

บทที่ 1

แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำของรัฐ

รัฐเสรีประชาธิปไตยที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่ง คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองแผ่นดิน รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้บัญญัติการใช้อำนาจอธิปไตยอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจ มีการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ โดยให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปของรัฐเสรีประชาธิปไตยในปัจจุบันว่า “สังคมใดไม่มีการประกันเสรีภาพของปัจเจกชน อีกทั้งไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”¹

ดังนั้น รัฐแต่ละรัฐจึงอาจใช้อำนาจอธิปไตยของตนกระทำการต่างๆตามอำนาจหน้าที่ 3 ประเภทด้วยกัน โดยการกระทำของรัฐแต่ละประเภทมีองค์กรใช้อำนาจกระทำการต่างหากจากกัน

1.1 ประเภทการกระทำของรัฐ

รัฐแม้จะมีฐานะเป็นบุคคล แต่ก็ เป็นบุคคลในแง่นามธรรม หรือ “นิติบุคคล” เท่านั้น หากได้มีตัวตนและมีชีวิตจิตใจเช่นเดียวกับ “บุคคลธรรมดา” ไม่ รัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่างๆ ทั้งสามประเภทดังกล่าวข้างต้นได้ด้วยตนเอง รัฐจำเป็นต้องมีบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งเป็นอย่างน้อย เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่างๆ ทั้งสามประเภทนี้ แทนตนและในนามของตน บุคคลธรรมดาที่ใช้อำนาจกระทำการต่างๆของรัฐแทนรัฐ และในนามของรัฐนี้เรียกว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ”

อย่างไรก็ตาม รัฐอาจใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่างๆโดยทางองค์กรเพียงองค์กรเดียวก็ได้ เช่น การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการเพียงลำพังพระองค์เดียว แต่ประวัติศาสตร์ทาง

¹ปฏิกูญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 มาตรา 16

การเมือง การปกครองได้แสดงให้เห็นอยู่เสมอว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่คนเดียว หรือคนคนเดียว ไม่ว่าคนๆ นั้น หรือ คนคนนั้นจะได้อำนาจมาโดยการแย่งอำนาจ การแต่งตั้ง หรือการเลือกตั้งจากราษฎรหรือพลเมืองก็ตาม ราษฎรหรือพลเมืองจะไม่มีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการต่างๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจได้เลย ทั้งนี้เพราะ “อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลงอย่างถึงที่สุด” (Power corrupts, absolute power corrupts absolutely)²

สำหรับประเทศไทย ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 อำนาจอธิปไตยได้ตกเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยได้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น และรัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับได้แยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยเป็น 3 ส่วน คือ อำนาจนิติบัญญัติใช้ทางสภานิติบัญญัติ อำนาจบริหารใช้ทางคณะรัฐมนตรี และอำนาจตุลาการใช้ทางศาล โดยสถาบันทั้ง 3 ฝ่าย ใช้ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ นอกจากนั้นการใช้อำนาจอธิปไตยทั้ง 3 ส่วนดังกล่าว รัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับใช้ระบบรัฐสภา โดยให้องค์กรที่ใช้อำนาจแต่ละองค์กรมีความสัมพันธ์ในลักษณะคานและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (check and balance) เพื่อมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจสิทธิขาดแต่เพียงฝ่ายเดียว จึงจะเป็นทางที่จะคุ้มครองและปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำของรัฐได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติกำหนดการจัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตย โดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยอื่นๆ ดังปรากฏความในมาตรา 3 ที่ว่า “ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ” และโดยที่รัฐธรรมนูญจัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารในระบบรัฐสภา ดังนั้น การแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและทางบริหารจึงเป็นไปอย่างไม่เคร่งครัด โดยรัฐธรรมนูญมอบหมายให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร แต่เปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าไปร่วม

² คำกล่าวของ Lord Acton, อ้างโดย André MOLITOR, ใน L' administration de la Belgique, Institut belge de la Science Politique, CRISP, 1974, pp.88 อ้างไว้ใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน,” (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2540) น.60-62

ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารกับคณะรัฐมนตรี สำหรับองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการได้แก่ศาลนั้นเป็นไปอย่างเคร่งครัด ดังบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 233³ มาตรา 249 วรรคหนึ่ง⁴ และมาตรา 250⁵ ซึ่งการกระทำของรัฐ ประเภทต่างๆ มีดังนี้

1.1.1 การกระทำทางนิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มอบหมายให้รัฐสภาอันประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ราษฎร

รัฐสภานอกจากมีอำนาจออกกฎหมายแล้ว ยังมีอำนาจหน้าที่อื่นๆ ดังนี้

1. อำนาจหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร
2. อำนาจหน้าที่ในการสอบสวนหรือศึกษากิจการหรือเรื่องราวใดๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภา ดังความในรัฐธรรมนูญมาตรา 189 ที่กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญ และมีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิกตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญเพื่อดำเนินการดังกล่าวข้างต้น โดยมีอำนาจเรียกบุคคลใดๆ มาแถลงข้อเท็จจริง หรือแสดงความคิดเห็นในกิจการที่กระทำหรือในเรื่องที่กำลังพิจารณาสอบสวนหรือศึกษาอยู่ได้
3. อำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบในกิจการสำคัญบางอย่าง เช่น การให้ความเห็นชอบในการประกาศสงคราม (มาตรา 223) การให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศเฉพาะที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา (มาตรา 224) การอนุมัติพระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีได้ออกไปก่อนแล้ว (มาตรา 218)

³มาตรา 233 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

⁴มาตรา 249 วรรคหนึ่ง ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย

⁵มาตรา 250 ผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการการเมือง หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมิได้

4. การอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในตัวบุคคล หมายถึง การที่สภาใดสภาหนึ่ง หรือทั้งสองสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งต่างๆ หรือเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ได้แก่ การให้ความเห็นชอบในการตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 19) การเลือกกรรมการการเลือกตั้ง (มาตรา 138) การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 257) ตลอดจนการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตามกฎหมายอื่น

อำนาจหน้าที่ของรัฐสภาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า รัฐสภานอกจากมีอำนาจในการกระทำทางนิติบัญญัติแล้ว ยังมีอำนาจกระทำการอื่นๆ ด้วย ดังนั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดของรัฐสภาเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติหรือไม่ อาจพิจารณาได้จากองค์กรผู้กระทำเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา หรือพิจารณาจากเนื้อหาสาระของการกระทำเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ

การใช้อำนาจผู้กระทำทางนิติบัญญัติเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ก็คือ การพิจารณาจากลักษณะขององค์กรผู้กระทำถ้าองค์กรนั้นเป็นองค์กรทางนิติบัญญัติ การกระทำขององค์กรนั้นไม่ว่าจะกระทำโดยรัฐสภา หรือสภาหนึ่งสภาใด การกระทำขององค์กรนั้นย่อมจะเป็น “การกระทำทางนิติบัญญัติ”

การใช้เนื้อหาสาระของการกระทำเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา การกระทำทางนิติบัญญัติ คือ ข้อกำหนดทุกอย่างที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น ซึ่งมีผลเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด⁶

1.1.2 การกระทำทางบริหาร

ในการปกครองรัฐจำเป็นต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ องค์กรเช่นว่านี้เรียกว่ารัฐบาล ซึ่งหมายความว่าบุคคลและคณะบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อบำบัดการปกครองประเทศ ทั้งนี้อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลมิได้มีขอบเขตอยู่เฉพาะการบริหารให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังเป็นผู้วางนโยบายและดำเนินการปกครองประเทศด้วย จึงเรียกว่า

⁶ชาญชัย แสวงศักดิ์ , “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง , เล่ม 9 ตอน1, น. 158-171. (เมษายน 2533)

“ฝ่ายบริหาร”⁷ ในปัจจุบันฝ่ายบริหารเป็นฝ่ายที่มีอำนาจมาก และมีบทบาทสำคัญที่สุดในการปกครองประเทศ เพราะฝ่ายบริหาร หรือรัฐบาลเป็นผู้ดำเนินการปกครองประเทศ เป็นผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการในการบริหารงานของรัฐทั้งในด้านการปกครองและในด้านเศรษฐกิจ จึงทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเพิ่มขึ้นตามสภาพการณ์ของสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป

ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนงานในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำ คือ ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่างๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่าบริการสาธารณะ (Public Service) จึงมิใช่มีแต่รัฐบาลเท่านั้นที่เป็นผู้ปกครองประเทศ แต่ยังมีฝ่ายปกครอง ซึ่งประกอบด้วย เจ้าหน้าที่อีกเป็นจำนวนมากเป็นกำลังในการปกครองประเทศด้วย⁸

ดังได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าผู้ใช้อำนาจบริหารอาจแบ่งออกเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ คือ รัฐบาลส่วนหนึ่งกับฝ่ายปกครองอีกส่วนหนึ่ง จึงควรทราบว่ารัฐบาลหมายถึงใคร และฝ่ายปกครองหมายถึงใคร

รัฐบาล หมายถึง กลุ่มบุคคลหรือคณะบุคคล ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อดำเนินการปกครองประเทศ⁹

ฝ่ายปกครอง มีความหมายได้สองนัยด้วยกัน คือ ความหมายอย่างแคบหรือความหมายดั้งเดิม และความหมายอย่างกว้างหรือความหมายสมัยใหม่¹⁰

⁷ ประยูร กาญจนกุล, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538) น.27

⁸ เพ็งฮ้าง , น.30

⁹ ศาโรช โชติพันธุ์, “ การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.12

¹⁰ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, “ การกระทำทางปกครอง,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ , สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย , น.132 – 145.

