administration)²⁰

Prof. Hartmut Maurer กล่าวคือ การให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” อาจทำได้ใน 2 ลักษณะ คือ การให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ (Verwaltung im formellen Sinn) และการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา (Verwaltung im materiellen Sinn)²¹

(1) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา (Verwaltung im materiellen Sinn)

การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาอาจให้ความหมายได้ 2 ลักษณะ คือ การให้ความหมายในทางปฏิเสธ (negativ) กับการให้ความหมายในทางพรรณนา (positive)

(1.1) การให้ความหมายในทางปฏิเสธ (die negative Begriffsbestimmung)
การให้ความหมายในทางปฏิเสธมีพื้นฐานมาจากทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilungslehre) ซึ่งมีการแบ่งแยกระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจภารกิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง ภารกิจที่ไม่ใช่ภารกิจในทางนิติบัญญัติ และไม่ใช่ภารกิจในทาง

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11 น.1.

²¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานการวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง (กรุงเทพมหานคร, 2548), น. 13-16.

ตุลาการ โดย Otto Mayer และ Georg Jellinek ได้ให้ความหมายของฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธว่า ฝ่ายปกครองคือองค์กรที่ทำภารกิจของรัฐหรือใช้อำนาจมหาชนที่ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธทำให้ทราบว่าฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีความเกี่ยวข้องกับการทำภารกิจของรัฐ และจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่ได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธก็ไม่อาจก่อให้เกิดความชัดเจนได้เท่าที่ควร ทั้งนี้เพราะ

- อำนาจฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการนั้นมิได้มีแต่เพียง “ฝ่ายปกครอง” เท่านั้น ยังมี “รัฐบาล” ประกอบอยู่ในอำนาจฝ่ายบริหารด้วย

- การให้คำนิยามในทางปฏิเสธที่จะนำไปสู่การให้ความหมายฝ่ายปกครองที่ชัดเจนได้นั้น จะต้องสามารถให้ความหมายขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการได้อย่างชัดเจน ซึ่งในที่นี้ก็ยังไม่สามารถให้ความหมายอำนาจทั้งสองได้อย่างชัดเจน

กรณีจึงเป็นข้อจำกัดของการให้ความหมายในทางปฏิเสธที่จะทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องนั้นๆ ได้

(1.2) การให้ความหมายในทางพรรณนา (die positive Begriffsbestimmung) โดยเหตุที่การให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธไม่สามารถทำให้เข้าใจความหมายของฝ่ายปกครองได้ จึงมีความพยายามที่ให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางพรรณนา เช่น Peters ให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์กรของรัฐที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐมีผลในทางความจริงขึ้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง Forsthoff ให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ในทางสังคมในขอบเขตของกฎหมายและอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย Giacometti ให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์กรที่ใช้กฎหมาย โดยที่การใช้กฎหมายนั้นมิใช่เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทและไม่ใช้การใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา Thieme ให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์กรที่มีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการดำเนินการที่มีการตัดสินใจแล้วโดยฝ่ายการเมือง และ Luhmann ได้ให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์กรที่การวินิจฉัยขององค์กรนั้นผูกพันต่อกฎหมาย

จากความหมายในการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางพรรณนา แต่ละบุคคลก็ให้มุมมองที่เป็นสาระสำคัญของฝ่ายปกครองแตกต่างกันออกไป ด้วยเหตุนี้ ความพยายามในการให้ความหมายฝ่ายปกครองจึงมีลักษณะเป็นนามธรรมและเป็นเรื่องยากที่จะให้ความหมายฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจน

การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาที่ได้รับการยอมรับ คือ การให้ความหมายโดย Wolff ซึ่งให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์กรที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการโดยทั่วไปแล้วเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเป็นองค์กรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ²²

(2) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ (Verwaltung im formellen Sinn)

ความหมายของฝ่ายปกครองโดยนัยนี้หมายถึง องค์กรที่มีภาระหน้าที่โดยรวมเป็นภาระหน้าที่ในทางปกครอง โดยภาระหน้าที่ที่ได้กระทำโดยองค์กรดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าภาระหน้าที่นั้นเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้หรือไม่

จากการศึกษาความหมายของฝ่ายปกครอง อาจให้สาระสำคัญขององค์กรฝ่ายปกครองได้ว่ามีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ²³ ดังนี้

ก. พิจารณาในแง่ของภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวโยงกับเรื่องของการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่ที่เกี่ยวกับเรื่องของส่วนรวมและเรื่องของมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม

ข. พิจารณาในแง่ของผลประโยชน์ การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์สาธารณะในบางกรณีสอดคล้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และในบางกรณีอาจขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย

ค. พิจารณาจากการดำเนินการ การดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการโดยมีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติการตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในลักษณะที่เป็นนามธรรม-ทั่วไป (generell-abstrakt) ฝ่ายปกครองจะต้องทำให้สิ่งที่เป็นนามธรรม-ทั่วไปเหล่านั้นเป็นรูปธรรมที่เป็นจริงขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การทำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกับการ

²² H.J. Wolff, O.Bachof, R. Stober, “Verwaltungsrecht I,” 10 Aufl., (München 1994), S. 30.
อ้างใน สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เพิ่งอ้าง, น. 14.

²³ Hartmut Maurer, “Allgemeines Verwaltungsrecht,” 8 Aufl., (München 1994), S. 5.
อ้างใน สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เพิ่งอ้าง, น. 14.

ปฏิบัติการตามกฎหมายเท่านั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะอื่นๆ อีกได้ แต่ก็จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายและต้องผูกพันต่อแนวนโยบายของรัฐบาล

ลักษณะการดำเนินการของฝ่ายปกครองแตกต่างอย่างชัดเจนจากภารกิจของฝ่ายตุลาการ ในขณะที่องค์กรตุลาการจะใช้กฎหมายเพื่อวินิจฉัยคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง องค์กรตุลาการจะมีอำนาจวินิจฉัยเมื่อมีการฟ้องร้องต่อศาล และอำนาจศาลถือว่าเป็นฝ่ายที่สามที่มีความเป็นกลาง จึงมีคำกล่าวว่าฝ่ายปกครองเป็นผู้กระทำการ แต่ฝ่ายตุลาการตรวจสอบการกระทำ

ง. พิจารณาจากลักษณะการกระทำ ลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการที่เป็นรูปธรรมในกรณีใดกรณีหนึ่ง และเป็นการทำให้เกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้การกระทำของฝ่ายปกครองจึงแตกต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม-ทั่วไป ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีที่ไม่อาจจะกำหนดจำนวนได้

ถึงแม้จะมีความพยายามในการให้ความหมาย “ฝ่ายปกครอง” ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ยังไม่สามารถให้ความหมายฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจนนัก เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาถึงฝ่ายปกครอง ในที่นี้พยายามจะให้ความหมายฝ่ายปกครองในแง่ของการจัดองค์กร โดยเริ่มต้นจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้แยกอำนาจออกเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ซึ่งในส่วนขององค์กรฝ่ายบริหารอาจจำแนกออกเป็นรัฐบาลและฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ดี ความเป็นฝ่ายปกครองอาจจะไม่จำกัดอยู่เพียงองค์กรเจ้าหน้าที่ที่สังกัดอยู่ในองค์กรฝ่ายบริหารเท่านั้น เนื่องจากในบางกรณีองค์กรอื่นๆ เช่น องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ หรือคณะกรรมการต่างๆ ก็อาจได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ทางปกครองได้ ดังนั้น ในกรณีที่องค์กรเหล่านี้ได้ใช้อำนาจทางปกครองเพื่อดำเนินการตามภาระหน้าที่นั้นๆ ก็ย่อมทำให้องค์กรนั้นมีสถานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองในกรณีนั้นๆ เช่น การที่สภานิติบัญญัติออกใบอนุญาตให้ดำเนินคดีอาญากับสมาชิกสภานิติบัญญัติในระหว่างสมัยประชุมได้ตามมาตรา 16 ววรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ นอกจากนี้ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนก็อาจได้รับมอบหมายให้มีภาระหน้าที่ในทางปกครองได้ในบางเรื่อง ซึ่งทำให้บุคคลนั้นๆ สามารถใช้อำนาจในทางปกครองได้ และมีสถานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน เช่น การที่

สมาคมการตรวจสอบมาตรฐานการใช้งานของรถทุกชนิด (TüV) ออกใบตรวจสอบสภาพรถให้แก่เจ้าของรถ เป็นต้น²⁴

2.2.2 ประเภทของหน่วยงานทางปกครอง

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเภทของหน่วยงานทางปกครองโดยทั่วไปนี้ ได้แบ่งการศึกษาเป็น 2 กรณีคือ หน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางรูปแบบหรือพิจารณาจากการจัดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายปกครอง และหน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางเนื้อหาหรือเกณฑ์การใช้อำนาจมหาชน ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.2.2.1 หน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางรูปแบบหรือพิจารณาจากการจัดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายปกครอง

องค์กรของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครองในทางรูปแบบแบ่งตามการจัดโครงสร้างตาม “หลักการรวมอำนาจ” และ “หลักการกระจายอำนาจ” ได้ดังนี้²⁵

(1) การจัดองค์กรฝ่ายปกครองตาม “หลักการรวมอำนาจ” (centralization) ซึ่งอาจแบ่งแยกได้ดังนี้

(1.1) หลักการรวมอำนาจไว้ที่ส่วนกลาง (concentration) หรือที่เรียกว่า “ราชการบริหารส่วนกลาง” ซึ่งได้แก่บรรดากระทรวง ทบวง กรม ทั้งหมด

(1.2) หลักการแบ่งอำนาจ (deconcentration) คือ การที่รัฐบาลส่วนกลางมอบอำนาจตัดสินใจในบางเรื่องให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลที่ถูกส่งไปประจำภูมิภาค ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของส่วนราชการ หลักการแบ่งอำนาจหรือเรียกว่า “ราชการส่วนภูมิภาค” ซึ่งได้แก่ จังหวัดและอำเภอ

(2) การจัดองค์กรฝ่ายปกครองตามหลัก “หลักการกระจายอำนาจ (decentralization)

การปกครองตามหลักกระจายอำนาจเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์กรอื่นนอกจากองค์กรส่วนกลาง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีอิสระตามสมควร

²⁴ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.145.

²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 11 น.15.

ไม่ต้องอยู่ใต้บังคับบัญชาของส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ในความควบคุมกำกับเท่านั้น ตามหลักการกระจายอำนาจอาจแบ่งการกระจายอำนาจได้ คือ การกระจายอำนาจทางพื้นที่ และการกระจายอำนาจทางกิจการ

2.2.2.2 หน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางเนื้อหาหรือเกณฑ์การใช้อำนาจมหาชน

เนื่องจากมีภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองบางประการที่รัฐไม่ดำเนินการเองหรือมิได้มอบหมายให้นิติบุคคลมหาชนตามกฎหมายมหาชนดำเนินการ หากแต่มอบให้เอกชนไปดำเนินการดังกล่าว โดยให้บุคคลดังกล่าวมีอำนาจมหาชนบางประการ ผู้ประกอบการของเอกชนที่ดำเนินการภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง (Believene) ก็คือ บุคคลในกฎหมายเอกชน (บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง) ที่ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการกิจของฝ่ายปกครองบางประการ อันเป็นการทำหน้าที่แทนรัฐ โดยเหตุที่ผู้ประกอบการดังกล่าวกระทำการโดยรับผิดชอบตนเอง และมีความอิสระในทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ผู้ประกอบการดังกล่าวจึงถูกให้ความหมายว่าเป็น “ฝ่ายปกครอง” ในความหมายอย่างกว้าง

2.2.3 ความหมายเฉพาะของหน่วยงานทางปกครอง

2.2.3.1 หน่วยงานทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

(1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร.โกคิน พลกุล อธิบายว่า²⁶ ว่า แนวความคิดในการจัดระเบียบบริหารและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสตั้งอยู่บนรากฐานของหลักว่าด้วยการรวมอำนาจและการกระจายอำนาจ การปกครองส่วนกลางและส่วนภูมิภาคนั้นถือว่าเป็นเรื่องของหลักว่าด้วยการรวมอำนาจ (centralization) ซึ่งมีเพียงรัฐเท่านั้นที่เป็นนิติบุคคล มีรัฐบาล รัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด ฯลฯ เป็นตัวแทนของรัฐในแต่ละระดับและตามการแบ่งเขตพื้นที่ในการปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะบังคับบัญชา เป็นเรื่อง que tous se trouvent sous le même chef de l'état แต่การจัดระเบียบบริหารของรัฐนั้น นอกจากจะใช้วิธีที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว รัฐยังจำต้องใช้วิธีกระจายอำนาจ (decentralization) อีกด้วย

²⁶ โกคิน พลกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 90-110.

(1.1) หลักการรวมอำนาจทางปกครอง (Centralisation)

หลักการรวมอำนาจในทางปกครอง เป็นหลักในการจัดระเบียบราชการบริหารของรัฐเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชน “หลักการรวมอำนาจปกครอง” คือ การจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ โดยให้รัฐแต่ผู้เดียวเป็นผู้ดำเนินการปกครองหรือจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชนทั่วทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ โดยรวมอำนาจในการตัดสินใจ การวินิจฉัยสั่งการเป็นยุติเด็ดขาดอยู่ที่ผู้ปกครองรัฐ หรือรัฐบาล²⁷ และกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ในฐานะเป็นศูนย์กลางในการปกครอง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ต่างๆ ทั้งในส่วนกลางและที่ประจำอยู่ในส่วนภูมิภาคต้องปฏิบัติตามนโยบายและระเบียบที่ส่วนกลางวางไว้

ในการจัดระเบียบการปกครองตามหลักการรวมอำนาจนั้นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ต่างๆ เป็นไปตามระบบการบังคับบัญชา โดยมีการกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่รัฐมีตำแหน่งสูงต่ำขึ้นต่อกันเป็นลำดับชั้น (Hiérarchie) โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งสูงกว่ามีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชา และองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งต่ำกว่ามีฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น โดยไปยุติเด็ดขาดอยู่ที่ส่วนกลาง หากมีการฝ่าฝืนคำสั่งจะต้องถูกลงโทษทางวินัย ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะเจาะจง ศาลปกครองของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยรองรับการมีอำนาจดังกล่าวของผู้บังคับบัญชาว่าเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายมหาชน ดังนั้น ตามหลักการรวมอำนาจปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคจึงเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา

(1.2) หลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง (Déconcentration)

หลักการแบ่งอำนาจเป็นหลักการที่ราชการบริหารส่วนกลางมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้แทนของราชการบริหารส่วนกลาง²⁸ ซึ่งส่วนกลางส่งไปประจำเพื่อปฏิบัติราชการตามภูมิภาคต่างๆ โดยเจ้าหน้าที่เหล่านั้นสามารถดำเนินการวินิจฉัยสั่งการบางอย่างได้ตามแนวทางที่ส่วนกลางกำหนด และเจ้าหน้าที่เหล่านั้นยังคงเป็นผู้ที่ราชการบริหาร

²⁷ Charles Eisenmann, *Centralisation et Décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, (Paris : L.G.D.J., 1948), p. 70. อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547) น. 11.

²⁸ René Chapus, *Droit Administratif Général, Tome 1*, 15^e édition, (Paris : Montchrestien, 2001), p. 391. อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพ็ญอ้าง, น. 15.

