

บทที่ 1

แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง

1.1 หลักการพื้นฐานว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง

1.1.1 แนวความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐ

รัฐซึ่งเป็น รัฐเสรีประชาธิปไตย นั้นจะยึดหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม (The rule of law) หรือหลักการปกครองรัฐโดยกฎหมายไม่ใช่การปกครองโดยมนุษย์ หลักนิติรัฐจึงเป็นการปกครองโดยกฎหมายที่ซึ่งต้องมีที่มาจากประชาชน ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ดังนั้นในการใช้กฎหมายรัฐต้องใช้กฎหมายที่สามารถเชื่อมโยงมาจากประชาชน หรือต้องเป็นกฎหมายที่ตัวแทนของประชาชนเป็นผู้บัญญัติไว้ รัฐที่เป็นนิติรัฐต้องเป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์กับประชาชนและให้หลักประกันแก่สถานะของบุคคลภายใต้ระบบกฎหมาย ซึ่งจะผูกการกระทำของรัฐด้วยกฎเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งจะกำหนดสิทธิของประชาชน แต่อีกส่วนหนึ่งจะกำหนดไว้ล่วงหน้าถึงหนทางและวิธีการที่จะนำมาใช้เพื่อบรรลุจุดประสงค์ในการปกครองรัฐ¹ ลักษณะเฉพาะของหลักนิติรัฐอีกกรณีหนึ่งที่ชัดเจนก็คือ ในการปฏิบัติต่อผู้ได้ปกครองหรือฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการใดๆ จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ในขณะนั้น โดยที่รัฐหรือฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ นอกจากกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจกระทำมิได้ และการใช้อำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครองนั้นจะต้องสามารถถูกตรวจสอบและควบคุมได้ ดังนั้นหลักนิติรัฐจึงต้องประกอบไปด้วยหลักการที่สำคัญหลายประการ กล่าวคือ

1.1.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

การปกครองในระบบประชาธิปไตยการที่รัฐจะใช้อำนาจอธิปไตย รัฐไม่สามารถใช้อำนาจอย่างอำนาจอธิปไตยได้ โดยตามหลักของกฎหมายรัฐธรรมนูญ มีหลักการสำคัญที่เรียกว่า หลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตย(The Separation of Power) วัตถุประสงค์คือ การแยกอำนาจ

¹ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 58.

ของรัฐในทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ให้องค์กรต่างๆที่เป็นอิสระต่อกันเป็นผู้ใช้อำนาจ และไม่ให้องค์กรใดใช้อำนาจทุกอำนาจ

ได้แต่เพียงองค์กรเดียวแต่ให้แยกอำนาจออกใช้แต่ละส่วน เพื่อคอยเหนี่ยวรั้งและคอยคานอำนาจกันไว้²

การแยกใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐนี้ มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้กล่าวไว้ตั้งแต่อดีตที่ผ่านมา เช่น

อริสโตเติล นักปราชญ์ชาวกรีก เป็นนักปราชญ์คนแรกที่เฝ้าพยายามจัดแบ่งองค์กรของรัฐบาล โดยได้เขียนไว้ในหนังสือ “Politics” ว่า รัฐมีองค์ประกอบสามประการ คือ

1. องค์ประกอบที่ดำเนินกิจการสาธารณะ อริสโตเติลเห็นว่า องค์กรนี้เป็นองค์กรที่สำคัญที่สุด และอยู่เหนือ องค์ประกอบอีก 2 ประการ

2. องค์ประกอบเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ อริสโตเติล อธิบายว่า เป็นอำนาจที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่และการแบ่งแยกหน่วยงาน การจัดตั้งหน่วยงานของรัฐ การกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและการแต่งตั้งหน่วยงานของรัฐ โดยอำนาจนี้เป็นอำนาจในการกำหนดนโยบาย และออกคำสั่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีและการป้องกันประเทศ

3. องค์ประกอบที่เกี่ยวกับอำนาจตุลาการ เป็นอำนาจที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษา และกำหนดเขตอำนาจของศาล

บุนเฟนดอร์ฟ นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมนี ได้กล่าวไว้ในหนังสือ “De jure nature et gentium libri octo” ปี ค.ศ. 1672 โดยแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 7 ส่วน คือ 1. อำนาจนิตินิติบัญญัติ 2. อำนาจลงโทษทางอาญา 3. อำนาจทำสงครามและอำนาจสงบศึก 4. อำนาจทำสนธิสัญญา 5. อำนาจแต่งตั้งข้าราชการ 6. อำนาจเก็บภาษีอากร 7. อำนาจจัดการศึกษา

จอห์น ล็อก นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ ได้อธิบายไว้ในหนังสือ “Second Treatise of Civil Government” ปี ค.ศ. 1690 โดยได้แบ่งแยกอำนาจเป็น 3 อย่าง คือ

1. อำนาจนิตินิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ได้แก่ ชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินมีความสำคัญที่สุด

2. อำนาจบริหาร อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยการลงโทษผู้ฝ่าฝืนนั้น

² ประยูร กาญจนดุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 20.