ความหมายอย่างแคบหรือความหมายดั้งเดิม

ฝ่ายปกครอง หมายถึง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร และองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง รวมกัน

หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร ได้แก่ บรรดาหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง เช่น

ก. กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรมในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงหรือรัฐมนตรีว่าการทบวง แล้วแต่กรณี

ข. จังหวัด อำเภอ ในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

ค. องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ได้แก่ กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล ในระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในกำกับหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยอ้อมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

ง. รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ซึ่งอยู่ในกำกับหรือควบคุมดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง

จ. หน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น องค์กรมหาชนต่างๆ ที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลของรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนนั้นๆ

องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง แท้ที่จริงก็คือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งประกอบด้วย

ก. พระมหากษัตริย์

ข. คณะรัฐมนตรี

ค. นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี แต่ละคน

ง. บรรดาองค์กร หรือ เจ้าหน้าที่ต่างๆ ที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับ หรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยอ้อมของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง เช่น ปลัดกระทรวง อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ คณะผู้บริหารท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น คณะกรรมการรัฐวิสาหกิจ ผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการองค์การมหาชน ผู้อำนวยการองค์การมหาชน

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนนั้น กระทำการได้ 2 ฐานะด้วยกัน กล่าวคือ บางกรณีกระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” บางกรณีกระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง”¹¹

ความหมายอย่างกว้างหรือความหมายสมัยใหม่

ฝ่ายปกครอง นอกจากจะหมายถึง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร และองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองแล้วยังหมายความรวมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระและหน่วยงานอิสระของรัฐด้วย

องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จัดตั้งขึ้นหรือกำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้น แล้วแต่กรณี เช่น

- ก. คณะกรรมการการเลือกตั้ง
- ข. ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา
- ค. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
- ง. คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
- จ. คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน
- ฉ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์

และกิจการโทรคมนาคม

หน่วยงานอิสระของรัฐ เป็นหน่วยงานของรัฐที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 กำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้น เพื่อให้ทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เช่น

- ก. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
- ข. สำนักงานศาลยุติธรรม
- ค. สำนักงานศาลปกครอง
- ง. สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง
- จ. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
- ฉ. สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

¹¹ เพิ่งอ้าง , น.137

ตามหลักการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย ฝ่ายบริหารย่อมเป็นองค์กรหลักที่ใช้
อำนาจบริหารกระทำการทางบริหาร ซึ่งการกระทำทางบริหารเป็นการกระทำให้เป็นไปตามที่
รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายกำหนดไว้ แต่โดยที่ใช้อำนาจบริหารแบ่งเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ ดังกล่าว
แล้วคือ รัฐบาลส่วนหนึ่ง กับฝ่ายปกครองอีกส่วนหนึ่ง กิจกรรมอันอยู่ในหน้าที่ของรัฐบาลและฝ่าย
ปกครอง แม้จะแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วน แต่ก็มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดเป็นการยากที่จะ
ขีดเส้นแบ่งหน้าที่กันอย่างเด็ดขาด เช่น การแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับสูงก็ต้อง
ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองต่าง
จากการกระทำของรัฐบาลตรงที่ว่า การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่ง
ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือนโยบายของรัฐบาล ส่วนการกระทำของรัฐบาลเป็นเรื่องที่
เกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกำหนดนโยบายการปกครองประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องทาง
การเมือง

ดังนั้น การกระทำทางบริหารจึงอาจพิจารณาแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ การกระทำของ
รัฐบาลประเภทหนึ่ง และการกระทำทางปกครองอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งการกระทำทางบริหารทั้ง 2
ประเภทดังกล่าว ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในหัวข้อที่ 1.2 ต่อไป

1.1.3 การกระทำทางตุลาการ

การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางตุลาการหรือไม่นั้น นักวิชาการ
กฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสได้โต้แย้งกันมามากและยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ ฉะนั้น
การศึกษาเรื่องการกระทำทางตุลาการจึงอาจพิจารณาได้ เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 เป็นข้อพิจารณา
การกระทำทางตุลาการในทางทฤษฎี และส่วนที่ 2 เป็นข้อพิจารณาการกระทำทางตุลาการตามแนว
คำวินิจฉัยของศาล¹² ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

ส่วนที่ 1 ข้อพิจารณาการกระทำทางตุลาการในทางทฤษฎี

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางตุลาการในทางทฤษฎี อาจแยกแนวความคิด
ได้ 2 แนวความคิด คือ

¹²รายละเอียดโปรดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, “นิติกรรมทางตุลาการ,” วารสารกฎหมาย
ปกครอง, เล่ม 9 ตอน 1 , น. 143-157. (เมษายน 2533)

1. หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาสาระของการกระทำทางตุลาการ แยกพิจารณาได้

3 ประการ ดังนี้

1.1 พิจารณาจากเนื้อหาของการกระทำทางตุลาการ

การใช้เนื้อหาเพื่อพิจารณาการกระทำทางตุลาการ นักวิชาการมีความเห็นแยกเป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรกเห็นว่าการกระทำทางตุลาการมีเนื้อหาอยู่ที่การพิจารณาว่าบุคคลจะมีสิทธิตามที่กฎหมายรับรองหรือไม่ ส่วนกลุ่มที่สองเห็นว่า การกระทำทางตุลาการมิใช่มีเนื้อหาอยู่ที่การยอมรับสิทธิของบุคคลตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการที่จะต้องมีการโต้แย้งในสิทธินั้นๆ ด้วย

1.2 พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการกระทำทางตุลาการ

วัตถุประสงค์ของการกระทำทางตุลาการ คือ การปกป้องคุ้มครองกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำทางตุลาการมีจุดมุ่งหมายที่จะชี้ขาดข้อโต้แย้ง โดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก

1.3 พิจารณาจากโครงสร้างของการกระทำทางตุลาการ

แนวคิดนี้เห็นว่า การกระทำทางตุลาการนั้นจะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการด้วยกัน คือ (1) มีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่มหาชน (2) มีการให้ทางออกสำหรับปัญหากฎหมายนั้นๆ และ (3) มีคำตัดสิน ซึ่งมาจากทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าวและคำตัดสินนี้มีลักษณะที่เด็ดขาดจะนำมาฟ้องร้องอีกไม่ได้ อย่างไรก็ตามในภายหลังแนวความคิดนี้ก็กลับเห็นว่าองค์ประกอบที่แท้จริงมีเพียง 2 ประการเท่านั้น คือ มีการให้ทางออกสำหรับปัญหาและคำตัดสิน ส่วนการมีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่มหาชนนั้นถือว่าเป็นเกิดขึ้นก่อนการกระทำทางตุลาการ จึงมิใช่องค์ประกอบที่แท้จริง

2. หลักเกณฑ์ทางรูปแบบของการกระทำทางตุลาการ แยกพิจารณาได้ 3 ประการ ดังนี้

2.1 พิจารณาจากองค์กรผู้กระทำ

การกระทำทางตุลาการที่พิจารณา โดยอาศัยองค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแยกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกจะดูว่าองค์กรนั้นๆ เป็นศาลหรือไม่ ถ้าองค์กรนั้นเป็นศาลการกระทำขององค์กรนั้นย่อมเป็นการกระทำทางตุลาการ ส่วนกลุ่มที่สองจะดูว่าองค์กรนั้นๆ มีความเป็นอิสระหรือไม่ ถ้าเป็นองค์กรที่มีอิสระองค์กรนั้นย่อมเป็นศาล การกระทำขององค์กรนั้นย่อมเป็นการกระทำทางตุลาการ

2.2 พิจารณาจากวิธีพิจารณาความขององค์กรนั้นๆ

วิธีพิจารณาความ สามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางตุลาการ เนื่องจากองค์กร “ศาล” มักจะมีวิธีพิจารณาความหรือวิธีปฏิบัติงานต่างจากองค์กรอื่นๆ เช่น การพิจารณาคดีของศาลนั้นจะต้องเปิดโอกาสให้คู่ความได้ชี้แจงข้ออ้างข้อเถียงของตน จะต้องมีการนำสืบพยานหลักฐานและจะต้องให้เหตุผลประกอบการตัดสินใจตัดสิน ฯลฯ ดังนั้น องค์กรใดที่มีวิธีพิจารณาความดังกล่าวจึงเป็น “ศาล” และการกระทำขององค์กรนั้นย่อมเป็นการกระทำทางตุลาการ¹³

2.3 พิจารณาจากคุณสมบัติหรือผลของการกระทำนั้น

ลักษณะเฉพาะของการกระทำทางตุลาการที่แตกต่างจากการกระทำอื่นๆ คือ การกระทำประเภทนี้มีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด ซึ่งหมายความว่าเมื่อพ้นกำหนดเวลาสำหรับอุทธรณ์ ฎีกาแล้ว หากไม่มีการอุทธรณ์ ฎีกา หรือเมื่อมีการอุทธรณ์ฎีกาแล้ว องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งในชั้นที่สุดวินิจฉัยชี้ขาดอย่างไร กฎหมายกำหนดให้ถือว่า “คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง” นั้นเป็นที่สุด คู่ความเดียวกันจะรื้อฟื้นมาฟ้องร้องในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไว้แล้วโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันอีกไม่ได้