ส่วนกลางแต่งตั้งทั้งสิ้น และอยู่ในบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง จึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจปกครอง หลักการแบ่งอำนาจทางปกครองเป็นหลักที่นำมาเสริมเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น หลักการแบ่งอำนาจทางปกครองจึงเป็นที่มาของราชการส่วนภูมิภาค

(1.3) หลักการกระจายอำนาจทางปกครอง (Décentralisation)

หลักการกระจายอำนาจเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์กรอื่นนอกจากองค์กรของราชการบริหารส่วนกลาง จัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความเป็นอิสระ (autonome) ในการดำเนินการโดยไม่ต้องขึ้นอยู่ในความบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล (tutelle) ของส่วนกลาง การกระจายอำนาจทางปกครองประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญ คือ มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์กรนิติบุคคล อิสระจากองค์กรของราชการบริหารส่วนกลาง มีความเป็นอิสระในการปกครองหรือบริหารงานของตนเอง มีเจ้าหน้าที่และงบประมาณ รวมทั้งรายได้เป็นของตนเอง

การจัดการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจนั้นอาจทำได้ 2 ลักษณะ คือ²⁹

ก. การกระจายอำนาจทางพื้นที่ หรือที่เรียกว่า การกระจายอำนาจทางเขตแดน (Décentralisation territoriale) คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Collectivités locales) ทั้งนี้ การจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ การจัดระเบียบราชการบริหารลักษณะนี้เรียกว่า “การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น”

การปกครองท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจ ก็คือการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนในทางบริหารหรือจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นองค์กรนิติบุคคลที่มีองค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหมดหรือส่วนใหญ่มาจากการเลือกตั้งของราษฎรในท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินงานบริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีอิสระในการปกครองตนเอง ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค หากแต่อยู่ภายใต้การควบคุมอย่างบางเบาของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค

²⁹ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น. 99-100.

ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเรียกการควบคุมดังกล่าวว่า “La tutelle administrative” แปลได้ว่า “การกำกับดูแลทางปกครอง”³⁰

ข. การกระจายอำนาจทางบริการ หรืออาจเรียกว่า การกระจายอำนาจทางเทคนิค (Décentralisation par service ou technique) คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องบางอย่างให้แก่องค์กรของรัฐ (State Organs) ที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเป็นผู้จัดทำ การกระจายอำนาจทางบริการนี้มิใช่เป็นการกระจายอำนาจปกครอง แต่เป็นการ “มอบ” ให้องค์กรอื่นไปจัดทำบริการสาธารณะโดยแยกออกมาเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐ มีทรัพย์สินของตนเอง และมีผู้บริหารของตนเอง แต่จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเช่นกัน ซึ่งมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน

(2) ประเภทขององค์กรฝ่ายปกครอง

องค์กรฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสสามารถแยกประเภทได้ตามลักษณะองค์กร คือ รัฐ นิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐ และผู้ประกอบการเอกชนที่ดำเนินภาระหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยแต่ละประเภทมีลักษณะดังนี้

(2.1) รัฐ

รองศาสตราจารย์ ดร.โกคิน พลกุล อธิบายว่า³¹ เป็นที่ยอมรับในทางความเป็นจริง และในทางทฤษฎีว่า รัฐในประเทศฝรั่งเศสเป็นนิติบุคคล ความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นจะแตกต่างจากนิติบุคคลอื่นๆ เพราะในแง่หนึ่ง รัฐก็คือสภาพความเป็นจริงทางการเมืองและสังคม รัฐไม่เพียงเป็นนิติบุคคลเท่านั้น หากยังสามารถพิจารณาความหมายของรัฐในแง่ชั้นทางสังคม ทางระบบ เศรษฐกิจ สังคม ฯลฯ ได้อีกด้วย ในแง่กฎหมายปกครองจะมองรัฐในแง่ของนิติบุคคลเป็นสำคัญ มิได้มองที่องค์ประกอบในทางสังคมวิทยาของรัฐ การที่กล่าวว่ารัฐเป็นนิติบุคคลนั้นก็เพราะรัฐมีองค์ประกอบของนิติบุคคลครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นด้านทรัพย์สิน บุคลากร ผู้แทน ฯลฯ

³⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547) น. 19.

³¹ โกคิน พลกุล “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 6 ตอน 2, น. 292-293 (สิงหาคม 2530).

รองศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้ให้คำอธิบายว่า³² นักกฎหมายฝรั่งเศส มีความเห็นพ้องกันว่า รัฐเป็นนิติบุคคลอย่างแน่นอน และเมื่อรัฐเป็นนิติบุคคลแล้ว กระทรวง ทบวง กรม ในประเทศฝรั่งเศสจึงไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น การกล่าวว่าข้าพเจ้าฟ้องรัฐมนตรี กระทรวงนั้น กระทรวงนี้ หรือฟ้องผู้ว่าราชการจังหวัดคนนั้นคนนี้ ฯลฯ จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะบุคคลเหล่านี้ต่างเข้ามาในคดีในฐานะตัวแทนของรัฐทั้งสิ้น การฟ้องคดีต่างๆ ก็คือการฟ้องรัฐนั่นเอง

การที่กระทรวง ทบวง กรม ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลก่อให้เกิดผลดีหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการปรับเปลี่ยนกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ เพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงต่างๆ ที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น หากต้องการจัดตั้งกระทรวงใหม่ที่ไม่เคยมีการจัดตั้งมาก่อน ก็สามารถโอนหน่วยงานต่างๆ มาสังกัดกระทรวงนี้ได้ ในขณะที่เดียวกันหากมีความจำเป็นต้องยุบกระทรวง ทบวง กรมใด เพราะไม่มีความจำเป็นต้องคงกระทรวง ทบวง กรมนั้นไว้อีกต่อไป ก็สามารถกระทำได้โดยกฎหมายระดับพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น

ทั้งนี้ ในจุดเด่นประการดังกล่าวข้างต้นเป็นการบริหารราชการของประเทศฝรั่งเศส ที่มีการจัดตั้ง หรือการกำหนดให้มีกระทรวงต่างๆ จะไม่มีความแน่นอนขึ้นอยู่กับแต่ละรัฐบาล ทั้งนี้ เป็นไปตามเหตุผลทางการเมืองและสภาวะแวดล้อมอื่นๆ ดังนั้น การยุบรวมกระทรวง หรือการโอนย้ายงานของกระทรวงหนึ่งไปอยู่กับอีกกระทรวงหนึ่ง จึงเป็นเหตุการณ์ปกติที่เกิดขึ้นได้เสมอในการบริหารราชการของประเทศฝรั่งเศส³³

สำหรับโครงสร้างภายในของแต่ละกระทรวงนั้นจะมีรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชา รัฐมนตรีมีสถานะเป็นฝ่ายปกครอง (une autorité administrative) ทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบในเรื่องการใช้จ่ายเงินของกระทรวงดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายงบประมาณ นอกจากนี้แล้ว รัฐมนตรียังเป็นตัวแทนของรัฐในการดำเนินการต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงและเป็นผู้ลงนามในสัญญาอันอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงนั้นด้วย

³² สมคิด เลิศไพฑูรย์, “สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย,” รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ (กรุงเทพมหานคร, 2539), น. 36-38.

³³ โกวิท พวงงาม, การปกครองท้องถิ่นไทย : หลักการและมิติใหม่ในอนาคต, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543) น. 57-58.

ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาของหน่วยงาน รัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชา (le pouvoir hiérarchique) และใช้อำนาจดังกล่าวต่อผู้ใต้บังคับบัญชาของตนในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินงานตามภารกิจของกระทรวงซึ่งรวมถึงการเลื่อน ลด ปลด ย้ายข้าราชการในกระทรวงนั้นด้วย รัฐมนตรีไม่มีอำนาจโดยทั่วไปที่จะออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (le pouvoir réglementaire) ของฝ่ายบริหารได้ แต่ก็มีอำนาจที่จะออกกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานภายใต้กรอบอำนาจหน้าที่ของกระทรวงได้ในรูปของกฎกระทรวง (arrêté)

การแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาค (déconcentration) มีความหมายเหมือนกับการถ่ายโอน (transfert) อำนาจหน้าที่บางประการของส่วนกลางให้แก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำยังส่วนภูมิภาคเพื่อที่จะพิจารณาตัดสินใจปัญหาที่ไม่จำเป็นต้องส่งไปให้ส่วนกลางเป็นผู้ตัดสินใจ ในการแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาคนี้ รัฐจะต้องจัดแบ่งเขตพื้นที่ของตนออกเป็นเขตการปกครอง (circonscription administrative) เขตการปกครองเหล่านี้ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล แต่เป็นส่วนหนึ่งของการปกครองของรัฐ แต่ละเขตการปกครองจะมีตัวแทนของส่วนกลาง (représentant du pouvoir central) ที่ทำหน้าที่ตัดสินใจปัญหาต่างๆ แทนรัฐ

จังหวัด (le département) เป็นเขตการปกครองส่วนภูมิภาคที่กระทรวงต่างๆ ส่งคนของตนไปประจำอยู่เพื่อปฏิบัติการที่เกี่ยวข้องกับกระทรวงของตน ในแต่ละจังหวัดจะมีผู้ว่าการจังหวัด (le préfet) ทำหน้าที่เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการที่ปฏิบัติงานอยู่ในเขตจังหวัดในฐานะที่เป็นเขตการปกครองของรัฐ ผู้ว่าการจังหวัดเป็นผู้ทำหน้าที่คอยประสานงานการดำเนินการต่างๆ ของหน่วยงานทั้งหลายในเขตจังหวัด เป็นตัวแทนของรัฐบาลในเขตจังหวัด

นอกเหนือจากจังหวัดจะเป็นเขตการปกครองแบบภูมิภาคแล้ว ในฝรั่งเศสยังมีเขตการปกครองภูมิภาคระดับล่าง คือ อำเภอ (arrondissement) โดยในจังหวัดหนึ่งจะแบ่งออกเป็นอำเภอประมาณ 3-4 อำเภอและมีนายอำเภอ (sous-préfet) ซึ่งเป็นข้าราชการทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐในเขตอำเภอ

(2.2) นิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐ (collectivités locales)

ในประเทศฝรั่งเศสนอกจากรัฐที่ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะเป็นหลักแล้วยังมีนิติบุคคลมหาชนอื่นที่ทำหน้าที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) และมีการใช้อำนาจมหาชน (puissance publique) นิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐ มีอยู่ 3 ประเภท คือ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน และองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (AAI)

(2.2.1) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (les collectivités locales หรือ les collectivités territoriales)

องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐโดยอาศัยหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง (decentralisation) อันเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครองแบ่งอำนาจการปกครองของตนเองออกมาแล้วมอบให้นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (personnes morales de droit public) อื่น คือ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (les collectivités locales หรือ les collectivités territoriales) ไปดำเนินการปกครองพื้นที่แทนตน

การดำเนินงานขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องไปเป็นตามหลักว่า ด้วยความเป็นอิสระในการบริหารงาน (le principe de la libre administration) ตามที่มาตรา 72 วรยศสาม แห่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ แต่อย่างไรก็ตามหลักว่าด้วยความเป็นอิสระในการบริหารงานขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีข้อจำกัดอยู่ที่ว่า การดำเนินการทั้งหลายขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยในอดีตนั้นผู้ว่าการจังหวัด (le préfet) จะทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (contrôle de légalité) ของคำสั่งขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยผู้ว่าการจังหวัดมีอำนาจในการเพิกถอน (annulations) หรือให้สัตยาบัน (approbation) คำสั่ง (les actes) ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ต่อมาก็มีการออกกฎหมายกลางเกี่ยวกับการกระจายอำนาจลงวันที่ ๒ มีนาคม ค.ศ. 1982 กฎหมายดังกล่าวได้ยกเลิกอำนาจในการควบคุม (le pouvoir de tutelle) ของผู้ว่าการจังหวัดดังกล่าว และกำหนดให้คำสั่ง (les actes) ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีผลใช้บังคับได้ในทันที แต่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องส่งคำสั่งที่มีความสำคัญๆ เช่น มติสภาท้องถิ่น (deliberations des assemblées délibérantes) ข้อบัญญัติท้องถิ่น (arrêtés municipaux réglementaires) สัญญาโยธาสาธารณะ (contrats des marchés publics) หรือการมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ (délégation de service public) ไปให้ผู้ว่าการจังหวัดด้วย หากผู้ว่าการจังหวัดเห็นว่าเรื่องใดมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย ผู้ว่าการจังหวัดก็สามารถร้องขอให้ศาลปกครองชั้นต้น (les tribunaux administratifs) พิจารณาปัญหาความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ ซึ่งจะกล่าวอย่างละเอียดในส่วนต่อไป

องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสมีสองประเภท คือ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป อันได้แก่ จังหวัด เทศบาล ภาค กับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ อันได้แก่ เมือง Paris Lyon และเมือง Marseille ที่เป็นเมืองขนาดใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส และนอกจากนี้ยังมีเมืองอื่นๆ ที่อยู่นอกประเทศฝรั่งเศสอีกจำนวนหนึ่งที่ถูกจัดให้เป็นองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ เช่น เกาะ Corse บรรดาจังหวัดโพ้นทะเล (les départements)

d'outre-mer) ต่างๆ โดยในที่นี้จะกล่าวถึงรายละเอียดเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป ดังนี้³⁴

1) เทศบาล (commune) เทศบาลนับได้ว่าเป็นองค์กรกระจายอำนาจที่เก่าแก่ที่สุดของประเทศฝรั่งเศส โดยในสมัยศตวรรษที่ 12 มีการรวมกลุ่มของประชาชนเรียกว่า commune ขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเองและชุมชน ต่อมาเมื่อมีการปฏิวัติครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 ก็เกิดกระแสการกระจายอำนาจขึ้น มีการออกกฎหมายลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1789 กำหนดให้ commune เป็นองค์กรกระจายอำนาจ จากนั้นก็ได้มีการพัฒนาแนวทางในการกระจายอำนาจให้แก่ commune เรื่อยมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน

เทศบาลของฝรั่งเศสประกอบด้วยฝ่ายสภา คือ สภาเทศบาล (conseil municipal) และฝ่ายบริหาร คือ คณะเทศมนตรี อันประกอบไปด้วยนายกเทศมนตรี (maire) และเทศมนตรี ซึ่งได้รับการเลือกตั้งจากสมาชิกสภาเทศบาลโดยสภาเทศบาลประกอบด้วยสมาชิกที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากราษฎรในเขตเทศบาลนั้น สมาชิกสภาเทศบาลจะมีจำนวนเท่าใดขึ้นอยู่กับจำนวนประชากรในเขตเทศบาล

2) องค์การบริหารส่วนจังหวัด (département) เช่นเดียวกับเทศบาล จังหวัดเกิดขึ้นอย่างเป็นทางการภายหลังการปฏิวัติครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 โดยกฎหมายลงวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 1790 อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาก็ได้มีกฎหมายลงวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1838 จัดระบบจังหวัดเสียใหม่โดยให้จังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล อำนาจหน้าที่ของจังหวัดถูกกำหนดในกฎหมายลงวันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ. 1871 มีการกำหนดให้มีผู้ว่าราชการจังหวัด (préfet) ซึ่งเป็นข้าราชการจากส่วนกลางทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารของจังหวัด แต่ต่อมาก็ได้มีกฎหมายลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 กำหนดให้ประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด (président du conseil général) ซึ่งได้รับการเลือกตั้งจากสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดด้วยตนเองทำหน้าที่หัวหน้าฝ่ายบริหารของจังหวัดแทนผู้ว่าราชการจังหวัด โดยโครงสร้างขององค์การบริหารส่วนจังหวัดประกอบด้วยสภาจังหวัด (conseil général) โดยมีประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด (président du conseil général) ทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหาร และมีสำนักงานองค์การบริหารส่วนจังหวัด (bureau) เป็นหน่วยธุรการ

³⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552) น. 78-79.