3.อำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนทูต

โดย จอห์น ล็อก เห็นว่า อำนาจนิตินิติบัญญัติเป็นอำนาจที่มีความสำคัญที่สุด ส่วนอำนาจบริหารเป็นอำนาจที่มีความสำคัญน้อยกว่าอำนาจนิตินิติบัญญัติ แต่เป็นอำนาจที่ขาดมิได้

มงเตสกีเออ ชาวฝรั่งเศส เป็นนักปราชญ์ผู้ที่สามารถอธิบายการแบ่งแยกอำนาจได้ชัดเจนที่สุดในหนังสือ “De L’ Esprit des Lois” ปี ค.ศ. 1748 ว่าด้วยเจตนารมณ์ตามกฎหมาย

มงเตสกีเออ³ได้อธิบายว่า “ในแต่ละประเทศมีอำนาจอยู่สามอย่าง คือ อำนาจนิตินิติบัญญัติ (Puissance legislative) อำนาจปฏิบัติการ (Puissance executives) เกี่ยวกับสิ่งที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายมหาชน และอำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกฎหมายแพ่ง

ด้วยอำนาจประการแรกกษัตริย์ หรือเจ้าหน้าที่ผู้จัดทำกฎหมายเพื่อใช้บังคับชั่วคราวเวลาหนึ่งหรือตลอดไป รวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายที่ตราไว้ อำนาจประการที่สอง ใช้เพื่อสงบศึกสงคราม ส่งและรับทูต รักษาความมั่นคงและป้องกันการรุกราน และอำนาจประการที่สาม ใช้เพื่อลงโทษในการกระทำผิดอาญา หรือตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชน(Puissance de juger)

ถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์กรที่ปกครององค์กรเดียวกัน รวมอำนาจนิตินิติบัญญัติและอำนาจปฏิบัติการไว้ในมือ เสรีภาพจะมีไม่ได้เลย ทั้งนี้เพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่ากษัตริย์หรือสภาจะสร้างกฎหมายที่ทารุณขึ้นและบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างทารุณได้ เสรีภาพย่อมมีไม่ได้เช่นเดียวกันถ้าอำนาจที่ตัดสินคดีไม่ได้แยกออกจากอำนาจนิตินิติบัญญัติและอำนาจปฏิบัติการ ถ้าใช้อำนาจตัดสินคดีรวมกับอำนาจนิตินิติบัญญัติ อำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของพลเมือง ก็จะเป็นไปตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจเพราะตุลาการเป็นผู้บัญญัติกฎหมายเอง ถ้าใช้อำนาจตัดสินคดีรวมกับอำนาจปฏิบัติการ ตุลาการก็จะมีอำนาจกดขี่ได้เต็มที่”

จากคำอธิบายของมงเตสกีเออจึงสามารถสรุปหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ว่า⁴ อำนาจนิตินิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการควรจะมีองค์กรที่ใช้อำนาจแต่ละอย่างโดยเฉพาะแยกจากกัน ไม่ควรมอบให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจหลายๆอย่างรวมกันเพราะจะทำให้มีอำนาจมากเกินไป ซึ่งจะเป็นอันตรายต่อเสรีภาพทางการเมืองของพลเมือง การแยกใช้อำนาจแต่

³ โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น. 140.

⁴ ประยูร กาญจนดุล, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 2, น.23.