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่นักวิชาการกฎหมายมหาชนคิดค้นขึ้นต่างก็มีข้อโต้แย้ง จึงยังไม่สามารถหาข้อสรุปที่แน่นอนได้ ในทางปฏิบัติคำพิพากษาของศาลจึงเป็นเครื่องบ่งชี้ที่สำคัญ

ส่วนที่ 2 ข้อพิจารณาการกระทำทางตุลาการตามแนวคำวินิจฉัยของศาล

การวินิจฉัยว่าการกระทำขององค์กรใดเป็น “การกระทำทางตุลาการ” หรือไม่ในเบื้องต้นศาลจะพยายามเสาะหาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นขึ้นมาว่ามีจุดมุ่งหมายให้การกระทำขององค์กรนั้นเป็น “การกระทำทางตุลาการ” หรือไม่ กรณีที่ไม่สามารถเสาะหาเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ ศาลก็จะหาหลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งมาพิจารณา การพิจารณาของศาลจึงสามารถแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

¹³Charles EISENMANN, Cours de Droit Administratif ,Tome I ,L.G.D.J. ,1982, pp.108. อ้างไว้ใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “นิติกรรมทางตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 9 ตอน 1, น.149-150 ,(เมษายน 2533)

1. กรณีที่กฎหมายระบุสถานะทางกฎหมายขององค์กรนั้น

กฎหมายในที่นี้ หมายถึง พระราชบัญญัติหรือกฎหมายของสภานิติบัญญัติเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายลำดับรอง ซึ่งกฎหมายอาจจะระบุให้องค์กรนั้นมีสถานะเป็นศาลอย่างแข็งขันหรือโดยปริยายก็ได้

กรณีที่แจ้งชัด กฎหมายอาจจะบัญญัติให้องค์กรนั้นมีฐานะเป็นศาล หรือกฎหมายอาจจะบัญญัติให้องค์กรนั้น “มีลักษณะเช่นเดียวกับศาล” หรือ “เสมือนหนึ่งเป็นศาล” ก็ได้

กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยปริยาย เป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้องค์กรนั้นเป็นศาลโดยตรง แต่บัญญัติให้ “การกระทำ” ขององค์กรนั้นมีสถานะเป็นคำพิพากษา หรือ มีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษา หรือให้การกระทำนั้นมีลักษณะเด็ดขาดถึงที่สุด หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำขององค์กรนั้นขึ้นอยู่การพิจารณาของศาลชั้นสูงสุดโดยตรง โดยไม่ต้องผ่านการอุทธรณ์

อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อสงสัยเกิดว่า ถ้ากฎหมายระบุให้การกระทำขององค์กรนั้นสามารถนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองในกรณี “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย” ก็ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าการกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางตุลาการ แต่เป็นการกระทำทางปกครองนั่นเอง

บางกรณีกฎหมายอาจใช้คำว่า “การกระทำ” นั้นสามารถ “อุทธรณ์” ได้ หรือ “ให้นำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลชั้นสูงสุด” เราอาจจะหมายถึงการอุทธรณ์ในชั้นฝ่ายปกครองหรืออุทธรณ์ในชั้นศาลก็ได้

2. กรณีที่ไม่มีกฎหมายระบุสถานะทางกฎหมายขององค์กรนั้น

ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายระบุสถานะทางกฎหมายขององค์กรนั้นไว้ศาลได้ใช้เกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

2.1 การใช้หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบของศาล

ศาลจะพิจารณาว่า หากองค์กรใดวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอาศัยวิธีพิจารณาอย่างศาล องค์กรนั้นจึงมีลักษณะเป็น “ศาล”

2.2 การใช้หลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของศาล

ศาลจะพิจารณาว่าภาระหน้าที่ขององค์กรนั้นๆ เป็นอย่างไร ถ้าองค์กรนั้นมีอำนาจเด็ดขาดที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ องค์กรนั้นก็จะเป็นศาลและมีการกระทำเป็นการกระทำทางตุลาการ แต่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาว่า องค์กรที่จะเป็นศาลได้นั้นจะต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำคำพิพากษาอย่างแท้จริง มิใช่เพียงแต่มีอำนาจในการให้ความเห็นหรือ

เสนอแนะเท่านั้น เพราะแม้สถานะและวิธีพิจารณาความขององค์กรนั้นจะคล้ายคลึงกับ “ศาล” ก็ตาม แต่ถ้าองค์กรนั้นไม่มีอำนาจในการทำคำพิพากษาแล้ว องค์กรนั้นก็ไม่สามารถเป็น “ศาล” ไปได้

โดยสรุปแล้ว การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางตุลาการหรือไม่นั้น จึงน่าจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลายๆ อย่างดังกล่าวข้างต้นประกอบกัน กล่าวคือ ควรจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำขององค์กร ซึ่งมีลักษณะต่างๆ ขององค์กรวินิจัยชี้ขาดข้อโต้แย้งที่ชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทโดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก ทั้งนี้ตามวิธีพิจารณาความที่ทำให้ความคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่ม และคำวินิจัยชี้ขาดนั้นเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว กฎหมายให้ถือว่าเป็นที่สุด โดยคู่ความไม่อาจรื้อฟื้นขึ้นมาฟ้องร้องกันใหม่ได้อีกใช่หรือไม่

โดยที่การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการ ได้แก่การวินิจัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างราษฎรหรือพลเมืองด้วยกันเอง หรือระหว่างราษฎรหรือพลเมืองกับหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่ง

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจะบัญญัติให้แยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหาร ซึ่งรวมเรียกว่า “การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางการเมือง” อย่างเคร่งครัด¹⁴ กล่าวคือ

การแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย กระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารอย่างเคร่งครัด ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาลทำให้ศาลอยู่ในวิสัยที่จะพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างปราศจากอคติลำเอียง และไม่ตกอยู่ใต้อิทธิพลทางการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หมวด 8 ได้บัญญัติเรื่องศาลไว้ 4 ระบบ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ซึ่งศาลแต่ละระบบมีอำนาจหน้าที่ดังนี้

¹⁴Gerhard LEIBHOLZ, La justice et le pouvoir dans la République fédérale d'Allemagne, Revue de la commission internationale de Juristes, 1963, pp. 252-260 ; International Commission of Jurists, The Rule of Law in a Free Society, A Report on the International Congress of Jurists, New Delhi, India, 1959, Geneva, pp. 279-312. อ้างไว้ใน วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ตอน 2 พ.ศ. 2537 น. 48 – 50

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายกำหนด ซึ่งอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อาจแบ่งออกได้เป็น 6 กลุ่ม¹⁵ คือ

- การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมาย (มาตรา 197(1) มาตรา 198 มาตรา 219 มาตรา 262 และมาตรา 264)
- การตรวจสอบการดำเนินการภายในขององคมนตรี (มาตรา 177 และมาตรา 263)
- การวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพ และคุณสมบัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง (มาตรา 96 มาตรา 137 มาตรา 139 มาตรา 142 และมาตรา 216)
- การวินิจฉัยเกี่ยวกับพรรคการเมือง (มาตรา 47 มาตรา 63 และ มาตรา 118(8))
- การวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 266
- อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญกรณีอื่นๆ (มาตรา 180 และมาตรา 295)

นอกจากอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ในเรื่องการตั้งรับหรือไม่รับจดทะเบียนการจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 17) การมีมติให้สมาชิกภาพของสมาชิกพรรคการเมืองสิ้นสุดลง (มาตรา 22) การสั่งให้หัวหน้าพรรคการเมือง คณะกรรมการการบริหารพรรคการเมือง หรือกรรมการ กระทำการหรือสั่งให้ออกจากตำแหน่ง (มาตรา 27) การวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของ

¹⁵บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน 2544) น. 152 – 159 ; สมคิด เลิศไพฑูรย์ และบรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทย ตามมาตรา 264 และมาตรา 266 เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2543 น. 15 – 16 ; สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2544 น. 75 – 86

พรรคการเมืองจัดต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 28) และการตอบรับการเปลี่ยนแปลงนโยบายพรรค ข้อบังคับพรรค หรือรายการเกี่ยวกับชื่อ ที่อยู่ อาชีพ และลายมือชื่อของคณะกรรมการบริหารพรรค หรือการจัดตั้งสาขาพรรค (มาตรา 33) การยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 67 มาตรา 72 และมาตรา 73 และการสั่งให้พรรคการเมืองระงับการดำเนินการของพรรคการเมืองไว้ชั่วคราว

ศาลยุติธรรม มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลอื่นดังความในบทบัญญัติมาตรา 271 ที่บัญญัติว่า “ ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น ”

ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม และตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังความในมาตรา 276 วรรคหนึ่งที่บัญญัติว่า “ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ”

ศาลทหาร มีอำนาจพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายทหาร หรือกฎหมายอื่นในทางอาญา โดยที่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ขณะกระทำความผิดและมีอำนาจในการสั่งลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดละเมิดอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁶ ดังความในมาตรา 281 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทหาร และคดีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ”