3) ภาค (région) นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 เป็นต้นมา ฝ่ายบริหารของประเทศฝรั่งเศสพยายามที่จะจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีขนาดใหญ่กว่าจังหวัด (département) ขึ้นมาเพื่อแบ่งเบาภาระของส่วนกลางในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยในปี ค.ศ. 1969 นายพลเดอโกลส์ (le général Charles de Gaulle) ได้ขอให้ประชาชนออกเสียงแสดงประชามติเกี่ยวกับการจัดตั้ง “ภาค” ขึ้นมาเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ปรากฏว่าประชาชนส่วนใหญ่ออกเสียงไม่เห็นด้วย “ภาค” จึงยังไม่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ต่อมาในปี ค.ศ. 1972 รัฐบัญญัติลงวันที่ 5 กรกฎาคม 1972 ได้จัดตั้ง “ภาค” ขึ้นมาโดยไม่ให้มีสถานะเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ให้มีสถานะเป็นองค์การมหาชน (établissement public) มีหน้าที่พัฒนาด้านการเศรษฐกิจและสังคมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ภายในเขตภาค ดังนั้น จึงทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างภาคกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นๆ ขึ้นมาในช่วงเวลาดังกล่าว จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1982 รัฐบัญญัติลงวันที่ 2 มีนาคม ก็ได้จัดตั้งภาคให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสในขณะนั้นและที่แก้ไขเพิ่มเติมในปัจจุบันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 72 ว่า “...องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายมีอำนาจที่จะบริหารงานของตนเองได้อย่างอิสระ โดยมีสภาพท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติโดยกฎหมาย” ดังนั้น ภาคจึงมีสภาพที่มาจากการเลือกตั้ง

ปัจจุบันฝรั่งเศสประกอบด้วย 26 ภาค แต่ละภาคประกอบด้วยองค์กร 3 องค์กร คือ สภาภาค (conseil régional) ทำหน้าที่เป็นองค์กรฝ่ายสภาประธานสภาภาค (président du conseil régional) ทำหน้าที่ฝ่ายบริหาร และคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคม (comité économique et social) ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่ปรึกษา

(2.2.2) องค์การมหาชน (l'établissement public)

องค์การมหาชน ได้แก่ นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง ซึ่งทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ³⁵ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ อธิบายว่า³⁶ “องค์การมหาชน” ก็คือ นิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชน ประเภทหนึ่งที่ทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง” หรือ “องค์การมหาชน” ก็คือ นิติบุคคล

³⁵ Jean RIVERO, Droit Administratif. (Dalloz, Paris, 1985), p. 496 อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551), น. 83.

³⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับองค์การมหาชนอิสระ”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 4, น. 59-78 (ธันวาคม 2532).

ในทางกฎหมายมหาชนที่จัดทำกิจกรรมพิเศษ (บริการสาธารณะ) และขึ้นต่อองค์กรรับผิดชอบทางพื้นที่ (รัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น)³⁷ หรือในอีกด้านหนึ่ง “องค์การมหาชนก็คือนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนนอกเหนือจากรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น”³⁸ นั่นเอง

องค์การมหาชนจะต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ถูกจัดตั้งขึ้นมา โดยการจัดตั้งองค์การมหาชนนั้น รัฐอาจเป็นผู้จัดตั้ง เช่น มหาวิทยาลัย หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดตั้ง เช่น ศูนย์ให้ความช่วยเหลือของเทศบาล เป็นต้น โดยหากเป็นองค์การมหาชนที่รัฐเป็นผู้จัดตั้ง ก็จะต้องจัดตั้งโดยการออกเป็นรัฐบัญญัติ (loi) ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ³⁹

การมีสถานะเป็นนิติบุคคลขององค์การมหาชนนั้นไม่ได้ทำให้ องค์การมหาชนเป็นอิสระอย่างเด็ดขาด แยกตัวอย่างที่ไม่มีความสัมพันธ์กับรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในทางปฏิบัติความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดยังมีความจำเป็นต้องมีอยู่ แต่เปลี่ยนจากความสัมพันธ์ในลักษณะ “อำนาจบังคับบัญชา” มาเป็น “อำนาจควบคุมกำกับ” เท่านั้น

องค์การมหาชนเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีความแตกต่างจากนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนและทำให้มีอำนาจพิเศษบางประการ เช่น นิติกรรมขององค์กรนี้ ต่อบุคคลภายนอกเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง การใช้อำนาจมหาชนเพื่อปฏิบัติตามคำวินิจฉัยภายใต้ขอบเขตของคำพิพากษา การออกกฎเกณฑ์ทั่วไปเพื่อใช้บังคับกับบุคลากรและผู้ให้บริการขององค์กรฯ การมีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ บุคลากรเป็นบุคลากรทางกฎหมายมหาชน งานโยธาต่างๆ เป็นงานโยธาสาธารณะ ทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินสินของแผ่นดิน และจะนำกระบวนการล้มละลายมาใช้กับองค์การมหาชนไม่ได้

นอกเหนือจากการที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของรัฐแล้ว องค์การมหาชนยังต้องอยู่ใต้ข้อบังคับบางประการอีกด้วย เช่น การที่จะต้องมีระบบบัญชีสาธารณะ โดยจะต้องมี “สมุดบัญชีสาธารณะ” (comptable public) ที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของฝ่ายบริหารขององค์การมหาชนนั้นเป็นผู้ทำหน้าที่ถือบัญชีสาธารณะและควบคุมการรับและ

³⁷ Benoît JEANNEAU, op. cit., p.280 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง.

³⁸ Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, op. cit., p.920 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง.

³⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551) น. 50.

การจ่ายเงินให้เป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้มิฉะนั้นแล้ว “สมุหบัญชีสาธารณะ” นั้นเองจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีที่มีปัญหาขึ้น การกำหนดให้องค์การมหาชนจะต้องมีระบบบัญชีสาธารณะนี้ นับได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่มีผลจำกัดความเป็นอิสระขององค์การมหาชนมากที่สุด⁴⁰ นอกจากนี้ ในฐานะที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งด้วย องค์การมหาชนจึงต้องเคารพหลักเกณฑ์พื้นฐานบางประการของการจัดทำบริการสาธารณะด้วย เช่น หลักความเสมอภาคระหว่างผู้ให้บริการ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ฯลฯ

องค์การมหาชนเป็นองค์การที่จัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียวซึ่งต่างกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จัดทำบริการสาธารณะหลายอย่างในเขตพื้นที่ของตน⁴¹

(2.2.3) องค์การมหาชนอิสระ (les autorités administrative indépendantes หรือ AAI)

องค์การมหาชนอิสระ นับแต่ปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา ได้มีการจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระ (AAI) ขึ้นมา เพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานพิเศษของส่วนกลางในการทำกิจกรรมพิเศษหรือในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง องค์การมหาชนอิสระเหล่านี้มีฐานะเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน มีความเป็นอิสระจากรัฐบาลและจากอำนาจบังคับบัญชา องค์การมหาชนอิสระบางองค์การมีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็น แต่ในบางองค์การนั้นอาจมีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งต่างๆ ได้ด้วย

องค์การมหาชนอิสระที่สำคัญๆ ได้แก่ คณะกรรมการกิจการด้านวิทยุโทรทัศน์ (Conseil supérieur de l'audiovisuel) ที่ทำหน้าที่ดูแลรับผิดชอบกิจการวิทยุโทรทัศน์ คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารและเสรีภาพแห่งชาติ (Commission nationale de l'informatique et des libertés) คณะกรรมการควบคุมการแข่งขันทางการค้า (Commission de la concurrence) หรือคณะกรรมการกำกับตลาดหลักทรัพย์ (Commission des opérations de bourse) เป็นต้น โดยองค์การมหาชนอิสระเหล่านี้มีลักษณะเฉพาะของแต่ละองค์กรที่ไม่เหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม ทุกองค์การจะมีลักษณะที่คล้ายกัน คือ ไม่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของรัฐมนตรีย ส่วนอำนาจ

⁴⁰ François GAZIER, op. cit., p.49 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เซึ่งรรถที่ 29, น. 91.

⁴¹ Jean RIVERO, OP.CIT., p.506 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว, น.91.

หน้าที่นั้นบางองค์การก็มีมาก เช่น ให้คำแนะนำ ลงโทษ หรือวางกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับผู้เกี่ยวข้องได้

(2.3) ผู้ประกอบการของเอกชนที่ดำเนินภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

เมื่อรัฐมีภาระมากขึ้น กิจกรรมบางอย่างรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเอง เพราะเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐ กิจกรรมบางอย่างต้องใช้เงินลงทุนมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญพิเศษ ซึ่งทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างดีและรวดเร็วทันตามความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ จึงเกิดการมอบภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้ผู้ประกอบการเอกชน ซึ่งมีความสนใจและพร้อมเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

การมอบอำนาจ (habilitation) ให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้น หมายความว่า การที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ทั้งนี้ เพราะโดยสภาพแล้วเอกชนไม่ได้มีหน้าที่ที่จะจัดทำบริการสาธารณะ เพราะการบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐตัดสินใจอนุมัติหรืออนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนจึงสามารถเข้ามาดำเนินการได้ การมอบอำนาจโดยทั่วไปนั้นอาจทำได้โดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติที่กำหนดไว้ให้ฝ่ายปกครองสามารถอนุญาตให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะได้ หรืออาจทำโดยสัญญา (contrat) ก็ได้ ผู้ประกอบการของเอกชนที่ดำเนินภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เช่น องค์กรวิชาชีพ (Organismes professionnels) บริษัทผู้รับสัมปทาน เป็นต้น

(2.3.1) องค์กรวิชาชีพ⁴² (Organismes professionnels)

ได้แก่ องค์กรเอกชนที่กฎหมายระดับรัฐบัญญัติมอบอำนาจหน้าที่ให้ทำการควบคุมวินัยในการประกอบอาชีพด้วยมาตรการต่างๆ เช่น การวางกฎข้อบังคับทางวิชาชีพ การพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การพิจารณาลงโทษเมื่อมีการกระทำผิด และเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เป็นต้น

แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดองค์กรวิชาชีพมีมานานแล้ว โดยได้มีการนำมาใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพในกระบวนการยุติธรรม เช่น สภานายความ (ordre des avocats) คณะกรรมการผู้ประกอบวิชาชีพรับรองนิติกรรม (chambre de discipline des notaries) เป็นต้น โดยองค์กรวิชาชีพต่างๆ เหล่านี้มีฐานะเป็นองค์การมหาชน (établissement public) และต่อมาใน

⁴² นันทวัฒน์ บรรณานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552) น. 69-71.

ปี ค.ศ. 1940 ได้มีการจัดตั้งองค์กรวิชาชีพอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมขึ้นมาอีก คือ องค์กรวิชาชีพเกษตรกร (la corporation paysanne) องค์กรวิชาชีพแพทย์ (ordre des médecins) องค์กรวิชาชีพสถาปนิก (ordre des architectes) และองค์กรวิชาชีพเภสัชกร (ordre des pharmaciens) เป็นต้น องค์กรวิชาชีพต่างๆ ที่เกิดขึ้นมาภายหลังนี้มีสภาพเป็นองค์กรเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพราะกิจกรรมหรือการดำเนินงานขององค์กรวิชาชีพต่างๆ เหล่านี้เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชน กล่าวคือ ควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพที่ต้องสัมพันธ์กับประชาชนให้อยู่ในระเบียบวินัยอันดี ไม่ให้ประชาชนได้รับผลกระทบจากการประกอบวิชาชีพนั้นๆ

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Bouguen ลงวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1943 ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยหลักที่ให้การรับรองการดำเนินงานขององค์กรวิชาชีพว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ โดยศาลปกครองสูงสุดได้กล่าวไว้ในตอนหนึ่งของคำวินิจฉัยที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการขอให้เพิกถอนคำสั่งขององค์กรวิชาชีพแพทย์ว่า “...ผู้บัญญัติกฎหมายต้องการที่จะให้ องค์กรวิชาชีพและการควบคุมการประกอบอาชีพแพทย์มีสถานะเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง แม้คณะกรรมการองค์กรวิชาชีพแพทย์จะได้มีฐานะเป็นองค์การมหาชนก็ตาม...”

แม้ว่าองค์กรวิชาชีพจะมีโครงสร้างและระบบการบริหารงานภายในที่เป็นแบบเอกชนก็ตาม แต่ในการดำเนินการขององค์กรวิชาชีพกลับมีการใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน กล่าวคือ อำนาจในการออกกฎข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ในการประกอบวิชาชีพ (réglementation de la profession) การควบคุมการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) ที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป หรืออำนาจในการพิจารณา ลงโทษทางวินัยเมื่อสมาชิกขององค์กรวิชาชีพทำผิดข้อปฏิบัติทางวิชาชีพและการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ อันเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะราย

เหตุผลที่องค์กรวิชาชีพมีทั้งอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการวางกฎเกณฑ์ต่างๆ และในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดก็เนื่องมาจากองค์กรวิชาชีพเหล่านี้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้เป็นผู้ดูแลควบคุมและดำเนินการต่าง ที่เกี่ยวข้องกันกับวิชาชีพนั้นๆ เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด จึงต้องมีการมอบอำนาจของรัฐบางประการให้เพื่อที่จะสามารถจัดระเบียบในการประกอบอาชีพได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การดำเนินงานขององค์กรวิชาชีพอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนในกรณี ที่เกี่ยวกับการบริหารงานภายในหรือการดำเนินงานทั่วไป แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการวางกฎเกณฑ์ ในการประกอบอาชีพ (réglementation de la profession) นั้น ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง ที่อาจเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น ระเบียบปฏิบัติของผู้ประกอบอาชีพ

หรือมีผลเป็นการเฉพาะตัว เช่น การรับหรือการไม่รับบุคคลหนึ่งเข้าร่วมในองค์กรวิชาชีพ หรือ การขับผู้หนึ่งผู้ใดออกจากองค์กรวิชาชีพ ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้นั้นไม่สามารถประกอบอาชีพดังกล่าวได้อีกต่อไป

(2.3.2) บริษัทผู้รับสัมปทาน

ในปัจจุบันบริการสาธารณะทางปกครองบางประเภทอาจมอบให้เอกชน จัดทำได้ กล่าวคือ บริการสาธารณะทางสังคม (services publics sociaux) บางประเภท เช่น สวัสดิการสังคม ประกันสุขภาพหรือสถานพยาบาลเอกชน บริการสาธารณะเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพ (ordres professionnels) บริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม และบริการสาธารณะด้านการกีฬา เป็นต้น บริการสาธารณะเหล่านี้จะมี “บางส่วน” ของบริการสาธารณะที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายมหาชนเพราะมีการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองโดยเอกชนจะต้องมี “เครื่องมือ” พิเศษในการจัดทำ ซึ่งเครื่องมือหรือวิธีการในการจัดทำได้แก่คำสั่งฝ่ายเดียว (actes unilatéraux) คำสั่งขององค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองที่เป็นเอกชนจะมีผลเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองได้ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขครบถ้วนทั้ง 3 ประการ ดังนี้⁴³