ละอย่างจะเป็นการช่วยปกป้องและให้หลักประกันแก่พลเมืองมิให้ถูกย่ำยี เสรีภาพทางการเมือง และเป็นวิธีที่จะทำให้ผู้ใช้อำนาจแต่ละส่วนมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต

อย่างไรก็ตาม ตามหลักการแบ่งแยกของมงเตสกีเออ การแบ่งแยกอำนาจมิได้หมายความว่าเฉพาะการแยกใช้อำนาจขององค์กรทั้งสามองค์กร ที่ต้องแยกอำนาจหน้าที่แต่ละองค์กรให้มีอำนาจหน้าที่เป็นของตนเองโดยแต่ละอำนาจเป็นอิสระไม่ปะปนกับอีกอำนาจหนึ่ง ซึ่งอาจจะเป็นการเข้าใจผิดไปจากวัตถุประสงค์เดิมของมงเตสกีเออ ที่มุ่งแต่เพียงที่ให้อำนาจนั้นต้องสามารถตรวจสอบและคานอำนาจกันได้เท่านั้น

ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเออ จึงไม่ได้มุ่งที่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการโดยเด็ดขาด หากแต่ยินยอมให้องค์กรฝ่ายต่างๆ ใช้อำนาจอื่นบ้างเท่าที่จะไม่เป็นการรวมอำนาจมากกว่าหนึ่งหรือสองอำนาจ จนอาจทำให้การแบ่งแยกอำนาจเพื่อคานและดุลอำนาจกันต้องเสียไป ฉะนั้นการที่องค์กรมีอำนาจมากกว่าหนึ่งอำนาจทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการปะปนกันบ้าง ก็ได้หมายความว่า เป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจ เว้นแต่องค์กรเหล่านี้มิและใช้อำนาจโดยไม่มีองค์กรอื่นคอยเหนี่ยวรั้ง หรือคานอำนาจกันจนใช้อำนาจเกินขอบเขต⁵

1.1.1.2 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคลและสิทธิในความเสมอภาค สิทธิทั้งสองดังกล่าวนี้เป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายต่างยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล ในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองตามความประสงค์ของตน รัฐจึงต้องเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ และเสรีภาพของปัจเจกชนจะมีผลใช้บังคับได้จริงนั้นจึงได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายที่จะให้อำนาจแต่ละอำนาจสามารถที่จะควบคุม ตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ นอกจากนี้ยังมีหลักการอีกหลาย

⁵ ถาวร เกียรติทับทิว, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), น. 83.

ประการที่ให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบบทบัตินิติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักประกันการใช้สิทธิทางศาล หลักนี้คือหลักที่เป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกชน เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากมิได้ให้สิทธิแก่ปัจเจกชนในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมและตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

1.1.1.3 หลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หลักการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็นหลักหลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ

ก. หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

หลักการดังกล่าวหมายความว่า องค์กรของรัฐจะกระทำการใดๆที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งหลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นการเชื่อมโยงกับหลักประชาธิปไตยทางผู้แทน กล่าวคือการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันกับตัวบทกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิ หรือจะจำกัดสิทธิประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายในเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญโดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนก่อน หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นการเชื่อมโยงกันระหว่างหลักประชาธิปไตยโดยผ่านทางผู้แทน การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อดัชนีบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติที่มีพื้นฐานมาจากประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบสิทธิ หรือจำกัดสิทธิของบุคคลนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญโดยผ่านความเห็น

เห็นชอบของประชาชน ดังนั้นการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน⁶

หลักความชอบด้วยกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 หลักการย่อย คือ

1. หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปของบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐและของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักการนี้เป็นการเรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำทางปกครอง หรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่มิได้ หากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2. หลักเงื่อนไขของกฎหมาย หลักนี้เรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิของบุคคลนั้น หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้ การกระทำของฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว

ข. หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการหลักการ

ดังกล่าวหมายความว่า เอกชนคนใดที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครอง ซึ่งตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือมิให้ใช้กรณีนั้นบังคับแก่ตน หรือให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตน⁷ แล้วแต่กรณี ฝ่ายปกครองต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาคโดยใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จะบังคับใช้ได้จริงก็ต่อเมื่อมีระบบที่มีการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งมี 3 รูปแบบ

1. ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเรียกว่าความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ กล่าวคือ เป็นความผูกพันที่จะต้องไม่พิจารณาให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งบุคคลมีสิทธิ

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.26.

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น.56.

เรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับเรื่องนั้น

2. ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกันโดยบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติของกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริง ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีหนึ่งก็ตาม

3. ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆทั้งสิ้น

การควบคุมของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการนี้ขึ้นอยู่กับระบบของกฎหมายของแต่ละประเทศว่าในการควบคุมโดยองค์กรตุลาการนั้นจะเป็นระบบที่ใช้ศาลเดียวกันแบบศาลเดียว หรือหลายศาลแบบระบบศาลคู่ ที่มีศาลปกครองที่ทำหน้าที่เฉพาะในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