อย่างไรก็ตามไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้องค์กรตุลาการหรือศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการมีที่ระบบก็ตาม แต่หากไม่มีลักษณะขององค์กรตุลาการแล้วก็ไม่อาจถือได้ว่าองค์กรนั้นเป็นองค์กรตุลาการไปได้ ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตุลาการหรือไม่นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบครบถ้วนทั้ง 4 ประการ ดังต่อไปนี้¹⁷

1. องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรนั้นจะต้องใช้อำนาจที่มีเนื้อหาเป็นอำนาจตุลาการ กล่าวคือ อำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างคู่กรณีที่สามารถเป็นเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองแทนรัฐ

2. คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด (res judicata) ไม่อาจถูกกลับหรือแก้ไขโดยองค์กรใดๆ ได้อีก แม้แต่ตัวองค์กรที่ได้ทำคำวินิจฉัยนั้นเอง กล่าวคือเมื่อได้อ่านคำวินิจฉัยนั้นให้คู่ความฟังแล้ว องค์กรผู้มีความวินิจฉัยจะรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาเพื่อมีคำวินิจฉัยใหม่ให้ผิดแผกแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยเดิมไม่ได้ เว้นแต่การแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อย หากคู่ความฝ่ายใดไม่พอใจคำวินิจฉัยนั้นมีสิทธิแต่เพียงอุทธรณ์คัดค้านคำวินิจฉัยนั้นต่อองค์กรอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าองค์กรที่มีคำวินิจฉัยเดิมและถ้าองค์กรสูงสุดได้อ่านคำวินิจฉัยว่าตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรให้คู่ความฟังแล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมเป็นที่สุดหรือเสร็จเด็ดขาด (Finality)

¹⁶ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

มาตรา 13 ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายทหาร หรือกฎหมายอื่นในทางอาญา ในคดีซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ในขณะที่กระทำความผิด และมีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

¹⁷ กนิษฐา เชี่ยววิทย์, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537) น. 2 – 4

3. องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรนั้น จะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลแห่งการบังคับบัญชาสั่งการขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นๆ หรือบุคคล เว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยชอบเท่านั้น

4. กระบวนการในการพิจารณาทำคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าว จะต้องเป็นไปโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ การพิจารณาคดีโดยลับเป็นเพียงข้อยกเว้นจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น และต้องเป็นกระบวนการที่ให้สิทธิแก่ผู้ที่มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายนำพยานหลักฐานใดๆ มาแสดงเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของตนและเพื่อให้องค์กรผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดสามารถที่จะเข้าถึงพยานหลักฐานซึ่งจะนำมาใช้ในการประเมินข้อเท็จจริงได้อย่างเต็มที่

ดังนั้น องค์กรของรัฐองค์กรใด หากไม่มีลักษณะข้อใดข้อหนึ่งดังกล่าวข้างต้นย่อมไม่ใช่องค์กรตุลาการ หรือศาลอย่างแท้จริง แม้กฎหมายหรือหนังสือราชการจะเรียกว่า “ศาล” ก็ตาม ในทางกลับกัน องค์กรของรัฐองค์กรใดมีลักษณะดังกล่าวครบถ้วน แม้กฎหมายหรือหนังสือราชการจะไม่เรียกว่า “ศาล” แต่ก็ยังเป็นศาลอย่างแท้จริง

1.2 ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางบริหาร

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่าการกระทำทางบริหารเป็นการกระทำให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดไว้ โดยฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจกระทำการทางบริหารนั้น แบ่งเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ คือ รัฐบาล ซึ่งเป็นผู้กำหนดนโยบาย และวางแนวทางในการปกครองประเทศเป็นเรื่องทางการเมือง กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เรียกว่า “การกระทำของรัฐบาล” และฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือนโยบายของรัฐบาล เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน การกระทำของฝ่ายปกครองกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดเรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” ซึ่งการกระทำทางบริหารทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้

1.2.1 การกระทำของรัฐบาล

การกระทำของรัฐบาลจะประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ

- (1) องค์การผู้กระทำ
- (2) ที่มาของอำนาจหรืออำนาจกระทำการ และ
- (3) ลักษณะของการกระทำ

(1) องค์การผู้กระทำ การกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำของรัฐที่นำลงโดยองค์การฝ่ายบริหารประเภทที่เรียกว่ารัฐบาล ซึ่งประเทศไทยมีระบบรัฐบาลแบบรัฐสภา มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี ทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน โดยรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา ในขณะที่พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจกระทำการต่างๆในทางบริหารตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และทรงมีพระราชอำนาจกระทำการต่างๆ ตามแบบพิธีทั้งนี้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยไม่ต้องทรงรับผิดชอบต่อทางการเมือง การกระทำใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับราชการแผ่นดิน ต้องมีรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการอันหมายความว่า รัฐมนตรีผู้นั้นเป็นผู้รับผิดชอบทางการเมืองแทนพระมหากษัตริย์ในการกระทำนั้นๆเอง ส่วนการกระทำอื่นๆ ก็ต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการทุกเรื่อง โดยพระมหากษัตริย์ไม่ต้องทรงรับผิดชอบต่อใดๆอันเป็นไปตามหลัก “พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) ดังนั้นรัฐบาลในรูปแบบที่เป็นระบบรัฐสภาของไทยจึงประกอบด้วย พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและ รัฐมนตรีแต่ละคน¹⁸

(2) ที่มาของอำนาจ องค์การฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายได้ 2 ระดับ คือ อาจเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรืออาจเป็นพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดก็ได้¹⁹ หากพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ถือว่าองค์การเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล การกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล แต่หากกระทำการโดยอาศัยพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใด ฉบับหนึ่ง ถือว่าองค์การเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง

¹⁸รายละเอียดโปรดดู ศาโรช โชติพันธุ์, “การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา,” น. 63 – 65.

¹⁹วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “คำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2,” น.19. (อัครา) อ้างไว้ใน ศาโรช โชติพันธุ์, “การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา,” น. 66.

(3) ลักษณะของการกระทำ องค์การฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล อาจกระทำได้ใน 2 ลักษณะ ถ้ากระทำที่มีลักษณะเป็นการเมือง (Political Action) หรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์การเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล การกระทำขององค์การเหล่านั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล²⁰ แต่หากกระทำที่มีลักษณะเป็นงานประจำ (Routine หรือ Affaire Courante) ถือว่าองค์การเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นองค์การฝ่ายปกครอง การกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำทางปกครอง

ตามที่ได้กล่าวมา การจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบทั้ง 3 ส่วน ควบคู่กันไป โดยต้องพิจารณาจากองค์ ผู้กระทำ เป็นลำดับแรก หากเป็นการกระทำโดยองค์การรัฐบาล (พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี) ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นเรื่องของการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการเมือง หรือเป็นการกระทำเชิงนโยบาย ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งเมื่อรัฐบาลตัดสินใจกระทำการลงไปแล้วต้องพร้อมที่จะรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา

1.2.2. การกระทำทางปกครอง

1.2.2.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งแสดงออกโดยผ่านทางบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้แทนของตนที่เรียกว่าองค์กรของรัฐ การแสดงเจตนาหรือการกระทำของบุคคลธรรมดาที่เป็นองค์กรของรัฐมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่ไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลธรรมดาที่ได้แสดงเจตนาหรือกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด ดังนั้น การกระทำของบุคคลธรรมดาที่มีได้ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐจึงเป็นการกระทำของเอกชน²¹

²⁰ เพ็ญฮ้าง, น. 67.

²¹ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 17, น. 60 – 61 . (กันยายน 2530)

อย่างไรก็ตาม การกระทำของบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐนั้น อาจแยกได้ 2 สถานะ คือ ในสถานะส่วนตัว และในสถานะที่เป็นองค์กรของรัฐ เฉพาะการกระทำในสถานะที่เป็นองค์กรของรัฐเท่านั้นที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ ส่วนการกระทำในสถานะส่วนตัวนั้นต้องถือว่าเป็นการกระทำของเอกชน

การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำในสถานะเป็นองค์กรของรัฐนั้น เราพิจารณาจากขอบวัตถุประสงค์ของรัฐ กล่าวคือ ถ้าหากบุคคลธรรมดากระทำการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาหรือคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมแล้ว ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ เพราะรัฐต้องใช้อำนาจของตนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม ด้วยเหตุนี้ถ้าบุคคลธรรมดา ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ กระทำการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนเองย่อมไม่ใช่เป็นการกระทำของรัฐ ในทางกฎหมายอาญาถือว่าเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เพราะเป็นการใช้อำนาจของรัฐโดยมิชอบ คดีลักษณะนี้จึงเป็นคดีอาญามีใช้คดีปกครอง

นอกจากนั้นการกระทำของรัฐที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำโดยองค์กรฝ่ายบริหารประเภทที่เรียกว่า “ องค์กรฝ่ายปกครอง ” เนื่องจากองค์กรฝ่ายบริหารนั้น แยกออกเป็น 2 ประเภท คือ องค์กรฝ่ายรัฐบาลและองค์กรฝ่ายปกครอง องค์กรฝ่ายรัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในทางนโยบายหรือในเรื่องการดำรงอยู่ของรัฐเป็นส่วนรวมเป็นกิจการในทางการเมือง โดยปกติแล้วเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า การกระทำของรัฐบาล ส่วนองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะโดยปฏิบัติตามกฎหมาย นโยบายและคำสั่งของรัฐบาล การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามปกติกระทำลงโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดกระทำการในสถานะที่เป็นฝ่ายปกครอง การกระทำต่างๆ เหล่านี้ เรียกว่า การกระทำทางปกครอง

กล่าวโดยสรุป การกระทำทางปกครอง คือ การกระทำของรัฐ ซึ่งกระทำลงโดยองค์กรบริหารประเภทองค์กรฝ่ายปกครอง²²

²² สมคิด เลิศไพฑูรย์ , รายงานการวิจัยเรื่องคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับคดีปกครอง , (สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541) น. 69.