ก. เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะจัดทำกิจกรรมดังกล่าวให้เป็นบริการสาธารณะ

ข. เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะต้องมีอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง (prérogatives de puissance publique)

ค. อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องใช้เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น

หากคำสั่งของเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะทางปกครองประกอบด้วยเงื่อนไขครบทั้ง 3 ประการ คำสั่งดังกล่าวก็จะมีสภาพเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งอาจมีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (actes individuels) ดังเช่นที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Magnier เมื่อวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1961 เกี่ยวกับเรื่องกลุ่มที่ตั้งขึ้นมาเพื่อป้องกันพืชจากปรสิต (parasite) หรืออาจมีสถานะเป็นระเบียบ (actes réglementaires) ก็ได้ ดังเช่นที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี fédération des industries françaises d'articles

⁴³ เฟ็งอ้าง, น.78-79.

de sport เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน ค.ศ. 1974 เกี่ยวกับกรณีสมาคมป้องกันของฝรั่งเศสกำหนดคุณสมบัติของลูกป้องกันที่จะใช้ในการแข่งขันระดับชาติ เป็นต้น

2.2.3.2 หน่วยงานทางปกครองของประเทศเยอรมัน

(1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง

การพิจารณาการจัดโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองของเยอรมันอาจแยกพิจารณาได้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การพิจารณาโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองในแนวดิ่ง และการพิจารณาโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองในแนวนอน⁴⁴

(1.1) ข้อพิจารณาโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองในแนวดิ่ง

เนื่องจากเยอรมันเป็นประเทศที่มีรูปแบบของรัฐเป็นแบบสหพันธรัฐ (Bundesrepublik) ซึ่งประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ 16 มลรัฐ ดังนั้น การพิจารณาโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองในแนวดิ่งจึงอาจแบ่งองค์กรของรัฐได้ 3 ลำดับชั้น กล่าวคือ สหพันธรัฐ (Bund) มลรัฐ (Länder) และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ (Gemeinde)

(1.2) ข้อพิจารณาโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองในแนวนอน

การจัดโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองในแนวนอนนั้นเป็นการจัดองค์กรของแต่ละระดับ เช่น ในระดับสหพันธ์มีการแบ่งภาระหน้าที่ออกเป็นกระทรวงต่างๆ หรือหน่วยงานในระดับสหพันธ์อื่นๆ โดยมีรัฐบาลกลางและรัฐมนตรีสหพันธ์ว่าการกระทรวงต่างๆ เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงนั้นๆ

สำหรับการจัดองค์กรฝ่ายปกครองในระดับมลรัฐก็เช่นกัน มีการแบ่งออกเป็นกระทรวงต่างๆ หรือหน่วยงานในระดับมลรัฐต่างๆ โดยกระทรวงและหน่วยงานต่างๆ ดังกล่าวอยู่ภายใต้การดูแลของรัฐบาลของมลรัฐ และมีรัฐมนตรีของมลรัฐเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงนั้นๆ

ส่วนการจัดองค์กรฝ่ายปกครองในระดับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Gemeinde) นั้นกฎหมายเพียงแต่กำหนดให้มีฝ่ายบริหารและสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมาจากตัวแทนของประชาชนโดยวิธีการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นไปตามหลักการเลือกตั้งทั่วไปโดยตรงโดยอิสระเสมอภาค และโดยลับ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ

⁴⁴ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 16.

(2) ประเภทขององค์กรฝ่ายปกครอง

องค์กรฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการดำเนินการตัดสินใจของหน่วยงาน คำว่าหน่วยงาน (Behörde) ในที่นี้หมายถึง หน่วย (Stelle) ใดๆ ที่ทำหน้าที่ปฏิบัติภารกิจในงานทางปกครอง⁴⁵ ดังนั้น หน่วยงานตามกฎหมายฉบับนี้ จึงหมายถึงหน่วยงานทางปกครอง (Verwaltungsbehörden) หน่วยงานทางปกครอง คือ องค์กรของรัฐหรือของผู้ทรงอำนาจปกครองอื่นที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรนั้นๆ โดยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรกำหนดหน้าที่รับผิดชอบให้แก่หน่วยงานในฐานะเป็นองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้น หน่วยงานจึงมีอำนาจตามที่ได้รับมอบหมายจากกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองจำแนกโดยถือตามลักษณะขององค์กรได้ดังนี้

(2.1) องค์กรของรัฐ (der Staat)

ประเทศเยอรมันเป็นสหพันธรัฐ ซึ่งมีทั้งสหพันธรัฐและมลรัฐต่างๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นสหพันธรัฐ โดยทั้งสหพันธรัฐและมลรัฐต่างก็เป็นรัฐ ซึ่งทรงสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายโดยรัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่สหพันธรัฐและมลรัฐมีต่อกันไว้ ในระบบกฎหมายของเยอรมันจึงยอมรับกันโดยทั่วไปว่ารัฐเป็นนิติบุคคลมหาชน และเป็นองค์กรฝ่ายปกครองดั้งเดิม เพราะรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการปกครองดั้งเดิม และการดำรงอยู่ของรัฐก็ดี อำนาจของรัฐก็ดี เป็นอำนาจที่มีได้รับมาจากองค์กรอื่นใด ตามหลักรัฐธรรมนูญของเยอรมัน “รัฐ” หมายถึงสหพันธรัฐ “(Bund)” และบรรดามลรัฐต่างๆ (Bundesländer) ดังนั้น ฝ่ายปกครองของรัฐบางส่วนจึงหมายถึงฝ่ายปกครองของสหพันธ์ และบางส่วนก็เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของมลรัฐ โดยองค์กรของรัฐที่จะเป็นหน่วยงานทางปกครองนั้นจะต้องเป็นหน่วยงานที่ปฏิบัติภารกิจในทางปกครอง ดังนั้น หน่วยงานใดที่ปฏิบัติภารกิจในทางนิติบัญญัติ ตลอดจนภารกิจในทางตุลาการ ไม่ถือว่าเป็นภารกิจทางปกครอง หน่วยงานที่ปฏิบัติงานในเรื่องเหล่านี้จึงไม่เป็นหน่วยงานทางปกครอง อย่างไรก็ตาม องค์กรของรัฐในฝ่ายบริหาร เช่น รัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐ องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ ตลอดจนองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ เช่น ศาลอาจมีภารกิจในทางปกครองด้วย หากองค์กรที่กล่าวมาเหล่านี้ปฏิบัติภารกิจในทางปกครอง ก็ถือว่าองค์กรดังกล่าวเป็นหน่วยงานทางปกครองตามความหมายแห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ด้วย เช่น ประธานสภาผู้แทนราษฎรออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ

⁴⁵ 1 (4) VwVfG “Be hörde in Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt”

ประจำสภาผู้แทนราษฎร เช่นนี้ถือว่าประธานสภาผู้แทนราษฎร (สำนักงานประธานสภาผู้แทนฯ) เป็นหน่วยงานตามความหมายของรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

(2.2) นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอื่นนอกจากรัฐ

โดยหลักภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะตกแก่องค์กรของรัฐในการดำเนินการ โดยผ่านเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์ อย่างไรก็ตาม ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองบางส่วนที่รัฐมิได้ดำเนินการเอง หากแต่มอบให้องค์กรอื่นที่มีใช้อำนาจของรัฐไปดำเนินการ หน่วยงานทางปกครองดังกล่าวมิใช่เป็นอิสระเฉพาะในด้านการจัดองค์กรเท่านั้น โดยลักษณะดังกล่าวองค์กรเช่นนี้จึงมีลักษณะเป็นนิติบุคคลดำเนินการหน้าที่ในความรับผิดชอบของตนเอง มีความอิสระในทางกฎหมายแต่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรของรัฐ องค์กรดังกล่าวจะต้องผูกพันต่อรัฐ เพราะองค์กรดังกล่าวคือฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจมหาชน นอกเหนือจากการผูกพันต่อรัฐแล้วยังต้องผูกพันต่อกฎหมายอีกด้วย

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอื่นนอกจากรัฐแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กรมหาชน (Rechtsfähige Körperschaften) และมูลนิธิ (Stiftungen) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(2.2.1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันได้บัญญัติถึงเรื่องการปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน โดยบัญญัติรับรองให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้ง และมีผู้มีสัญชาติใดๆ ของสมาชิกประชาคมยุโรปสามารถมีสิทธิเลือกตั้งได้ นอกจากนี้ยังได้รับรองให้เทศบาลมีอำนาจในการตัดสินใจในกิจการต่างๆ ของตนเอง รวมทั้งการมีอิสระในทางการคลัง อย่างไรก็ตาม หน่วยงานที่จะถือว่าเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นองค์กรที่ปกครองตนเอง (Selbstverwaltung หรือ l'autoadministration) โดยจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงความมีอิสระ (l'autonomie) คือ การมีฐานะเป็นนิติบุคคล การมีกิจการเป็นของตนเอง และการมีองค์กรเอกเทศแยกต่างหากจากสายการบังคับบัญชาของรัฐ นอกจากนี้ยังอาจมีองค์ประกอบที่สำคัญอื่นได้ เช่น การมีการคลังเป็นของตนเองหรือการมีองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งเท่านั้น⁴⁶

การปกครองส่วนท้องถิ่นของเยอรมันเป็นการปกครองแบบ 2 ชั้น (two-tier system) คือ องค์การบริหารส่วนอำเภอ (Kreise) ซึ่งมี 2 ประเภท คือ องค์การบริหารส่วนอำเภอ

⁴⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 120.

ในเขตชนบท (Landkreis หรือ County) และองค์การบริหารส่วนอำเภอซึ่งเป็นนคร (Stadtkreis หรือ County borough) และชั้นที่สอง คือ เทศบาล (Gemeinden)⁴⁷

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ โดยตรงกับสหพันธรัฐ แต่สหพันธรัฐก็มีอิทธิพลกระทบต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ โดยการตรากฎหมายสหพันธรัฐที่เกี่ยวข้องกับการปกครองท้องถิ่น กฎหมายเหล่านี้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตาม ในขณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับมลรัฐ ทั้งนี้เพราะเมือง เทศบาล และองค์การบริหารส่วนอำเภอเป็นหน่วยย่อยตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐ จึงถือฉนวนเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างการบริหารงานภาครัฐที่น่าสนใจ คือ องค์การบริหารส่วนอำเภอและเมืองที่ไม่ขึ้นกับองค์การบริหารส่วนอำเภอมีสองสถานภาพ คือ เป็นทั้งหน่วยงานบริหารล่างสุดของมลรัฐและเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยในขณะเดียวกัน

กฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นกฎหมายที่กำหนดให้มลรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน โดยกำหนดว่ามลรัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายปกครองท้องถิ่น หมายความว่า มลรัฐมีอำนาจในการกำหนดรูปแบบองค์การ ความรับผิดชอบ สิทธิและหน้าที่ของเทศบาล โดยมลรัฐจะออกกฎหมายรองรับโดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกระบวนการที่เรียกว่าการกำกับดูแล

ในเรื่องนี้ รศ.ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้กล่าวไว้ว่า⁴⁸ แม้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบของตนเอง ซึ่งเท่ากับว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้มีหน้าที่ที่จะต้องคอยฟังคำสั่งหรือคำบังคับบัญชาของส่วนกลางแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายนั่นเอง การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายนี้เองที่ทำให้กลายเป็นหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ ส่วนกลางที่จะต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว และหากจำเป็นก็ต้องสามารถบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายได้ด้วย แต่ทั้งนี้การกำกับดูแลดังกล่าวจะถูกจำกัดให้ต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น เช่นเดียวกัน

⁴⁷ Alan Norton, op. cit., p. 251-254. อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง, น. 119.

⁴⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น,” ใน อารยวิบูลย์ รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ดร.อมร จันทรมานูญ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545) น. 254-256.

(2.2.2) องค์การมหาชน

องค์การมหาชน (Rechtsfähige Körperschaften) หมายถึง นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะสำคัญที่จะต้องประกอบด้วยสมาชิก ในการดำเนินการขององค์กร มีความเป็นอิสระในการบริหาร และเป็นองค์กรซึ่งใช้อำนาจในทางมหาชน กล่าวคือ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือเป็นการกระทำของรัฐโดยอาศัยพื้นฐานทางกฎหมาย องค์กรนี้มีวัตถุประสงค์ในทางมหาชน แต่ในขณะเดียวกันก็สามารถที่จะทำให้ออกค้ำกับปัจเจกบุคคลได้⁴⁹

(2.2.3) มูลนิธิ (Stiftungen) เป็นนิติบุคคลที่ดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ในทางมหาชนและเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐ (der Staat) หรือ องค์การมหาชน (Rechtsfähige Körperschaften) อื่นๆ

มูลนิธิแบ่งออกได้เป็นมูลนิธิตามกฎหมายแพ่ง (ตั้งแต่มาตรา 80 BGB) และมูลนิธิตามกฎหมายมหาชน

มูลนิธิตามกฎหมายมหาชนมีลักษณะพิเศษตามกฎหมายมหาชน คือ เป็นองค์กรที่มีความผูกพันระหว่างการจัดองค์กรกับทรัพย์สินในทางมหาชน มูลนิธิตามกฎหมายมหาชนถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายหรือโดยอาศัยพื้นฐานตามกฎหมาย ส่วนการจัดองค์กรของมูลนิธิตามกฎหมายมหาชนถูกจัดโดยระเบียบของมูลนิธิตามกฎหมายมหาชนนั้นๆ ทั้งนี้ กองทรัพย์สินของมูลนิธิมีอยู่เพื่อสาธารณประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของมูลนิธิ

หากพิจารณามูลนิธิตามกฎหมายมหาชนในความหมายอย่างแคบมูลนิธิตามกฎหมายมหาชนเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยมีลักษณะในทางกฎหมายโดยเฉพาะของตนเอง เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นโดยคำสั่งของรัฐหรือโดยความเห็นชอบของรัฐเพื่อดำเนินประโยชน์สาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยอาศัยทรัพย์สินเพื่อใช้ในการดำเนินการขององค์กรนั้น⁵⁰ โดยมูลนิธิตามกฎหมายมหาชนทั้งหลายต้องถูกตรวจสอบจากรัฐเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าการก่อตั้ง การดำรงอยู่

⁴⁹ Hans J. Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, Verwaltungsrecht II, München 1987, S.9. อ้างใน อติเทพ อุษะพัฒน์, “หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 136.

⁵⁰ Hans J. Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, Verwaltungsrecht II, S.9. อ้างใน สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้ว เสงี่ยมฤทธิ์ 21 น. 138-139.

รวมทั้งการดำเนินการทั้งหลายของมูลนิธิดังกล่าวมิได้ดำเนินการขัดกับกฎหมายและประโยชน์สาธารณะ องค์การในการควบคุมตรวจสอบสามารถที่จะออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อบรรลุมิติดังกล่าวได้

(2.3) ผู้ประกอบการของเอกชนที่ดำเนินการหน้าที่ของฝ่ายปกครอง (der sog. Beliehene)

เนื่องจากมีภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองบางประการที่รัฐไม่ดำเนินการเอง หรือไม่ได้มอบหมายให้นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนดำเนินการ หากแต่มอบให้เอกชนดำเนินการดังกล่าว โดยให้บุคคลดังกล่าวมีอำนาจมหาชนบางประการ ผู้ประกอบการของเอกชนที่ดำเนินการภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง (Beliehene) ก็คือบุคคลในกฎหมายเอกชน (บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง) ที่ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการกิจของฝ่ายปกครองบางประการ อันเป็นการทำหน้าที่แทนรัฐ โดยเหตุที่ผู้ประกอบการดังกล่าวกระทำการโดยรับผิดชอบตนเอง และมีความเป็นอิสระในทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ผู้ประกอบการดังกล่าวจึงถูกให้ความหมายว่าเป็น ฝ่ายปกครอง ในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งผู้ประกอบการของเอกชนที่ดำเนินการหน้าที่ของฝ่ายปกครองในเยอรมัน เช่นองค์การทางวิชาชีพ (Personalkörperschaften) สมาคมการตรวจสอบมาตรฐานการใช้งานของรถทุกชนิด (TüV) เป็นต้น

2.2.3.3 หน่วยงานทางปกครองของประเทศไทย

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) ได้แบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 อำนาจ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ องค์การผู้ใช้อำนาจคือฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ มีองค์กรตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจ และอำนาจบริหารมีองค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจ โดยที่องค์กรฝ่ายบริหารประกอบด้วย “รัฐบาล” (Government) กับ “ฝ่ายปกครอง” (The Administration) คำว่า ฝ่ายปกครองหมายความรวมถึง หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการบริหาร⁵¹ สำหรับองค์กรของฝ่ายปกครอง คือหน่วยงานทางปกครองนั่นเอง สำหรับองค์กรของฝ่ายปกครองของไทยมีคำเรียกแตกต่างกันตามพระราชบัญญัติต่างๆ ได้แก่

⁵¹ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538) น. 139.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ให้นิยามของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 ให้นิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ให้นิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์การควบคุมการประกอบวิชาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

จากบทนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจแบ่งหน่วยงานทางปกครองแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ หน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางรูปแบบหรือพิจารณาจากการจัดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายปกครอง และหน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางเนื้อหาหรือเกณฑ์การใช้อำนาจมหาชน โดยพิจารณาในรายละเอียดได้ดังนี้

(1) หน่วยงานทางปกครองตามการจัดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายปกครอง

หน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางรูปแบบหรือพิจารณาจากการจัดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายปกครอง หมายถึง หน่วยงานของรัฐในฝ่ายบริหารอันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีกฎหมายจัดตั้งโดยเฉพาะ หน่วยงานเหล่านี้ถือเป็นหน่วยงานทางปกครองตามรูปแบบของกฎหมาย กล่าวคือ กระทรวงและกรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งเป็นองค์กรที่จัดทำราชการบริหารส่วนกลางจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 หน่วยงานในราชการส่วนภูมิภาคจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

พ.ศ. 2534 และกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการของกรมต่างๆ องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นจัดตั้งโดยกฎหมายว่าด้วยราชการส่วนท้องถิ่น ส่วนรัฐวิสาหกิจซึ่งแม้จะมีการจัดตั้งได้หลายรูปแบบ แต่เฉพาะที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเท่านั้นที่ถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง โดยได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 5 กลุ่ม ได้แก่ ราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ มีรายละเอียดดังนี้

(1.1) ราชการบริหารส่วนกลาง

ราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ ส่วนราชการต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมแก่ประชาชนทั่วทั้งอาณาเขตของประเทศ เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การศึกษา การเกษตร การยุติธรรม การคมนาคม การเงินและการคลัง เป็นต้น⁵²

องค์กรที่จัดทำราชการบริหารส่วนกลาง ปัจจุบันเป็นไปตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลางได้แก่ สำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง กรมหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดหรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง โดยทุกส่วนราชการมีฐานะเป็นนิติบุคคล และมีอำนาจหน้าที่จัดทำราชการในอำนาจหน้าที่ของตนตลอดทั้งประเทศ

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจแบ่งราชการส่วนกลางได้ 4 ประเภท คือ กระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม โดยแต่ละประเภทมีสาระสำคัญดังนี้

ก. กระทรวง

กระทรวงเป็นหน่วยงานของรัฐที่ใหญ่ที่สุดในราชการบริหารส่วนกลาง มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งเป็นข้าราชการการเมืองเป็นหัวหน้า และมีปลัดกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการประจำในกระทรวงรองจากรัฐมนตรี กระทรวงมีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 การปฏิบัติหน้าที่ราชการของกระทรวง จะมีการแบ่งส่วนราชการภายในกระทรวงออกเป็นหน่วยงานต่างๆ เช่น กรม สำนักงาน เป็นต้น โดยในส่วนของกรมหรือส่วนราชการที่มีชื่ออย่างอื่นและมีฐานะ

⁵² เฟื่องอ้าง, น. 143.

เป็นกรม มีลักษณะพิเศษคือจะเป็นนิติบุคคลแยกออกไปต่างหาก แต่ก็ยังถือเป็นหน่วยงานในกระทรวง

ข. ทบวง

ทบวงเป็นหน่วยงานในระบบราชการส่วนกลาง มี 2 ประเภท คือ ทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง และทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง โดยทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง มีรัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งมีฐานะและอำนาจหน้าที่อย่างเดียวกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชา โดยมีปลัดทบวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่อย่างเดียวกับปลัดกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการในทบวงรองจากรัฐมนตรี

ส่วนทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง เป็นหน่วยงานซึ่งโดยสภาพและปริมาณงานไม่เหมาะสมที่จะจัดตั้งเป็นกระทรวงหรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง ดังนั้น ทบวงประเภทนี้จึงมีฐานะต่ำกว่ากระทรวง แต่สูงกว่ากรม โดยมีรัฐมนตรีว่าการทบวงเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการของทบวง แต่ต้องปฏิบัติราชการภายใต้การกำกับของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่ทบวงอยู่ในสังกัด แล้วแต่กรณี ทบวงทั้งสองประเภทมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

เดิมมีการจัดตั้งทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง 1 แห่ง คือ ทบวงมหาวิทยาลัย แต่ปัจจุบันได้ถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ดังนั้น ในปัจจุบันจึงไม่มีทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวงเป็นหน่วยงานในระบบราชการบริหารส่วนกลางอีกต่อไป ส่วนทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวงนั้น ไม่ปรากฏว่ามีการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการแต่อย่างใด

ค. กรม

กรมเป็นส่วนราชการบริหารส่วนกลาง โดยจะสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการใดส่วนหนึ่งของกระทรวงหรือทบวงตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการของกรม หรือตามที่กฎหมายว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของกรมนั้น โดยมีอธิบดีเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของกรมให้เป็นไปตามนโยบาย แนวทาง และแผนการปฏิบัติราชการของกระทรวงที่สังกัด สำหรับการแบ่งส่วนราชการภายในกรมนั้น เป็นไปตามกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการของกรมต่างๆ ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นกอง สำนัก กลุ่มงาน ฝ่าย แผนก ลดหลั่นกันไปตามสายการบังคับบัญชา กรมมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

ง. ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม

ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม เป็นส่วนราชการในระบบบริหารราชการส่วนกลาง แบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง และไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง โดยมีเลขาธิการ ผู้อำนวยการหรือตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งเทียบเท่าปลัดกระทรวงหรืออธิบดี เป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการส่วนราชการนั้นให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด การปฏิบัติหน้าที่ราชการของส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม มีลักษณะเช่นเดียวกับกรม

ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง เช่น สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักข่าวกรองแห่งชาติ สำนักงานประธานาธิบดี สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน และสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี⁵³ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ และสำนักงานเศรษฐกิจการคลังสังกัดกระทรวงการคลัง สำนักงานสถิติแห่งชาติ สังกัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และสำนักงานประกันสังคมสังกัดกระทรวงแรงงาน เป็นต้น

ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง คือ สำนักราชเลขาธิการ สำนักพระราชวัง สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการพิเศษเพื่อประสานงานโครงการอันเนื่องมาจากพระราชดำริ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ราชบัณฑิตยสถาน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน⁵⁴

ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ถือเป็นหน่วยงานทางปกครองตามรูปแบบ โดยหน่วยงานใดจะมีฐานะเป็นกรมย่อมเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม รวมทั้งกฎหมายว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการอื่นที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งหากหน่วยงานใดมีฐานะเป็นกรม ย่อมเป็นหน่วยงานทางปกครองทั้งสิ้น

⁵³ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

⁵⁴ มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

(1.2) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค

ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ได้แก่ ส่วนราชการที่ได้แบ่งอำนาจของราชการส่วนกลางออกไปจัดทำตามเขตการปกครองต่างๆ ของประเทศ โดยจัดตั้งขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในเขตการปกครองนั้นๆ โดยมีเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรม ต่างๆ ออกไปประจำตามเขตการปกครองนั้นๆ เพื่อบริหารราชการภายใต้การบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง⁵⁵ การปฏิบัติราชการจึงเป็นการปฏิบัติงานในฐานะที่เป็นตัวแทนของราชการส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาคจึงเป็นเพียงการแบ่งอำนาจปกครอง ซึ่งยังเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจโดยราชการส่วนภูมิภาคมีการจัดระเบียบบริหารราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 แบ่งออกเป็นจังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน

ก. จังหวัด

จังหวัดเป็นการรวมท้องที่หลายๆ อำเภอและกิ่งอำเภอเข้าด้วยกันแล้วตั้งเป็นจังหวัดซึ่งต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยมีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดาข้าราชการฝ่ายบริหารซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัดนั้น เป็นผู้รับนโยบายและคำสั่งจากนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล คณะรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง กรม มาปฏิบัติให้เหมาะสมกับท้องที่และประชาชนในการบริหารราชการของจังหวัด โดยมีตัวแทนจากกระทรวง ทบวง หรือกรมต่างๆ ซึ่งส่งมาประจำทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยเหลือในกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับงานของแต่ละกระทรวง ทบวง หรือกรมนั้นๆ เพื่อให้งานบริการสาธารณะแต่ละแขนงของการบริหารราชการส่วนกลางบรรลุวัตถุประสงค์

ข. อำเภอ

อำเภอเป็นหน่วยราชการบริหารรองจากจังหวัด โดยการรวมท้องที่ตำบลหลายๆ ตำบลแล้วตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งอำเภอ อำเภอเป็นส่วนงานของจังหวัดในระดับพื้นที่ มีนายอำเภอเป็นหัวหน้าปกครองบังคับบัญชาข้าราชการในอำเภอ และรับผิดชอบงานบริหารราชการของอำเภอ เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะประเภทต่างๆ โดยมีหัวหน้าส่วนราชการประจำ

⁵⁵ ประยูร กาญจนดุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51, น. 143.

อำเภอ ซึ่งกระทรวง ทบวง กรม ต่างๆ ส่งมาประจำให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ช่วยเลือนายอำเภอทั้งนี้ อำเภอไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเหมือนกับจังหวัด

ค. กิ่งอำเภอ

นอกจากราชการบริหารส่วนภูมิภาคที่ได้บัญญัติในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ประเภทอำเภอแล้ว ยังมีส่วนราชการส่วนหนึ่งที่เรียกว่า “กิ่งอำเภอ” โดยให้มีการจัดการปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการปกครองท้องถิ่น⁵⁶ ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยประกาศกระทรวงมหาดไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อแบ่งพื้นที่การปกครองของอำเภอให้เกิดความสะดวกแก่การปกครอง⁵⁷

ง. ตำบล

ตำบลเป็นส่วนราชการส่วนภูมิภาคมีกำนันหนึ่งคน มีอำนาจหน้าที่ปกครองราษฎรที่อยู่ในเขตตำบลนั้น⁵⁸ ตำบลหนึ่งๆ จัดตั้งขึ้นได้โดยผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้พิจารณา กำหนดเขตแล้วรายงานไปยังกระทรวงมหาดไทย เมื่อกระทรวงมหาดไทยเห็นชอบก็ออกประกาศ กระทรวงมหาดไทยจัดตั้งตำบลขึ้น โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁵⁹

จ. หมู่บ้าน

หมู่บ้านเป็นส่วนราชการส่วนภูมิภาคมีผู้ใหญ่บ้านหนึ่งคน และมีผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้านสองคน มีอำนาจหน้าที่ปกครองบรรดาราษฎรที่อยู่ในเขตหมู่บ้าน⁶⁰

การจัดตั้งหมู่บ้านตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 กำหนดให้บ้านหลายบ้านในท้องที่อันหนึ่ง ซึ่งควรอยู่ในความปกครองเดียวกันได้ ให้จัดเป็นหมู่บ้านหนึ่ง ลักษณะที่กำหนดหมู่บ้านตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือความสะดวกแก่การปกครอง คือ ถ้าเป็นที่มีคนอยู่รวมกันมากถึงจำนวนบ้านน้อย ให้ถือเอาจำนวนคนเป็นสำคัญ ประมาณ 200 คน เป็นหมู่บ้านหนึ่ง หรือถ้าเป็นที่ผู้คนตั้งบ้านเรือนอยู่ห่างไกลกัน ถึงจำนวนคนน้อย ถ้าและจำนวนบ้านไม่ต่ำกว่า 5 บ้านแล้ว จะจัดเป็นหมู่บ้านก็ได้

⁵⁶ มาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

⁵⁷ มาตรา 64 และมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457

⁵⁸ มาตรา 29 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457

⁵⁹ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457

⁶⁰ มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457

(1.3) ราชการส่วนท้องถิ่น

ราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ ราชการบางอย่างที่รัฐมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำเอง อันเป็นการกระจายอำนาจจากราชการส่วนกลางให้ประชาชนในพื้นที่มีส่วนร่วมในการดำเนินงานทางปกครอง โดยเคารพการตัดสินใจเลือกพัฒนาของประชาชนในพื้นที่เพื่อให้เกิดการพัฒนาเป็นไปตรงกับความต้องการของประชาชนเฉพาะในเขตท้องถิ่นนั้น โดยมีเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง ซึ่งตามหลักไม่ใช้เจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลางเป็นผู้บริหารกิจการส่วนท้องถิ่น ด้วยงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ⁶¹

รัฐหรือราชการส่วนกลางมอบอำนาจปกครองบางส่วนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารให้แก่ราชการส่วนท้องถิ่นไปเพื่อจัดทำบริการสาธารณะภายในเขตพื้นที่ของตน เพื่อให้เกิดความรวดเร็วและสามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้เหมาะสม โดยมีการแยกหน่วยงานหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกไปเป็นนิติบุคคลที่มีงานหรืออำนาจหน้าที่ งบประมาณและเจ้าหน้าที่หรือบุคลากรเป็นของตนเอง และมีความอิสระในการบริหารจัดการเรื่องดังกล่าวด้วย โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายโดยไม่ต้องรับคำสั่งจากราชการส่วนกลาง เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในเขตท้องถิ่นของตน ราชการส่วนกลางมีเพียงอำนาจกำกับดูแลให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักกระจายอำนาจทางปกครอง โดยอาจแบ่งการกระจายอำนาจตามพื้นที่หรือตามอาณาเขตอย่างหนึ่ง และการกระจายอำนาจทางกิจการหรือบริการอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

หลักสำคัญในการปกครองส่วนท้องถิ่น คือ ความเป็นอิสระ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรองรับหลักดังกล่าวไว้ด้วย ความเป็นอิสระของการปกครองส่วนท้องถิ่นมีได้ในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้⁶² คือ

(1) ความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการปกครองส่วนท้องถิ่นของตน ได้แก่ การที่รัฐมอบอำนาจให้แก่องค์กรส่วนท้องถิ่นที่จะมีอิสระในการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่นหรือการบริหารส่วนท้องถิ่นเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงานและเพื่อจัดทำบริการสาธารณะที่ดีและเหมาะสมกับความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น

⁶¹ ประยูร กาญจนดุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51, น. 143.