1.2.2.2 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำของรัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้นในทางกฎหมาย สามารถแยกออกได้ 2 ลักษณะ คือ ในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) และในลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ²³ (Real Act)

การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือ เป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน

การกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการ เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น การรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างในकुครองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย การใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย หรือ เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด เป็นต้น ถือเป็นการกระทำที่เป็นปฏิบัติการทางปกครองหรือเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงมิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม

ลักษณะการกระทำทางปกครองทั้ง 2 ลักษณะดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเฉพาะการกระทำที่เป็นนิติกรรมเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์และไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมขึ้นได้ สำหรับปฏิบัติการทางปกครอง หรือการกระทำทางข้อเท็จจริงนั้นไม่มีปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์และไม่สมบูรณ์ เพราะการกระทำได้เกิดขึ้นจริงๆแล้ว ปฏิบัติการทางปกครองโดยทั่วไปแล้วเป็นการปฏิบัติการต่างๆ ไปของฝ่ายปกครอง ไม่ค่อยมีผลในทางปกครองเท่าใดนัก แต่หากเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชน ก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ปฏิบัติการในทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครองด้วยเหตุนี้ส่วนใหญ่จึงถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้น หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมเท่านั้นไม่รวมถึงการกระทำที่เป็นปฏิบัติการทางข้อเท็จจริงด้วย

นิติกรรมทางปกครอง เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครอง หรือเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น นิติกรรมทางปกครองเป็นข้อความคิดที่ถูกกำหนดขึ้น หรือจำกัดความของการกระทำทางปกครองให้ชัดเจนเพื่อคุ้มครองสิทธิของราษฎรทางศาล เพื่อป้องกันราษฎรให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง²⁴

²³ สมยศ เชื้อไทย, *เพ็ญอ้าง* น.61

²⁴ *เพ็ญอ้าง*, น. 66 – 69.

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้จำแนกการกระทำทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท²⁵ คือ นิติกรรมทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง โดยอธิบายว่า

นิติกรรมทางปกครองนั้นอาจให้คำนิยามว่าหมายถึง “การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หน่วยงานอื่นของรัฐ ในนามของหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่า ตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลคนนั้นหรือบุคคลคณะนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือบุคคลคณะนั้นไม่จำต้องให้ความยินยอม”²⁶

จากคำนิยามของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าการกระทำทางปกครองประเภทนี้มีลักษณะสำคัญ 4 ประการ²⁷ ดังต่อไปนี้

ก. นิติกรรมทางปกครอง เป็นการอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชน อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐในนามหน่วยงานดังกล่าว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล คนหนึ่ง หรือบุคคลคณะหนึ่ง (Expression of will หรือ Manifestation de la volonté) ดังนั้น การที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงไป โดยที่การกระทำนั้นมิได้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาใดๆ ให้ปรากฏต่อผู้ใดเลย จึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

ข. เจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนแสดงให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่ง หรือบุคคลคณะหนึ่งนั้น ต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้น จึงไม่รวมถึงการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชน ประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือขอความร่วมมือให้บุคคลใด บุคคลหนึ่ง หรือบุคคลคณะใดคณะหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และไม่รวมถึงการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐเตือนให้ผู้รับใบอนุญาต ประกอบ

²⁵วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 147

²⁶เพ็ญอ้าง, น. 147

²⁷เพ็ญอ้าง, น. 149 – 153.

กิจการหรือประกอบวิชาชีพยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาต เนื่องจากการกระทำเหล่านี้ที่จริงแล้วก็เป็นการแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งเหมือนกัน แต่เจตนาที่แสดงออกมานั้นมิใช่เจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

ก. ผลทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชน ประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนนั้นได้แก่ การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ซึ่งโดยปกติจะเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคล หรือคณะบุคคลที่รับการแสดงเจตนาที่ตนนั้นเอง

นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (Legal Relation) ก็คือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจหรือสิทธิที่จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง บุคคลฝ่ายแรกเรียกว่า “ผู้ทรงอำนาจ” หรือ “ผู้ทรงสิทธิ” แล้วแต่กรณี และบุคคลฝ่ายหลังเรียกว่า “ผู้มีหน้าที่” การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลจึงมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมานั้นเอง

ง. นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ฝ่ายหนึ่งกับบุคคลหรือคณะบุคคลอื่นอีกฝ่ายหนึ่งที่เกิดขึ้น และมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของแต่ละฝ่ายนั้นต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนแสดงออกมาเพียงฝ่ายเดียว โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมแต่อย่างใด “นิติกรรมทางปกครอง” จึงเป็น “นิติกรรมฝ่ายเดียว” เสมอ

อย่างไรก็ตาม มีนิติกรรมทางปกครองบางประเภทที่เอกชนต้องให้ความยินยอมก่อนหรือหลังการออกจึงจะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ เช่น ใบอนุญาตให้บุคคลกระทำการประกอบกิจการ หรือประกอบวิชาชีพจะมีผลบังคับโดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้รับใบอนุญาตได้ยื่นคำขอต่อองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกใบอนุญาตนั้น คำสั่งแต่งตั้งบุคคลเป็นข้าราชการ หรือเป็นกรรมการในคณะกรรมการต่างๆ จะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ที่ได้รับแต่งตั้งยอมรับการแต่งตั้งนั้น ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้ว นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับผู้รับใบอนุญาต หรือกับผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจะไม่เกิดขึ้น คำขอใบอนุญาตของผู้รับใบอนุญาตที่ดี การยอมรับการแต่งตั้งให้เป็นข้าราชการ หรือกรรมการของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งที่ดี คงมีลักษณะเป็นเพียงเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ หรือความมีผลบังคับของใบอนุญาต หรือคำสั่งแต่งตั้งเท่านั้น

ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การกระทำทางปกครองที่ไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง²⁸

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ กล่าวถึงการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองสรุปได้ว่า²⁹ ในทางวิชาการอาจจำแนกประเภทของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หลายรูปแบบ เช่น จำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง หรือจำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเป็นการทั่วไป และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเฉพาะราย ฯลฯ แต่การจำแนกที่น่าจะทำให้เห็นภาพของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองได้ดีกว่าการจำแนกอย่างอื่น ได้แก่ การจำแนกการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองออกเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงและการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย

การกระทำในทางข้อเท็จจริงโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จัดอยู่ในแดนของกฎหมายปกครอง เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (administrative real act; Realakt) นั้น เป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ หรือ คำสั่ง ให้นุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันในรูปของสัญญาทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง

ส่วนการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนกฎหมายปกครองนั้น อาจจำแนกแยกย่อยเป็นสองประเภทโดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายนั้นเองว่ามีผลภายในหรือภายนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือแยกออกเป็น การกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย ซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง

การกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการกำหนด

²⁸ เพ็ญอ้าง, น. 153

²⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) น.76-81

กฎเกณฑ์ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติเป็นการภายใน ซึ่งอาจเป็นการกำหนดวิธีปฏิบัติงาน วิธีการบริการประชาชนหรือกฎเกณฑ์อื่น การกำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งก่อให้เกิดผลภายในฝ่ายปกครองนั้น (เราอาจเรียกว่า “มาตรการภายในฝ่ายปกครอง”) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจอาจกระทำได้สองลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ กำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรม และกำหนดให้กฎเกณฑ์นั้นใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ทุกคนทุกประเภทในฝ่ายปกครองนั้นที่เราเรียกว่า “ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง” ประการหนึ่ง และกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและกำหนดให้กฎเกณฑ์นั้นใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่เฉพาะรายคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่เรารู้จักกันว่า “คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง” อีกประการหนึ่ง

การกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้อยู่ภายในฝ่ายปกครองนี้ ไม่ใช่เป็นเรื่องที่กระทบกับประชาชนทั่วไป แต่เป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองเอง ดังนั้น โดยปกติแล้วประชาชนจึงไม่มีสิทธิที่จะได้แย้งกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ภายในฝ่ายปกครองได้ อย่างไรก็ตามเมื่อฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ ขึ้นใช้บังคับแล้ว แม้กฎเกณฑ์นั้นจะเป็นกฎเกณฑ์ภายใน ฝ่ายปกครองก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้นนั้นด้วย

การกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครองที่มีความหมายและความสำคัญมากที่สุดจนอาจจัดให้เป็นศูนย์กลางของการศึกษาเรื่องการกระทำทางปกครองได้ คือ การกระทำที่มุ่งประสงค์ต่อผลในทางกฎหมายปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ให้มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง เหตุที่กล่าวว่ากระทำในลักษณะนี้มีความหมายและความสำคัญที่สุดก็เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบกับสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยตรง ซึ่งหมายความว่า โดยอาศัยการกระทำทางปกครองในลักษณะดังกล่าว ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดบังคับประชาชนได้ว่าประชาชนจะต้องปฏิบัติอย่างไร สามารถชี้สิทธิหน้าที่ของประชาชนได้ว่า มีอยู่หรือไม่ หรือมีอยู่ในลักษณะอย่างไร และโดยที่การกระทำดังกล่าวมีผลในทางกฎหมายกระทบกับประชาชนโดยตรงนี้เอง วิชากฎหมายปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งหลาย จึงมุ่งอธิบายการกระทำทางปกครองที่มุ่งผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครองเป็นหลัก

การกระทำในทางกฎหมาย ซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองดังกล่าว อาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ จำแนกออกเป็นการกระทำที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นนามธรรมมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป ได้แก่ “กฎ” ประเภทหนึ่ง และจำแนกออกเป็นการกระทำที่ก่อตั้ง

เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นรูปธรรมมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับ เฉพาะกรณีได้แก่ “คำสั่งทางปกครอง” และ “สัญญาทางปกครอง” อีกประเภทหนึ่ง

โดยสรุป ประเภทของการกระทำทางปกครองดังกล่าวข้างต้น นักวิชาการทางกฎหมายมหาชนมีการจำแนกไว้ต่างกันขึ้นอยู่กับว่าจะแบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง อย่างกลาง หรืออย่างแคบ สำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการกระทำทางปกครองในความหมายอย่างกลางอันได้แก่ ปฏิบัติการทางปกครอง กฎ และคำสั่งทางปกครอง

ก. ปฏิบัติการทางปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครองอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ การกระทำในทางกฎหมาย หรือ “นิติกรรม” และการกระทำในทาง “ปฏิบัติ” (*acte matériel*)

สำหรับการกระทำในทางปฏิบัติ นักวิชาการกฎหมายมหาชนของไทยได้มีการเรียกที่แตกต่างกัน บางท่านเรียกว่า “การกระทำในทางปฏิบัติการ” บางท่านเรียกว่า “การกระทำทางข้อเท็จจริง” บางท่านเรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” หรือบางท่านยังคงใช้ภาษาฝรั่งเศส “*acte matériel*” เป็นต้น แม้การกระทำประเภทนี้จะมิได้มีการให้ความหมายไว้อย่างชัดเจนแต่ก็มีความประสงค์อย่างเดียวกันที่จะแยกการกระทำประเภทนี้ออกจาก “การกระทำในทางกฎหมาย” โดยพิจารณาว่าการกระทำในทางปฏิบัติการมิได้มุ่งโดยตรงให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานการณ์ทางกฎหมายแต่อย่างใด

ปฏิบัติการทางปกครอง (*Realakt*) นั้น โดยทั่วไปแล้วการปฏิบัติการต่างๆไป ของฝ่ายปกครองไม่ค่อยมีผลในทางปกครองเท่าใดนัก แต่ถ้าหากเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชนก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเราเรียกว่า “ปฏิบัติการในทางปกครอง” หรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ปฏิบัติการในทางปกครอง เช่น การตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ซึ่งไม่มีผลอะไรกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง แต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีการกระทบสิทธิ เพราะฉะนั้นการปฏิบัติการในทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาทแต่อาจร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาได้³⁰

³⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) , น.36

ฝ่ายปกครองใช้การปฏิบัติการได้หลายวิธีและหลายรูปแบบ แต่โดยทั่วไปแล้ว การกระทำในทางปฏิบัติการจะผูกพันกับการสั่งการตามกฎหมายหรือคำสั่งในรูปใดรูปหนึ่ง เช่นการให้คำปรึกษาก่อนที่จะมีคำสั่ง หรือการปฏิบัติการภายหลังออกคำสั่ง เป็นต้น³¹

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ ได้อธิบายความหมายและลักษณะของปฏิบัติการทางปกครองไว้ว่า³² “ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การอันองค์การของรัฐฝ่ายปกครอง องค์การอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชน อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ ขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งของนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง อันที่จริงการให้คำนิยามของ “ปฏิบัติการทางปกครอง” เช่นนี้ผิดหลักตรรกวิทยายุมีใช้น้อย เพราะการที่เรานิยามของสิ่งหนึ่งสิ่งใดว่าไม่ใช่ของอีกสิ่งหนึ่ง เช่น นิยามช้างว่าคือสัตว์ที่ไม่ใช่ ม้า วัว อูฐ ฯลฯ ไม่ทำให้เรารู้จักช้างดีขึ้นเลยว่าในตัวของมันเองแล้วมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากสัตว์อื่นอย่างไรบ้าง อย่างไรก็ตามเนื่องจากปฏิบัติการทางปกครองมีหลากหลายมาก จนยากที่จะหาลักษณะร่วมของมันได้ ดังนั้น แม้จะผิดหลักตรรกวิทยา เราก็คงต้องยอมรับคำนิยามของปฏิบัติการทางปกครองในเชิงปฏิเสธ (negative definition) ที่ว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” คือ การกระทำทางปกครองทั้งหลายที่มีใช้นิติกรรมทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครองอาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครอง ขึ้นตอนใดขึ้นตอนหนึ่งก็ได้ เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนข้าราชการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง แจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการผู้นั้นทราบ และให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นแก้ข้อกล่าวหา การที่คณะกรรมการดังกล่าวเรียกพยานมาให้การ เรียกให้บุคคลส่งพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ ฯลฯ หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” ก็ได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้าง หรือดัดแปลงโดยฝ่าฝืนกฎหมายเมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้สั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารนั้นรื้อถอนแล้ว แต่ผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งรื้อถอน การที่เจ้าพนักงานจราจรรถที่จอดข้างถนนบริเวณที่มีเครื่องหมายห้ามจอดออกไปจากบริเวณดังกล่าว ซึ่งเป็นมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งห้ามจอดรถ”

³¹ พูนศักดิ์ ใสสารว , “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส” , วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 4 ตอน 2 (สิงหาคม 2528), น. 273

³² วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ , อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10 , น.153-154

ปฏิบัติการทางปกครองอาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลอื่นได้เหมือนกัน เช่น ปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้บุคคลใดเขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ย่อมเป็นการกระทำละเมิด และดังนั้นหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งหมายความว่าผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน และหน่วยงานดังกล่าวก็มีหน้าที่ที่จะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขา อย่างไรก็ตามจะสังเกตได้ว่าสิทธิของผู้เสียหายในอันที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐก็ดี หน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวที่จะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายก็ดี หาได้เกิดขึ้นจากแสดงเจตนาขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐไม่ หากแต่เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมายโดยตรง³³

ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้อธิบายการกระทำทางกายภาพ สรุปได้ว่า³⁴ การกระทำทางกายภาพ (Physical act) มิใช่การกระทำที่มุ่งต่อผลให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย (มิใช่นิติกรรม) แต่เป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากเหตุของข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแคร์ ได้อธิบายความหมายของคำว่า “acte matériel” ไว้โดยย่อในเชิงยกตัวอย่างว่า “acte matériel” ได้แก่ การดำเนินการต่างๆ และกระบวนการหรือขั้นตอนในการปฏิบัติงาน เช่น การสอบสวนหาข้อมูลหรือข้อเท็จจริง การประเมินราคา การให้ของหรือให้บริการ³⁵ เป็นต้น

การปฏิบัติการทางปกครองนั้น เป็นการกระทำทางปกครองที่มีได้มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายดังเช่นนิติกรรมทางปกครอง หรือการกระทำที่มีผลทางกฎหมายประการอื่นตัวอย่างของการปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การอธิบายหรือสื่อความหมาย การเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร การเตือน การรายงาน การให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ การปฏิบัติการตามหน้าที่ของฝ่ายปกครองตามปกติ การชำระเงิน การเดินทางโดยรถยนต์ของทางราชการ การทำความสะอาดถนน

³³ เพิ่งอ้าง , น. 153-154

³⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จีรรัชการพิมพ์, 2540) , น.154

³⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสรี , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2541), น.23

การก่อสร้างอาคารของฝ่ายปกครอง แม้ว่าการปฏิบัติการทางปกครองจะมีได้มุ่งก่อผลทางกฎหมายก็ตาม แต่การกระทำนั้นก็ต้องยึดหลักความชอบด้วยกฎหมาย และต้องกระทำให้ถูกต้องและไม่ขัดต่อกฎหมาย มิเช่นนั้นอาจเกิดความรับผิดในทางละเมิดทางปกครองได้ หลักการกระทำโดยมีเหตุอันสมควร (reasonableness or proportionality) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปนั้น มีความสำคัญอย่างมากกับการปฏิบัติการทางปกครอง ผลของการปฏิบัติการทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายมิได้นำไปสู่การฟ้องเพิกถอนการกระทำ แต่จะเป็นการฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระงับการกระทำ และให้ผู้เสียหายคืนสู่ฐานะเดิมโดยได้รับชดเชยความเสียหาย³⁶

จากลักษณะของปฏิบัติการทางปกครองดังกล่าวข้างต้น นักวิชาการด้านนิติศาสตร์ได้จัดแบ่งประเภทของปฏิบัติการทางปกครองไว้แตกต่างกัน ดังนี้

การกระทำทางกายภาพอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี³⁷ คือ

(1) มีกฎหมายให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง แต่ไม่มีการปฏิบัติตาม ถ้าเจ้าหน้าที่เห็นว่ามีความสำคัญที่จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเข้าไปปฏิบัติการเอง และเรียกค่าใช้จ่ายจากผู้ฝ่าฝืน เช่น มีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ผิดกฎหมาย ถ้าเจ้าของอาคารไม่ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่สามารถจัดหาคนเข้าไปดำเนินการรื้อถอนเองอันเป็นการกระทำทางกายภาพ

(2) ไม่มีกฎหมายให้อำนาจแต่เจ้าหน้าที่กระทำการไปเอง ทั้งนี้ เพราะรัฐเป็นองค์กรทางปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลจึงต้องมีบุคคลธรรมดา อันได้แก่ บรรดาเจ้าหน้าที่ต่างๆ เป็นผู้ดำเนินการ การเคลื่อนไหวทางกายภาพต่างๆ จึงเป็นเรื่องปกติ เช่น การสร้างเขื่อน การทำถนน การทำคลองส่งน้ำ

การกระทำทางกายภาพแยกออกเป็นอีก 2 ชนิด คือ

(1) การสื่อความหมาย เช่น การให้ข้อมูลข่าวสาร การปิดป้ายเตือน และ

(2) การกระทำจริงๆ ได้แก่ การชำระเงิน การเดินทางโดยรถราชการ การสร้างถนน หรือการสร้างสถานที่ราชการ

³⁶ Mahendra P. Singh., German Administrative Law in Common Law Perspective, (Springer-Veria Berlin Heidellberg, 1985) pp. 57-58 อ้างไว้ในไพรัช โตสวัสดิ์, การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครอง, น. 31

³⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.154

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ยกตัวอย่างการกระทำในทางข้อเท็จจริงหรือที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” ว่าเป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ ได้แก่³⁸

- การออกประกาศเตือนประชาชนให้ระวังอันตรายจากสารตะกั่วที่ปนเปื้อนในอาหารบางอย่าง

- การแจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลที่ถูกสอบสวนความผิดวินัยได้รับทราบ

- การใช้กำลังทางกายภาพ เช่น การขมวดขมวดที่จอดในที่ห้ามจอดไปไว้ที่สถานีตำรวจ การใช้กำลังเข้ารื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย การใช้กำลังขับไล่บุคคลที่อยู่อาศัยในบริเวณป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ออกไปจากเขตป่าสงวน เป็นต้น

การกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการ³⁹ เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น

- เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถบรรทุกที่จอดในที่ห้ามจอด

- การรื้อสิ่งปลูกสร้างในคูคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย

- การใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำผิดกฎหมาย

โดยถือว่าการกระทำที่เป็นปฏิบัติการทางปกครองหรือการกระทำทางข้อเท็จจริง มิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม

ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การกระทำทางปกครองที่ไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง แยกได้เป็น 2 ประเภท⁴⁰ คือ

1. ปฏิบัติการทางกายภาพ เช่น การซ้อมรบ การดับเพลิง การจับผู้ร้าย

2. ปฏิบัติการที่ใช้สติปัญญา เช่น การสอนหนังสือ การทำวิจัย การทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

³⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.77

³⁹ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น.61

⁴⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2,” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2537 อ้างไว้ใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, น.21.

จากการศึกษาแนวความคิดของนักวิชาการกฎหมายมหาชนต่างๆ แล้ว พอสรุปสาระสำคัญของปฏิบัติการทางปกครองได้ดังนี้

ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งที่ไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองแต่เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ (Real Act) ซึ่งเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง กล่าวคือ เป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้มุ่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครอง แต่เป็นการกระทำในลักษณะปฏิบัติการตามหน้าที่ตามปกติเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง โดยทั่วไปแล้วการกระทำในทางปฏิบัติการจะผูกพันกับการสั่งการตามกฎหมายหรือคำสั่งในรูปใดรูปหนึ่ง หรืออาจจะเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครอง ขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง ปฏิบัติการทางปกครองอาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กับบุคคลอื่นได้ เช่น ปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย แก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่ดี ย่อมเป็นการทำละเมิด

ข. กฎ

กฎ เป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ซึ่งมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

นิติกรรมทางปกครองนั้นในความหมายอย่างกว้างอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎ กับ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองของหลายๆ ประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐกรีซ ใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในความหมายนี้ แต่ในระบบกฎหมายปกครองบางประเทศ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” จะหมายถึงเฉพาะ “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น จะไม่หมายความรวมถึง “กฎ” ด้วย สำหรับประเทศไทยเองนั้นยังไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดให้นิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้เลย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ก็บัญญัติแต่คำนิยามของ “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้เท่านั้น⁴¹ โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 วรรคสี่ ได้นิยามคำว่า “กฎ” ไว้ดังนี้

⁴¹วราพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น.162-163

“ กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ”

จากคำนิยามของ “ กฎ ” ตามกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า “ กฎ ” เป็นบทบัญญัติหรือข้อความในข้อๆ ในเอกสารที่เรียกว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ เป็นข้อความที่กำหนดบังคับให้บุคคลโดยทั่วไป ไม่ใช่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีทั่วไป ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือสรุปสั้นๆ ได้ว่า กฎคือบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ตามแม้คำว่า “ กฎ ” จะได้บัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็น่าจะมีคำอธิบายลักษณะของกฎอย่างครบถ้วนเป็นเพียงการอธิบายความหมายของกฎไว้ลักษณะเดียว คือ กฎในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปเท่านั้น ซึ่งในทางวิชาการแล้วได้มีการอธิบายคำว่า “ กฎ ” ไว้ 2 ลักษณะ⁴² คือ

1. ลักษณะของการมีผลใช้บังคับของกฎ

การอธิบายคำว่า “ กฎ ” ตามลักษณะของการมีผลใช้บังคับนี้ คือ สิ่งใดก็ตามที่จะมีฐานะเป็นกฎได้นั้น จะต้องเป็นข้อความที่มีลักษณะเป็นการกำหนดบังคับให้บุคคลโดยทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เช่น ห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีทั่วไปไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้นกฎในความหมายนี้จึงหมายถึงบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้นการจำแนก “ กฎ ” ในลักษณะนี้จึงมีสาระสำคัญ 2 ประการ⁴³ คือ

⁴²สุเจตน์ สถาพรนันท์ “การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545) น.27 – 28.

⁴³วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10 , น.155-156

1.1 บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ผู้เยาว์ ข้าราชการพลเรือน ฯลฯ ดังนั้นเราจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำได้เลย

1.2 กรณีบุคคล ซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม (abstract) เช่น ทุกวันจันทร์ ทุกวันที่ 1 ของเดือน ฯลฯ ทุกครั้งที่มีการกระทำที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการ จดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการซ้ำๆ ซากๆ

2. ลักษณะของที่มาของอำนาจในการออกกฎ

การอธิบายคำว่า “กฎ” จากที่มาของอำนาจในการออกกฎนี้ เป็นการอธิบายที่มีรากฐานทางทฤษฎีมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ หรือข้อบังคับทางกฎหมายในเรื่องที่เกินกว่าความสามารถขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติจะกระทำได้จึงจำเป็นต้องมอบอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่ได้มอบอำนาจให้ภายในขอบเขตจำกัดตามกรอบทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติกล่าวคือ กฎเกณฑ์ หรือข้อบังคับทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ จะได้รับมอบโดยผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ จึงจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บทอันเป็นที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุนี้จึงเรียก “กฎ” ตามลักษณะที่มาของอำนาจในการออกกฎนี้ว่า “กฎหมายลำดับรอง” ดังนั้นสิ่งใดก็ตามที่จะมีฐานะเป็นกฎหรือกฎหมายลำดับรองได้นั้นจะต้องประกอบด้วย ลักษณะสำคัญ 4 ประการ⁴⁴ คือ

2.1 กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง จึงทำให้กฎหมายลำดับรองถูกเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “Delegated Legislation” ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายลำดับรองจะต้องมีแหล่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กฎหมายลำดับรองจะมีแหล่งที่มา

⁴⁴ ตูเจตน์ สถาพรนานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 42*, น.27-28

จากกฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อที่จะทำการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือให้ผลประโยชน์ในด้านใดก็ตาม

2.2 กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ลักษณะข้อนี้ทำให้ตรากฎหมายปกครองของต่างประเทศบางเล่มเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎหมายเสริมกฎหมายแม่บท” (Subsidiary Legislation) โดยกฎหมายแม่บทจะวางหลักการกว้างๆ แล้วมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติแต่ละฉบับนั้นไม่มีผลบังคับในตัวเองทุกมาตรา บทบัญญัติบางมาตราจำเป็นต้องมีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ตราใดที่ยังไม่มีรายละเอียดปลีกย่อยออกมา กฎหมายมาตรานั้นก็จะยังใช้บังคับไม่ได้

2.3 กฎหมายลำดับรอง มีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติจึงขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลใช้บังคับจึงทำให้มีการเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “อนุบัญญัติ” (Subordinate Legislation)

2.4 การตรากฎหมายลำดับรอง จะต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองไปทำการตรากฎหมายลำดับรองแทน องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียเอง เช่น การจัดเก็บภาษีอากร การกำหนดโทษในทางอาญา เป็นต้น