⁶² นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34, น. 181.

(2) ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเครื่องชี้วัดถึงความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การมีอำนาจบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหมายถึงการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจปกครองและบังคับบัญชาพนักงานของตน กล่าวคือ มีอำนาจกำหนดตำแหน่ง สรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่ง จัดการเกี่ยวกับเงื่อนไขในการทำงานตลอดจนให้คุณให้โทษพนักงาน รวมทั้งให้สิทธิประโยชน์เมื่อพ้นจากงาน ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลดังกล่าวมาแล้ว หากเป็นไปได้ดีและมีประสิทธิภาพก็จะทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถปฏิบัติภารกิจได้อย่างประสบผลสำเร็จ

(3) ความเป็นอิสระด้านการเงินและการคลัง เนื่องจากภารกิจสำคัญขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคือการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงจำเป็นต้องมีเงินมาเพื่อใช้จ่ายและดำเนินการ ซึ่งหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีอำนาจในการจัดหาเงินมาใช้จ่าย ก็จะต้องรับการจัดสรรเงินจากส่วนกลางซึ่งจะส่งผลให้ความเป็นอิสระด้านการเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่อาจเกิดขึ้นได้ เพราะเมื่อส่วนกลางได้จัดสรรเงินมาให้ก็ต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินซึ่งก็จะเกิดผลกระทบต่อการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับหนึ่ง ดังนั้น ความเป็นอิสระทางการเงินและการคลัง จึงได้แก่ การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีงบประมาณและรายได้เป็นของตนเอง โดยมีอำนาจในการใช้จ่ายเงินเหล่านั้นได้อย่างพอสมควร ซึ่งจะส่งผลทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจการต่างๆ ได้ด้วยตนเอง

อย่างไรก็ตาม แม้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระในการดำเนินงานของตน แต่ความเป็นอิสระนั้นก็จะต้องไม่มากเกินไปจนกระทั่งเกิดผลกระทบต่อการปกครองส่วนกลาง ดังนั้น เพื่อให้การปกครองประเทศเป็นไปอย่างเป็นระบบและถูกต้อง ส่วนกลางจึงยังคงมีอำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเรื่องการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ว่า การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องทำเท่าที่จำเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ต้องเป็นไปเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศส่วนรวม โดยจะกระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้⁶³

⁶³ เฟื่องอ้าง, น.185.

ราชการส่วนท้องถิ่นมีองค์ประกอบที่สำคัญ⁶⁴ คือ

(1) การมีคณะผู้บริหารองค์การที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนในพื้นที่

วัตถุประสงค์หลักของการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ การให้ประชาชนในพื้นที่ได้มีโอกาสหรือมีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง ซึ่งการให้คณะผู้บริหารองค์การของราชการส่วนท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ส่งตัวแทนของตนเข้าร่วมประชุมปรึกษาแสดงเจตนารมณ์ในเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจากราชการส่วนกลาง ถ้าไม่มีการเลือกตั้งคณะผู้บริหารองค์การของราชการส่วนท้องถิ่นแล้ว ย่อมไม่เป็นการกระจายอำนาจปกครองที่สมบูรณ์

คณะผู้บริหารองค์การของราชการส่วนท้องถิ่นประกอบด้วยสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารหรือผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในพื้นที่

(2) การมีพื้นที่รับผิดชอบที่ชัดเจน

วัตถุประสงค์สำคัญที่สนับสนุนการมีราชการส่วนท้องถิ่นประการหนึ่งก็คือ การที่ราชการส่วนกลางไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้ตอบสนองความต้องการของประชาชนทุกท้องที่ หรือให้บริการได้ไม่ทั่วถึง รวมทั้งกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ราชการส่วนกลางกำหนดขึ้นใช้ทั่วไปอาจไม่เหมาะสมที่จะใช้ในบางท้องที่ ดังนั้น หากมีการแบ่งพื้นที่รับผิดชอบก็จะทำให้แต่ละพื้นที่สามารถดำเนินกิจการให้ตอบสนองความต้องการของท้องถิ่นตนได้อย่างทั่วถึง นอกจากนี้ ราชการส่วนท้องถิ่นแต่ละแห่งล้วนมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเหมือนกัน หากไม่มีการแบ่งพื้นที่รับผิดชอบให้ชัดเจน อาจเกิดปัญหาการบริหารกิจการขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีพื้นที่ติดต่อกัน

(3) การมีความเป็นอิสระในการดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่

ราชการส่วนท้องถิ่นต้องมีความเป็นอิสระในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตน โดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ใต้การบังคับบัญชาของราชการส่วนกลาง และเพื่อให้องค์ประกอบเรื่องการมีความเป็นอิสระบรรลุผล จึงส่งผลให้ราชการส่วนท้องถิ่นต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล เพื่อจะได้ดำเนินการได้ด้วยตนเอง มีรายได้เป็นของตนเอง โดยพึ่งพาเงินอุดหนุนจากส่วนกลางให้น้อยที่สุดหรือไม่ต้องพึ่งพาเลย สามารถดำเนินกิจการได้ด้วยงบประมาณของตนเอง มีบุคลากรเป็นของตนเอง ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลาง และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากส่วนกลาง ไม่ต้องรับคำสั่ง

⁶⁴ สำนักงานศาลปกครอง, หน่วยงานทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บพิธการพิมพ์ จำกัด, 2551) น. 25.

หรืออยู่ใต้การบังคับบัญชาของราชการส่วนกลาง ซึ่งทำให้ส่วนกลางตรวจสอบการดำเนินงานการได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปปัจจุบันมีอยู่ 3 แบบ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล โดยองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีพื้นที่ครอบคลุมจังหวัด ในราชการส่วนภูมิภาคทั่วประเทศ องค์การบริหารส่วนจังหวัดจึงมีจำนวนเท่ากับจังหวัด สำหรับ เทศบาลและองค์การบริหารส่วนตำบลจะมีพื้นที่เฉพาะบางหมู่บ้านหรือครอบคลุมตำบลเท่านั้น โดยเทศบาลยังแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ เทศบาลนคร เทศบาลเมือง และเทศบาลตำบล

ราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ ราชการส่วนท้องถิ่นที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ เนื่องจากพื้นที่บางแห่งมีลักษณะพิเศษต่างจากพื้นที่อื่นๆ จึงไม่เหมาะสมที่จะนำ ราชการส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปมาใช้ ปัจจุบันมี 2 รูปแบบ คือ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา โดยกรุงเทพมหานครเป็นเมืองหลวงของประเทศ มีประชากรอาศัยอยู่หนาแน่นและมีความเจริญเติบโตสูง ส่วนเมืองพัทยาเป็นเมืองท่องเที่ยวที่สำคัญ ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ

องค์การของราชการส่วนท้องถิ่นทั้ง 2 รูปแบบ นอกจากจะเป็นราชการส่วนท้องถิ่น โดยรูปแบบตามโครงสร้างตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดไว้แล้ว กฎหมายจัดตั้งองค์การเหล่านั้นยังได้บัญญัติรับรองการเป็นราชการส่วนท้องถิ่นอีกด้วยคือ

ก) องค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการส่วนท้องถิ่น ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

ข) เทศบาลเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบกับมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยเทศบาลมี 3 ประเภท คือเทศบาลตำบล เทศบาลเมือง และเทศบาลนคร

ค) องค์การบริหารส่วนตำบลมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหาร ส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 โดยองค์การบริหารส่วนตำบลประกอบด้วยสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและคณะกรรมการบริหาร องค์การบริหารส่วนตำบล

ง) กรุงเทพมหานครมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 6 ววรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ซึ่งเป็นการ จัดระเบียบการบริหารส่วนท้องถิ่นในระบบพิเศษที่ใช้เฉพาะกรุงเทพมหานครโดยกำหนดแบ่งพื้นที่

การบริหารกรุงเทพมหานครออกเป็นเขตและแขวงตามพื้นที่เขตและแขวงที่มีอยู่ในวันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวประกาศใช้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเขตท้องที่กรุงเทพมหานครให้ตราเป็นพระราชบัญญัติ

จ) เมืองพัทยาเป็นนิติบุคคลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 โดยเมืองพัทยาแบ่งส่วนราชการออกเป็น สำนักปลัดเมืองพัทยา และส่วนราชการอื่นตามที่นายกเมืองพัทยาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของกระทรวงมหาดไทย

(1.4) รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

องค์กรในภาคมหาชนที่รัฐมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะรูปแบบแรกที่เกิดขึ้นในรัฐ คือ ส่วนราชการต่างๆ ซึ่งรับผิดชอบภารกิจประเภทที่มักจะต้องอาศัยอำนาจบังคับฝ่ายเดียวบังคับแก่ประชาชนเป็นด้านหลัก และกิจการที่ได้รับมอบหมายให้ไปดูแลดำเนินการก็เป็นกิจการที่ต้องอาศัยอำนาจมหาชนในการดำเนินการทั้งสิ้น แต่พัฒนาการอย่างรวดเร็วของการผลิตในระบบอุตสาหกรรมและการเจริญเติบโตของการพาณิชย์ ทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบต่อภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจ ซึ่งได้แก่ การจัดหาแหล่งวัตถุดิบและพลังงานที่เพียงพอต่ออุตสาหกรรม รวมไปถึงการจัดระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการเพื่อรองรับการขยายตัวของอุตสาหกรรมและการค้า⁶⁵ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระจายอำนาจทางกิจการหรือบริการนั่นเอง

โดยที่ภารกิจที่รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบต่อเพิ่มขึ้นนี้แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะ แต่ในขณะเดียวกันก็มีเอกชนหรือโรงงานอุตสาหกรรมหรือบริษัทการค้าบางรายที่ได้รับประโยชน์มากกว่าเอกชนรายอื่นๆ อีกทั้งการประกอบการในกิจกรรมเหล่านี้มีลักษณะของการตกลงด้วยความสมัครใจในการที่เข้าซื้อขายหรือรับบริการมากกว่าการใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียว นอกจากนั้น แทนที่ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากกิจการดังกล่าวจะได้รับประโยชน์อย่างทั่วถึงในวงกว้างและจ่ายค่าตอบแทนบริการที่ได้รับในรูปของภาษีอากรดังที่เป็นอยู่ในภารกิจพื้นฐานของรัฐ กลับมีการจ่ายค่าตอบแทนการได้รับบริการตามสัดส่วนของการได้ประโยชน์ของตนเองเฉพาะรายในลักษณะเดียวกับที่เอกชนทั้งหลายปฏิบัติต่อกันในทางอุตสาหกรรมและการค้า ดังนั้น จึงไม่เหมาะที่จะใช้รูปแบบของส่วนราชการซึ่งไม่มีความคล่องตัวและไม่มีความยืดหยุ่นเพียงพอสำหรับการตัดสินใจเชิงพาณิชย์ เนื่องจากต้องปฏิบัติงานตามระเบียบข้อบังคับและ

⁶⁵ สุรพล นิติไกรพจน์, “ความเป็นไปได้และแนวทางการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรมหาชน,” รายงานการวิจัย เสนอต่อคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติ พ.ศ. 2543, น.18-28.

มีสายการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นไปจนถึงหัวหน้ารัฐบาล รัฐจึงได้จัดตั้งองค์กรรูปแบบใหม่เพื่อรับผิดชอบภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้าแยกออกไปจากส่วนราชการ ซึ่งก็คือวิสาหกิจและมหาชนหรือรัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจ ในความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไปนั้น คือ หน่วยธุรกิจที่มีรัฐเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก มีหน้าที่ดำเนินภารกิจในลักษณะที่เป็นอุตสาหกรรมและการค้าของรัฐ ซึ่งในทางวิชาการมีลักษณะเฉพาะ 4 ประการ ได้แก่

(1) มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกเป็นเอกเทศจากรัฐและส่วนราชการทั้งหลาย รวมทั้งมีความเป็นอิสระทางด้านการบริหารงานบุคคลและงบประมาณ

(2) รับผิดชอบภารกิจเกี่ยวกับการอุตสาหกรรมและการค้า

(3) ดำเนินกิจการในเชิงพาณิชย์โดยอาศัยรายได้จากค่าตอบแทนการขายสินค้าหรือบริการของตน ไม่ต้องอาศัยเงินงบประมาณจากรัฐ

(4) อยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากองค์กรของรัฐ

สำหรับในประเทศนั้น การเกิดขึ้นขององค์กรที่รับผิดชอบภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการค้าในรูปรัฐวิสาหกิจ อาจจะล่าช้าแตกต่างไปจากสังคมตะวันตกอันเนื่องมาจากระดับของการพัฒนาการในทางเศรษฐกิจและความเจริญเติบโตของกระบวนการผลิตในทางอุตสาหกรรมและการค้าที่แตกต่างกัน แต่สังคมไทยก็ได้ยอมรับปรากฏการณ์ของการมีองค์กรของรัฐในรัฐวิสาหกิจและจำกัดภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไว้ให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรของรัฐเพียงเฉพาะที่อยู่ในรูปของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเท่านั้น จึงปรากฏลักษณะของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยว่า หากต้องการให้หน่วยงานนั้นรับผิดชอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทที่มักต้องอาศัยอำนาจบังคับฝ่ายเดียวกับประชาชนเป็นด้านหลักซึ่งเป็นภารกิจของส่วนราชการ ก็จะเป็นภารกิจของรัฐวิสาหกิจทั้งสิ้น โดยสามารถจำแนกตามลักษณะของการจัดตั้งได้ดังนี้

1) รัฐวิสาหกิจที่สร้างขึ้นโดยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อรับผิดชอบดำเนินการในการบริการสาธารณะที่มีลักษณะพิเศษ โดยการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะราย เช่น การประปานครหลวง จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 การท่าเรือแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการท่าเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการเกษตร

และสหกรณ์การเกษตร พ.ศ. 2509 และการทางพิเศษแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515

2) รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เช่น สถาบันการบินพลเรือน จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันการบินพลเรือน พ.ศ. 2535 องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. 2519 องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การตลาดเพื่อเกษตรกร พ.ศ. 2517 และองค์การสวนสัตว์ จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสวนสัตว์ พ.ศ. 2497

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาเหล่านี้ กฎหมายกำหนดให้มีฐานะนิติบุคคลเช่นเดียวกัน

3) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด เช่น บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) บริษัทกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด และบริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดนี้ แม้จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แต่ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่ใช่งานทางปกครองในความหมายของรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

4) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยระเบียบหรือข้อบังคับ เช่น สำนักงานสถานธนานุเคราะห์ จัดตั้งโดยข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานสำนักงานสถานธนานุเคราะห์ กรมประชาสัมพันธ์ พ.ศ. 2517 โรงงานยาสูบ จัดตั้งโดยระเบียบบริหารงานโรงงานยาสูบ พ.ศ. 2516 (สังกัดกระทรวงการคลัง) โรงพิมพ์ตำรวจ จัดตั้งโดยข้อบังคับโรงพิมพ์ตำรวจ กรมตำรวจ พ.ศ. 2508 (สังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ) และองค์การสุรา จัดตั้งโดยระเบียบจัดตั้งองค์การสุรา กรมสรรพสามิต พ.ศ. 2506

รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยระเบียบหรือข้อบังคับนี้ ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยอยู่ภายใต้การควบคุมของกระทรวงเจ้าสังกัด และไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่ใช่งานทางปกครองในความหมายของ

รัฐวิสาหกิจที่สร้างขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเช่นเดียวกันกับรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด

แต่อย่างไรก็ตาม รัฐวิสาหกิจไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือไม่ ก็อาจเป็นหน่วยงานทางปกครองในความหมายของหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองได้ ซึ่งจะเป็นหน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางเนื้อหา ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

(1.5) หน่วยงานอื่นของรัฐ

หน่วยงานผู้รับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะของรัฐนั้น แต่เดิมจำกัดอยู่แต่เพียงส่วนราชการซึ่งรับผิดชอบภารกิจพื้นฐานของรัฐรวมไปถึงภารกิจลำดับรองบางอย่างและรัฐวิสาหกิจซึ่งรับผิดชอบภารกิจในลักษณะที่เป็นอุตสาหกรรมและการค้า แต่ในปัจจุบันกิจกรรมบริการสาธารณะใหม่ๆ เกิดขึ้น และไม่เหมาะสมที่จะดำเนินการในรูปของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ จึงต้องให้องค์กรใหม่ที่ไม่ใช่ทั้งส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ

หน่วยงานอื่นของรัฐ หมายถึงหน่วยงานที่รัฐจัดตั้งขึ้นนอกเหนือไปจากส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเพื่อเป็นหน่วยงานที่ใช้อำนาจรัฐในทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองเฉพาะด้าน⁶⁶ โดยปัจจุบันมีหน่วยงานใหม่ๆ เกิดขึ้น 3 ลักษณะ ได้แก่ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และองค์การมหาชน

1) องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ

องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เป็นองค์กรซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จัดตั้งขึ้นหรือกำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้น แล้วแต่กรณี⁶⁷ โดยให้มีภาระหน้าที่ที่สำคัญ คือ การวางระเบียบและการควบคุมกิจกรรมที่อาจมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อผลประโยชน์หรือเศรษฐกิจของชาติเป็นส่วนรวมหรือเกี่ยวข้องกับการจัดสรรทรัพยากรสาธารณะ หรืออาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของ

⁶⁶ เทียบเคียงคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 30/2545

⁶⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การกระทำของฝ่ายปกครอง ในเอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น.565 การกระทำทางปกครองและความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รุ่นที่ 7 (พ.ศ.2548), น. 9.

ราษฎร⁶⁸ และเพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระปลอดจากการแทรกแซงจากองค์กรอื่นของรัฐหรือจากสถาบันการเมืองอื่น องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระจึงสามารถออกกฎระเบียบ บังคับการให้เป็นไปตามกฎระเบียบที่ได้วางขึ้น และวินิจฉัยว่ามีการกระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบและลงโทษการฝ่าฝืนนั้น⁶⁹

องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในความเข้าใจของคนทั่วไปนั้น จะหมายถึงเฉพาะองค์กรอิสระที่จัดตั้งขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อให้ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหาร ในแง่ของการให้คำปรึกษา หรือในแง่ของการใช้อำนาจบริหารเช่นเดียวกับฝ่ายบริหาร⁷⁰ ซึ่งมักเรียกองค์กรเหล่านี้ว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.) และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) เป็นต้น

2) หน่วยงานอิสระของรัฐ

เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย อำนาจตุลาการและขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระให้ปราศจากการแทรกแซงโดยองค์กรอื่นของรัฐหรือสภาพทางการเมืองอื่น เป็นไปอย่างอิสระ องค์กรนั้นจำเป็นต้องมีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาจากหน่วยงานอื่น หน่วยงานอิสระของรัฐแบ่งเป็น 4 ประเภท ได้แก่ หน่วยธุรการของศาล หน่วยธุรการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยธุรการของรัฐสภา และหน่วยธุรการขององค์กรอัยการ

⁶⁸ วิษณุ วัลญญู, “รายงานการวิจัยองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ,” (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538) น. 6.

⁶⁹ เพิ่งอ้าง, น. 13-14.

⁷⁰ โกคิน พลกุล, หนังสือชี้แจงของศาลปกครองสูงสุดในคดีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 84/2544 ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2545 ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองและคณะกรรมการการเลือกตั้ง, สำนักงานศาลปกครอง, (กุมภาพันธ์ 2547) น. 143.

2.1) หน่วยธุรการของศาล

เพื่อให้การใช้อำนาจตุลาการเป็นไปด้วยความอิสระ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีหน่วยธุรการของศาลที่เป็นอิสระ โดยมีเลขาธิการสำนักงานเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาล โดยสำนักงานมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น หน่วยธุรการศาลตามรัฐธรรมนูญมีดังนี้

(1) สำนักงานศาลปกครอง เป็นหน่วยงานธุรการของศาลปกครอง เป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีฐานะเป็นนิติบุคคล

(2) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เป็นหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีฐานะเป็นกรมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

(3) สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรม เป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระ มีฐานะเป็นนิติบุคคล

2.2) หน่วยงานธุรการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ

ในการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนี้ จะมีหน่วยงานธุรการที่มีอิสระในการบริหารงานบุคคลและการงบประมาณ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระโดยตรง ทำหน้าที่รับผิดชอบราชการทั่วไปขององค์กร โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นหน่วยธุรการของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีฐานะเป็นกรมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

(2) สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นหน่วยธุรการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีฐานะเป็นกรมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

(3) สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นส่วนราชการสังกัดรัฐสภา มีฐานะเทียบเท่ากรม และเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบปฏิบัติราชการฝ่ายรัฐสภา

(4) สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2541

(5) สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543

(6) สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543

(7) สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เป็นหน่วยงานธุรการของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542

2.3) หน่วยงานของรัฐสภา

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบปฏิบัติราชการฝ่ายรัฐสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 กำหนดให้มีส่วนราชการสังกัดรัฐสภา คือ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร และส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น คือ

(1) สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา เป็นส่วนราชการมีฐานะเทียบเท่ากรมและเป็นนิติบุคคล มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการประจำทั่วไปของวุฒิสภา มีเลขาธิการวุฒิสภาเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการ และรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อประธานวุฒิสภา ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบปฏิบัติราชการฝ่ายรัฐสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

(2) สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เป็นส่วนราชการมีฐานะเทียบเท่ากรมและเป็นนิติบุคคล มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการประจำทั่วไปของสภาผู้แทนราษฎร มีเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการ และรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 8 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบปฏิบัติราชการฝ่ายรัฐสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

2.4) หน่วยธุรการขององค์กรอัยการ

มาตรา 255 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้องค์กรอัยการมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

(3) องค์การมหาชน

องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานของรัฐรูปแบบที่ 3 ในระบบกฎหมายมหาชนของไทย โดย 2 รูปแบบแรกได้แก่ ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ซึ่งส่วนราชการนั้นได้รับมอบหมายภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทที่มักจะต้องอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายรับรองไว้บังคับฝ่ายเดียวต่อประชาชนโดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมพร้อมใจของประชาชนที่เกี่ยวข้อง และกิจการทั้งหลายที่ส่วนราชการได้รับมอบหมายให้ดูแลนั้น ก็ล้วนแต่เป็นกิจการที่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจมหาชนในลักษณะดังกล่าวในการดำเนินกิจการทั้งสิ้น เนื่องจากเป็นกิจการที่มีความสำคัญและมีผลเกี่ยวข้องโดยตรงหรือโดยทางอ้อมต่อการดำรงอยู่ของรัฐ ส่วนรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นหน่วยทางธุรกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลซึ่งมีรัฐหรือองค์กรในภาคมหาชนเจ้าของหรือเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก มีภารกิจในการจัดหาวัตถุดิบและแหล่งพลังงานสำหรับการผลิตในระบบอุตสาหกรรม และการจัดให้บริการในด้านการสาธารณสุขและสาธารณสุขการ ซึ่งมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและการค้าโดยแท้⁷¹

สำหรับองค์การมหาชนนั้น ได้รับมอบหมายภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะด้าน หรือจัดทำให้แก่ประชาชนเฉพาะกลุ่ม (โดยไม่มีลักษณะของการประกอบกิจการทางอุตสาหกรรมและการค้า) หรือเป็นภารกิจที่มีความสำคัญสูงและมีเทคนิควิธีการเฉพาะซึ่งต้องการความรวดเร็วของการตัดสินใจและประสิทธิภาพของการปฏิบัติการอย่างทันที่ที่ตามความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลันทันด่วน⁷² ภารกิจดังกล่าว ได้แก่ การรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา การศึกษาอบรมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐ การรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา การศึกษาอบรมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐ การทะนุบำรุงศิลปและ

⁷¹ สุรพล นิธิไกรพนธ์, รายงานการวิจัย เรื่อง ความเป็นไปได้และแนวทางการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน เสนอต่อคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติ, (กรุงเทพมหานคร, 2543) น.30.

⁷² ชาญชัย แสงวงศ์ดี, หน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์การมหาชนและหน่วยงานบริการรูปแบบพิเศษ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549) น. 134-135.

วัฒนธรรม การพัฒนาและส่งเสริมการกีฬา การส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการวิจัย การถ่ายทอดและพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ การบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข การสังคมสงเคราะห์ การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน หรือการดำเนินการอันเป็นสาธารณประโยชน์อื่นใดซึ่งการดำเนินการเฉพาะด้านดังกล่าว ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรเป็นหลัก

องค์การมหาชนมีองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ⁷³ คือ

ประการแรก องค์การมหาชนมีฐานะเป็นนิติบุคคลเอกเทศ แยกออกไปจากรัฐ และส่วนราชการทั้งหลาย ทำให้สามารถมีทรัพย์สิน บุคลากร ระบบบัญชีและงบประมาณเป็นของตัวเอง และมีอำนาจบริหารจัดการกิจการของตนได้โดยอิสระ ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้สายการบังคับบัญชาของระบบราชการ

ประการที่สอง องค์การมหาชนมีฐานะเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ซึ่งทำให้มีสิทธิพิเศษและมีอำนาจบังคับบางประการเหนือประชาชนทั่วไป แต่ในขณะเดียวกันก็ทำให้ต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งตามที่กำหนดในกฎหมายจัดตั้ง

ประการที่สาม องค์การมหาชนมีภารกิจในการดำเนินการที่เป็นบริการสาธารณะ เฉพาะด้านที่มีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ จะมีอำนาจหน้าที่เฉพาะในกิจกรรมที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งเท่านั้น โดยเมื่อรัฐมอบภารกิจใดให้องค์การมหาชนแล้วจะต้องถือว่าภารกิจนั้นเป็นภารกิจที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะสำหรับองค์การมหาชนนั้น องค์การในภาคมหาชนอื่นย่อมไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปปฏิบัติภารกิจดังกล่าวได้อีก

โดยระบบโครงสร้างขององค์การภาครัฐของไทยนั้น การจัดตั้งหน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจอันถือเป็นหน่วยงานต้นแบบในรูปขององค์การมหาชนได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2533⁷⁴ อันเป็นปีที่มีการตราพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัย

⁷³ Vedel et Delvolve, Droit Administratif, อ้างใน สุรพล นิธิไกรพนธ์, ความเป็นไปได้และแนวทางการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน, (รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติ พ.ศ.2543), น.110 – 111.

⁷⁴ สุรพล นิธิไกรพนธ์, มหาวิทยาลัยไทยรูปองค์การมหาชนอิสระ : กรณีตัวอย่างของมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี ในองค์การมหาชน : มิติใหม่ของหน่วยงานภาครัฐ, (สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ. , พ.ศ. 2542) น.55.

เทคโนโลยีสุรนารี พ.ศ. 2533 (ซึ่งแม้จะยังมีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ แต่หากพิจารณาโดยรวมแล้วจะเห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์ที่จะให้เป็น “มหาวิทยาลัยของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและไม่ใช่อุตสาหกรรม”)

หน่วยงานของรัฐในรูปแบบขององค์การมหาชนปรากฏชัดแจ้งใน พ.ศ. 2542 เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ขึ้นใช้บังคับ ได้มีการอาศัยอำนาจตามมาตรา 5 ออกพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนเป็นจำนวนมาก เช่น โรงเรียนมหิดลวิทยานุสรณ์ จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งโรงเรียนมหิดลวิทยานุสรณ์ พ.ศ. 2543 โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2543 ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2543 สถาบันบริหารกองทุนพลังงาน (องค์การมหาชน) จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันบริหารกองทุนพลังงาน (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2546 สถาบันทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน) จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2548 และสถาบันเทคโนโลยีนิวเคลียร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันเทคโนโลยีนิวเคลียร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2549 เป็นต้น

(2) หน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางเนื้อหาหรือเกณฑ์การใช้อำนาจมหาชน หมายถึง หน่วยงานที่ไม่อยู่ในโครงสร้างองค์กรฝ่ายบริหาร แต่เป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองเฉพาะเรื่องหรือดำเนินกิจการทางปกครองบางประการ โดยหน่วยงานทางปกครองในลักษณะทางเนื้อหานี้ ปรากฏในคำนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คือ “และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” ซึ่งสามารถแยกหน่วยงานในลักษณะนี้ออกเป็น 2 ประเภท คือ หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง และหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

(2.1) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง

การใช้อำนาจทางปกครองโดยปกติสงวนไว้สำหรับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเท่านั้น เนื่องจากการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่า ซึ่งหน่วยงานของรัฐย่อมใช้อำนาจทางปกครองได้เองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนเอกชนนั้นมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนย่อมเป็นไปตามเจตจำนงระหว่างคู่กรณีภายใต้สิทธิเสรีภาพ

ที่เสมอกัน เอกชนผู้หนึ่งผู้ใดจึงไม่สามารถใช้อำนาจในฐานะที่เหนือกว่าการกระทำให้เอกชนอื่นเสียหายโดยปราศจากความยินยอมของเอกชนนั้น

โดยปกติเอกชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของตน แต่กิจการหรืออาชีพบางอย่างมีผลกระทบต่อสวัสดิภาพของประชาชน โดยเฉพาะการประกอบอาชีพซึ่งมีนำความรู้จากการเล่าเรียนหรือฝึกฝนมาใช้ที่เรียกว่า “วิชาชีพ” ทำให้รัฐจำเป็นต้องเข้าไปควบคุม ตรวจสอบ รวมทั้งส่งเสริม เพื่อให้การประกอบวิชาชีพนั้นเป็นไปตามมาตรฐานอันเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วยการกำหนดมาตรฐานคุณวุฒิ ความรู้ความสามารถ และมารยาทของผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพ การควบคุมดูแลการออกใบอนุญาต รับรองปริญญา ประกาศนียบัตรหรือวุฒิบัตรต่างๆ ที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพ ความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพและมีอำนาจในการสอบสวนผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าประพฤติตนละเมิดจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ว่ากล่าวตักเตือน ตลอดจนการลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การพักใช้และการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะกระทำได้ดีโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยเฉพาะเท่านั้น เมื่อมีผู้ประกอบวิชาชีพในแต่ละวิชาชีพมากขึ้น ทั้งในเรื่องจำนวนวิชาชีพและจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพ รัฐจึงจัดตั้งให้มีองค์กรที่มาจากผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกันทำหน้าที่ข้างต้นแทนรัฐ กล่าวคือ รัฐได้มอบอำนาจทางปกครองให้แก่องค์กรของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ แต่การใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากรัฐหรือฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องโดยเรียกองค์กรเหล่านี้ว่า “องค์กรวิชาชีพ”

(2.2) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

บริการสาธารณะ (Service Public) เป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อให้บริการแก่ประชาชนหรือเป็นการดำเนินการเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง เป็นกิจกรรมที่เป็นงานในหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชน ซึ่งนอกจากจะต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำแล้ว ยังจะต้องอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนในการจัดทำ อันได้แก่ กิจการที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ และการคลัง เป็นต้น สำหรับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

เป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำโดยมีลักษณะทางการค้าเช่นเดียวกับเอกชน โดยในส่วนของการจัดตั้งองค์กรและการดำเนินการจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน แต่ในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน

นอกจากนี้ยังมีบริการสาธารณะทางด้านอื่นๆ อีก ได้แก่ บริการสาธารณะทางสังคม บริการสาธารณะทางสุขภาพ บริการสาธารณะทางวัฒนธรรม และบริการสาธารณะทางด้านกีฬา โดยการจัดทำบริการสาธารณะด้านต่างๆ ล้วนแต่ตอบสนองต่อภารกิจของรัฐ โดยทั่วไปแล้วบริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่แล้วนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนจะเป็นผู้จัดทำ ส่วนบริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมมักจะให้รัฐวิสาหกิจเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมาเมื่อรัฐมีภาระมากขึ้น รัฐจึงไม่จำเป็นต้องจัดทำกิจกรรมบางอย่างเองเพราะเป็นกิจกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐ และเป็นกิจกรรมที่ต้องใช้เงินลงทุนมาก หรือเป็นกิจกรรมที่ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญเป็นพิเศษ อีกทั้งรัฐไม่สามารถจัดทำได้อย่างดีและรวดเร็วทันความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ จึงเกิดการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนซึ่งมีความสนใจและความพร้อมเป็นผู้จัดทำแทนรัฐ กล่าวคือ แทนที่รัฐจะใช้เอกสิทธิ์ในการดำเนินการเองผ่านส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน ก็จะให้เอกชนดำเนินการแทนในการผลิตหรือบริการชนิดหนึ่งชนิดใดแทนรัฐและขายให้แก่ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคจะต้องจ่ายค่าบริการตามที่กำหนด

การมอบหมายให้หน่วยงานหรือองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการดำเนินกิจการทางปกครองสามารถกระทำได้ 2 ลักษณะ คือ การมอบอำนาจฝ่ายเดียว และการมอบโดยสัญญา

การมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครองฝ่ายเดียว เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมอบให้หน่วยงานสามารถจัดทำบริการสาธารณะบางประการได้ โดยได้กำหนดให้ต้องเป็นกรณีที่จะต้องมีความสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนด และต้องยื่นคำขอเพื่อขอเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะด้วย อันได้แก่ เนติบัณฑิตยสภาได้รับมอบให้ทำหน้าที่ส่งเสริมการศึกษา วิชานิติศาสตร์และการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย รวมทั้งการควบคุมมรรยาททนายความ อันเป็นกิจการทางปกครองส่วนหนึ่งของรัฐ สำนักงานช่างรังวัดเอกชนได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครองเกี่ยวกับการรังวัดที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน เพื่อการสอบเขต แบ่งแยก หรือรวมที่ดินหลายแปลงเข้าเป็นแปลงเดียวกัน ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 และผู้ได้รับใบอนุญาตให้จัดตั้งสถานตรวจสภาพรถ ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครองเกี่ยวกับการตรวจสภาพรถ การวินิจฉัยผลการตรวจสภาพรถ ตามกฎกระทรวง (ฉบับที่ 37) ออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 และระเบียบกรมการขนส่งทางบก ว่าด้วยการจัดตั้งสถานตรวจสภาพรถ พ.ศ. 2548 เป็นต้น

การมอบหมายโดยสัญญา เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชน เพื่อบริการให้เอกชนดำเนินการทางปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่กิจการที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ และสาธารณูปโภค เช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ การคมนาคม เป็นต้น ซึ่งอาจทำได้เป็น 3 รูปแบบ คือ สัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาจ้างเอกชนจัดทำบริการสาธารณะ และสัญญาร่วมทุน ระหว่างรัฐและเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น บริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด ได้รับ มอบหมายให้ดำเนินการทางปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะด้านการคมนาคมและการขนส่ง ซึ่งรับสัมปทานทางด่วนขั้นที่ 2 จากการทางพิเศษแห่งประเทศไทย จัดเป็นสัญญา สัมปทานบริการสาธารณะ บริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด ได้รับมอบหมายให้ ดำเนินการทางปกครองเกี่ยวกับการควบคุมการจราจรทางอากาศ การให้บริการสื่อสารการบิน บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครองเกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์ และบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครอง เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม เป็นต้น

การพิจารณาว่าหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครองนั้น ต้องพิจารณาอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้นเป็นสำคัญว่าเป็นหน่วยงาน ที่มีอำนาจหน้าที่และใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ เนื่องจากการดำเนินการทางปกครอง บางอย่าง รัฐกระทำในฐานะเท่าเทียมกับเอกชน เช่น การให้บริการของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) หรือบริษัทไม่อัตโนมัติ จำกัด ซึ่งประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับเอกชนรายอื่นๆ การดำเนินการ ไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจทางปกครอง จึงไม่อยู่ในความหมายของหน่วยงานทางปกครอง ตามนัยคำสั่ง ศาลปกครองสูงสุดที่ 484/2547

นอกจากนี้ รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะไม่ใช่องค์กรทางปกครองในฐานะของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือ พระราชกฤษฎีกา แต่ก็อาจเป็นหน่วยงานทางปกครองในฐานะหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครอง เช่น บริษัทขนส่ง จำกัดได้รับมอบหมายจาก กรมทางหลวงให้ไปดำเนินการบริการสาธารณะด้านการคมนาคมและการขนส่งของประเทศ จึงทำให้บริษัทขนส่ง จำกัด มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 686/2546) บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ซึ่งแปรรูปมาจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือประกอบกิจการค้าและให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมทุกชนิดซึ่งหมายความว่า รวมถึงการให้บริการต่างๆ เกี่ยวกับกิจการโทรศัพท์ เช่นเดียวกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนิน

กิจการทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 27/2547) บริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด แม้เป็นรัฐวิสาหกิจที่ไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาก็ตาม แต่มีภารกิจหลักในการให้บริการควบคุมการจราจรทางอากาศ ให้บริการสื่อสารการบิน และให้บริการเครื่องช่วยเดินอากาศ จึงถือได้ว่าเฉพาะในการปฏิบัติการกิจหลักดังกล่าว บริษัทวิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครอง

2.2.4.1 ความสัมพันธ์ทางบังคับบัญชา

อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการทั้งหมดในกระทรวงของตน อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข (un pouvoir inconditionné) อย่างไรก็ตาม อำนาจนี้จะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่ามีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการแทนในสิ่งที่เขาเห็นควรและมีอำนาจเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิกคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ (texte) บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

อำนาจบังคับบัญชามีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ เป็นอำนาจที่จะสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตาม (pouvoir d'instruction) เป็นอำนาจที่จะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา (pouvoir de reformation) และผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจกระทำการแทนผู้ใต้บังคับบัญชา (pouvoir de substitution) อำนาจในการที่จะสั่งการให้องค์กรเจ้าหน้าที่กระทำการใดๆ ตลอดจนแก้ไขเพิกถอนการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ต่างๆ นอกจากนี้ยังเป็นอำนาจในการให้คุณให้โทษแก่ตัวบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาด้วย กล่าวคือ มีลักษณะเป็นทั้งอำนาจเหนือการกระทำและอำนาจเหนือตัวบุคคลผู้กระทำ โดยอำนาจเหนือการกระทำคือผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการตัดสินใจของผู้ใต้บังคับบัญชา ส่วนอำนาจเหนือตัวบุคคลนั้นนอกจากการให้คุณให้โทษแก่บุคคลแล้ว หากมีการฝ่าฝืนคำสั่งจะมีอำนาจลงโทษทางวินัยอีกด้วย

อาจสรุปได้ว่าความสัมพันธ์ทางบังคับบัญชานั้นจะเป็นนิติสัมพันธ์ภายในองค์กรเดียวกันหรือนิติบุคคลเดียว โดยกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีตำแหน่งสูงต่ำขึ้นต่อกันเป็นลำดับชั้น (Hierarchie) โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งสูงกว่ามีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชา และองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งต่ำกว่ามีฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น ในกรณีที่จำเป็นหรือกรณีที่เห็นได้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาไม่สามารถปฏิบัติภารกิจตามคำสั่งได้ องค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งสูงกว่าในฐานะผู้บังคับบัญชาย่อมสามารถเข้ามาใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชาได้โดยตรง (Selbsteintrittsrecht der höheren Behörde) ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะเจาะจง ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยรับรองการมีอำนาจดังกล่าวของผู้บังคับบัญชาว่าเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายมหาชน⁷⁵

2.2.4.2 ความสัมพันธ์ทางกำกับดูแล

อำนาจกำกับดูแลเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรหรือระหว่างนิติบุคคลสองนิติบุคคล โดยเป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัดเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ การใช้อำนาจกำกับดูแลจะมีได้ก็แต่โดยกฎหมายและเท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น แม้การใช้อำนาจกำกับดูแลจะมีทั้งอำนาจเหนือบุคคลและการกระทำ แต่ก็มีข้อจำกัดมากกว่าความสัมพันธ์ทางอำนาจบังคับบัญชา กล่าวคือ แม้บุคคลผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลจะใช้อำนาจลงโทษทางวินัย (un pouvoir disciplinaire) แต่ก็เพราะกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเลยการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ใช่เพราะฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ส่วนการกำกับดูแลเหนือการกระทำนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลจะควบคุมการกระทำเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ความสัมพันธ์ทางกำกับดูแลจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกลางกับองค์กรตามหลักกระจายอำนาจ ทั้งการกระจายอำนาจทางพื้นที่และการกระจายอำนาจภารกิจก็ยังคงมีการกำกับดูแลที่แตกต่างกันไปตามเนื้อหาของภารกิจ และความจำเป็นขององค์กรนั้นๆ

สำหรับการกำกับดูแลระหว่างองค์กรกับองค์กรตามหลักกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น องค์กรกลางต้องยึดหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นละเมิดหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐในฐานะผู้กำกับดูแลมีอำนาจยกเลิกเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ แต่หากรัฐไม่สามารถทำเช่นเดียวกันได้ หากการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นถูกต้องตาม

⁷⁵ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ คดี Queralt ค.ศ. 1950

ระเบียบข้อบังคับหรือกฎหมายแล้ว แต่เห็นว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะไม่สมเหตุสมผล ฟุ่มเฟือย หรือปราศจากผลตอบแทนที่คุ้มค่าทางเศรษฐกิจก็ตาม

ประเทศเยอรมันมีการปกครองแบบสหพันธรัฐ ซึ่งเน้นการให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นพื้นฐาน แต่ก็ยังมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ส่วนกลางในระดับมลรัฐ ในการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของท้องถิ่น ซึ่งก่อนที่จะพิจารณาลงไปถึงอำนาจส่วนกลาง (ระดับมลรัฐ) ของเยอรมันในการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของท้องถิ่นนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับประเภทของอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสียก่อน ซึ่งในส่วนของอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ได้มีการแบ่งออกเป็น อำนาจหน้าที่ส่วนที่เป็นการปกครองตนเอง และอำนาจหน้าที่ส่วนที่ได้รับมอบหมายจากส่วนกลางเป็นกรณีๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติ⁷⁶

การปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นส่วนที่เป็นการปกครองตนเองนั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง ซึ่งองค์กรนิติบัญญัติของท้องถิ่นเป็นผู้กำหนดอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมทั้งเป็นผู้มีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การกำกับดูแลจากส่วนกลางในปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวนี้เพียงกำกับดูแลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น การใช้มาตรการในการกำกับดูแลของส่วนกลางซึ่งถือเป็นการกระทำทางปกครองย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ สำหรับการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นส่วนที่ที่ได้รับมอบจากส่วนกลางเป็นกรณีๆ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐ ซึ่งรัฐเป็นผู้กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้มีส่วนร่วมกำหนดอำนาจหน้าที่ดังกล่าวด้วยรวมทั้งไม่มีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ส่วนที่ได้รับมอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับมอบมา การกำกับดูแลจากส่วนกลางในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว องค์กรของรัฐที่เป็นผู้รับผิดชอบหลักในเรื่องนั้นๆ นอกจากจะสามารถดูแลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติตามกฎหมายหรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติหรือมาตรการต่างๆ ขององค์กร

⁷⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. “การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น,” ใน อภินิหารวิชาการศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมานพจน์ เนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี, รวบรวมโดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2545), น. 252-253.

ปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว ยังสามารถดูแลหรือตรวจสอบในเรื่องความเหมาะสมของการดำเนินมาตรการต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อีกด้วย การสั่งการขององค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ควบคุมเชิงวิชาการนี้ นอกจากจะกำหนดเพื่อการในอนาคตแล้ว ยังสามารถแก้ไขหรือยกเลิกมติหรือมาตรการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ดำเนินการไปแล้วได้ด้วย การสั่งการเช่นว่านี้ มิได้ส่งไปยังหน่วยการปกครองท้องถิ่นในฐานะที่เป็นองค์กรปกครองตนเองที่มีความเป็นเอกเทศจากการบังคับบัญชา หากแต่เป็นการส่งไปยังหน่วยการปกครองท้องถิ่นในฐานะที่เป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์กรจากส่วนกลาง หน่วยการปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่สามารถโต้แย้งหรืออุทธรณ์คำสั่งขององค์กรส่วนกลางที่ทำหน้าที่ควบคุมเชิงวิชาการนี้ได้⁷⁷

2.2.4.3 กรณีไม่มีความสัมพันธ์ทั้งในทางการบังคับบัญชาและในทางกำกับดูแล

กรณีที่เป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีฐานะเท่าเทียมกัน เช่น ระหว่างกระทรวงกับกระทรวง หรือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกัน จะเห็นได้ว่าทั้งสองหน่วยงานต่างไม่มีความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจกันเลย เว้นแต่บางกรณีอาจเกิดความผูกพันกันตามสัญญาหรือข้อตกลงได้ เช่น สัญญาร่วมจัดทำบริการสาธารณะระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ใกล้เคียงกัน เป็นต้น

⁷⁷ เฟื่องอ้าง, น. 257.