ดังนั้น การจะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็น “กฎ” หรือไม่นั้นจึงอาจพิจารณาได้จากลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดใน สองลักษณะดังกล่าวข้างต้นก็คือลักษณะของการมีผลใช้บังคับของกฎหรือลักษณะของที่มาของอำนาจในการออกกฎนั่นเอง

ค. คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ซึ่งมีผลโดยตรงออกสู่ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะราย เฉพาะกรณี ซึ่งแต่เดิมประเทศไทยมีการใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” และคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ในความหมายเดียวกัน หรือใกล้เคียงกันขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลจะตีความคำว่า “นิติ

กรรมทางปกครอง” ในความหมายอย่างกว้าง หรืออย่างแคบ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ แต่ปัญหาดังกล่าวได้เกิดความชัดเจนขึ้น เมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 5 วรรคสาม ดังนี้

“คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย อุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”⁴⁵

ข้อความในบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสาม (1) ข้างต้นที่ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว... แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ” คือ คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ส่วนข้อความที่ว่า “...เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน...” เป็นแต่เพียงการให้ตัวอย่างของ “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น⁴⁶

⁴⁵องค์กรฝ่ายปกครองได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีของ
 - (1) สั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 - (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 - (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

2. การให้ หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

⁴⁶วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10 น.157

จากคำนิยามข้างต้นที่ว่าคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ดังนั้น การสั่งการซึ่งได้แก่ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หากข้อความเหล่านั้นมีผลบังคับแก่กรณีใดและ/หรือ แก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะก็เป็น “คำสั่งทางปกครอง”

ความหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองในลักษณะที่เป็นรูปธรรมฝ่ายเดียวที่มีผลในทางกฎหมายเป็นการตั้งกฎเกณฑ์ หรือนิติสัมพันธ์ ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะกรณีที่มีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ดังนั้นจึงอาจแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 5 ประการ⁴⁷ ดังนี้

1. คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่

เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย แต่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่ได้มีความหมายแค่ว่า หมายถึง เฉพาะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นบุคลากรในภาครัฐเท่านั้น แต่ยังรวมถึงเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้ใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการ หรือจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทด้วย เช่น เอกชนที่ได้รับมอบหมายจากกรมการขนส่งทางบกให้เป็นผู้ตรวจสภาพรถยนต์ และออกใบรับรองว่ารถยนต์อยู่ในสภาพที่สมบูรณ์ หรือองค์กรวิชาชีพออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น สถาปนิก ความ แพทยสภา เป็นต้น โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองอาจจะอยู่ในรูปแบบที่เป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคลก็ได้

2. คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย

การใช้อำนาจตามกฎหมาย เป็นองค์ประกอบหนึ่งของคำสั่งทางปกครองในการใช้อำนาจรัฐซึ่งจะต้องเป็นการใช้อำนาจปกครองเท่านั้น ไม่ใช่การใช้อำนาจรัฐบาล หรืออำนาจนิติบัญญัติ หรืออำนาจตุลาการ โดยเป็นการที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้ใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายเดียวกระทำการภายในขอบอำนาจหน้าที่ เพื่อแสดงออกซึ่งเจตนาของตนให้ปรากฏต่อบุคคลภายนอก โดยการทำคำสั่งทางปกครองอาจเป็นการแสดงออกด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือการแสดงกริยาท่าทางให้ปรากฏโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เช่น การทำสัญญาณมือของตำรวจจราจร เป็นต้น

⁴⁷วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.111-123

3. ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนด กฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลโดยการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับ ซึ่งมี ผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เป็น องค์ประกอบหนึ่งของคำสั่งทางปกครองในแง่ของวัตถุประสงค์ โดยเป็นการแสดงเจตนาของ เจ้าหน้าที่ที่มุ่งผลในทางกฎหมายในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคล

4. การมีผลเป็นการเฉพาะกรณี

คำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่มีผลเฉพาะกรณี เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมให้มีผลกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่ม หนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้

5. การมีผลโดยตรงภายนอกฝ่ายปกครอง

การมีผลโดยตรงภายนอกฝ่ายปกครอง เป็นองค์ประกอบหนึ่งของคำสั่งทางปกครองใน แง่การเกิดผลในระบบกฎหมาย จากคำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ว่ามีผลเป็นการสร้างนิติ สัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลนั้น จะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลผูกพันกับผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นปัจเจกชนภายนอกฝ่ายปกครองเท่านั้น หากเป็นคำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกมาเพื่อบังคับ เจ้าหน้าที่ภายในองค์กรแล้วจะเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งจะมีผลผูกพันเฉพาะเจ้าหน้าที่ ภายในองค์กรฝ่ายปกครองนั้นๆ เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือข้าราชการนั้นมีความสัมพันธ์กับรัฐใน 2 ฐานะ คือ ฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐซึ่งไม่มีสิทธิและหน้าที่ของตัวเองเพราะเป็นเพียงเครื่องมือใน การแสดงเจตนาของรัฐ ความสัมพันธ์ในฐานะนี้ไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองแต่เป็นเรื่องการ ปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการ และในฐานะที่เป็นเอกชนซึ่งมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับรัฐ ในฐานะนี้ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ขั้นพื้นฐานระหว่างบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ หรือ ข้าราชการกับรัฐ ความสัมพันธ์ในฐานะนี้จัดเป็นนิติกรรมทางปกครองเพราะเป็นความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐกับเอกชน⁴⁸

⁴⁸ สมยศ เชื้อไทย , อ้าวแล้ว เชิงอรรถ ที่ 21 , น.69

1.3 การควบคุมการกระทำทางปกครอง

ฝ่ายปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับประชาชนมากที่สุด เพราะฝ่ายปกครองมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ และการที่ฝ่ายปกครองจะสามารถดำเนินการกิจตามวัตถุประสงค์ได้จำเป็นจะต้องใช้อำนาจเหนือประชาชน การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งระบบกฎหมายปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญสองหลักได้แก่ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ

1.3.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายจะมีผลในทางปฏิบัติก็โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ⁴⁹ คือ

- ก. หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย
- ข. หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

ก. หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครอง

⁴⁹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.21-28

ต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอะไรไม่ได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

ถึงแม้หลัก “ การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ” จะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวไม่ได้มีเนื้อหาเลยไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้น หากองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย การกำหนดผลดังกล่าวถือเป็นเรื่องนิติบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นประจักษ์ชัดอยู่ในตัวว่า หากระบบกฎหมายต้องการให้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีผลบังคับแล้ว ระบบกฎหมายนั้น ๆ จะต้องกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวไว้ด้วย

ข. หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น แต่หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ

ตามหลักประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 2 และ 3⁵⁰ ต้องถือว่ารัฐสภาซึ่งสมาชิกได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจเรื่องสำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของราษฎร ทั้งนี้ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ราษฎร ด้วยเหตุนี้หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภาจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองไม่ได้

หลักนิติรัฐ แม้คำว่า “นิติรัฐ” จะไม่ปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่หากพิจารณามาตรา 29⁵¹ ให้ดีจะพบว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ อย่างชัดเจนยิ่งกว่ารัฐธรรมนูญฉบับใดๆ ก่อนหน้านี้ หลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้เพื่อที่ประชาชนจะได้คาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะทำการใดๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปดังกล่าวจะกำหนดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้เว้นแต่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียด ซึ่งอยู่ในกรอบที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าในรูปกฎหมาย หรือได้รับมอบอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้ประชาชนรู้ล่วงหน้าแล้ว

หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เราอาจให้เหตุผลการยอมรับหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ได้จากหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมวด 3 ซึ่งว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย จะพบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนเป็นหลัก โดยเปิดโอกาสให้รัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดหรือล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้น องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกระทำ

⁵⁰ มาตรา 2 บัญญัติว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

มาตรา 3 บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

⁵¹ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

การล่งล่าแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจดังกล่าวไว้ให้

1.3.2 หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลนั้นเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำทางปกครอง มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้น เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือไม่ให้ใช้การกระทำนั้นบังคับแก่กรณีของตน และ/หรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน แล้วแต่กรณี

ในบรรดาระบบการควบคุมการกระทำทางปกครอง อาจกล่าวได้ว่าการควบคุม โดยองค์กรตุลาการเป็นระบบการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนดีที่สุด ซึ่งตามหลักนิติรัฐเรียกร้องการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการที่มีความอิสระ ทั้งนี้เหตุผลที่สนับสนุนว่าระบบการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลให้หลักประกันแก่ประชาชนได้ดีกว่าการควบคุมในระบบอื่นๆ นั้นมีเหตุผลสนับสนุน ดังนี้⁵²

- องค์กรตุลาการ หรือศาลมีหลักประกันความเป็นอิสระของศาลในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้ศาลวินิจฉัยคดี โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใดๆ
- เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณา และพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาคดีพิพากษาคดีไม่ได้ ราษฎรจึงได้รับหลักประกันว่าทุกข์หรือความเดือดร้อนของตนหากมีอยู่จริงจะได้รับการจัดปัดเป่าภายในเวลาอันสมควร
- วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน และหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่
- ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การที่ให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยข้อพิพาทไปทางใดทางหนึ่ง ให้ปรากฏแก่คู่ความ และสาธารณชนโดยทั่วไป ย่อมเป็นหลักประกันว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจ

⁵²วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538) น.65-71.