1.1.2 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการกระทำของรัฐ

ในการใช้อำนาจของรัฐ รัฐไม่สามารถที่จะใช้อำนาจในการกระทำต่างๆได้ด้วยตนเองเนื่องจากรัฐมิได้มีชีวิตจิตใจเหมือนกับบุคคลธรรมดา รัฐจึงต้องมีบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ กล่าวคือ เป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐแทนรัฐและเป็นในนามของรัฐโดยบุคคลที่ใช้อำนาจแทนรัฐนั้น เรียกว่า องค์กรของรัฐ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว รัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยมีการกระจายอำนาจออกเป็น การกระทำทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ กล่าวคือ เป็นการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจมิให้มารวมกันอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง ดังนั้น อำนาจที่รัฐจะต้องกระทำเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์รวมทั้งองค์กรของรัฐมีอยู่อีกหลายองค์กรที่ต้องใช้อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจข้างต้น รัฐจึงมีการกระทำในลักษณะต่างๆ ซึ่งรัฐจะสามารถกระทำในรูปของการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางบริหารและการกระทำทางตุลาการนั่นเอง

1.1.2.1 การกระทำทางนิติบัญญัติ

การกระทำทางนิติบัญญัติคือการกระทำตามอำนาจหน้าที่หนึ่งของรัฐ หมาย คือ การออกข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์โดยรัฐ กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงว่าจะใช้กับบุคคลใด บุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

การที่จะพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวนั้น เป็นการกระทำทางนิติบัญญัติหรือไม่นั้น หากพิจารณาหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรแล้ว ก็ต้องถือว่า อำนาจที่องค์กรนิติบัญญัติทำ ถือเป็น การกระทำทางนิติบัญญัติ แต่ถ้าพิจารณาในแง่ของเนื้อหาสาระแล้วนั้น ต้องพิจารณาในเนื้อหา สาระของการกระทำว่า เป็นการออกข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ทุกอย่างที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ ที่เป็นการทั่วไปไม่บังคับใช้เป็นการเฉพาะกับบุคคลใดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำในลักษณะ ดังกล่าวการกระทำนั้นก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ ดังนั้นหากพิจารณาในแง่ ของเนื้อหาสาระแล้ว องค์กรฝ่ายปกครอง ก็สามารถที่จะมี การกระทำทางนิติบัญญัติได้เช่นกัน เช่น การออกกฎหมายพระราชกำหนดโดยฝ่ายบริหาร⁸

รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ได้กำหนดให้การกระทำทางนิติบัญญัติเป็นหน้าที่ของ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยที่กฎหมายที่ตราบังคับใช้กับประชาชนนั้นต้องมีลักษณะกฎเกณฑ์ เป็นการทั่วไปเป็นนามธรรม กล่าวคือเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนและใช้บังคับเป็น การถาวร มิใช่เป็นคำสั่งเฉพาะรายหรือมาตรการที่มีลักษณะเฉพาะเป็นรูปธรรมที่ใช้บังคับเป็น ครั้งคราวแล้วก็สิ้นผลไป การที่ทำให้กฎหมายมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ทำให้บุคคลมีความ เสมอภาคภายใต้กฎหมายและทำให้การปกครองโดยกฎหมายไม่กลายเป็นการปกครองโดยผู้ ออกกฎหมาย เพราะผู้ออกกฎหมายจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ ทั่วไปเช่นเดียวกับบุคคลอื่นทั่วไป กฎหมายจึงอยู่เหนือบุคคลทุกคนแม้ผู้ออกกฎหมาย

ในระบอบประชาธิปไตยนั้น การใช้อำนาจของรัฐในลักษณะตรากฎเกณฑ์และการออก คำสั่งเฉพาะรายแตกต่างกันในเรื่องของหลักการ⁹ จึงมีหลักการในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ กำหนดให้องค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ตรากฎเกณฑ์ทั่วไปแยกจากองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่นำ กฎเกณฑ์ทั่วไปไปบังคับกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย คือ แยกองค์กรนิติบัญญัติออกจากองค์กร บริหารแต่อย่างไรก็ตามในกระบวนการบัญญัติกฎหมายนั้น นอกจากองค์กรนิติบัญญัติซึ่งมีส่วน

⁸ โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.84.

⁹ สมยศ เชื้อไทย, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 204.

โดยตรงในการตรากฎหมาย แต่ก็ใช้ว่าจะมีแต่องค์กรนิติบัญญัติเท่านั้นที่จะสามารถบัญญัติกฎหมายได้เท่านั้น

องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ สภานิติบัญญัติ หมายถึง สถาบันที่มีหน้าที่ในการสร้างกฎหมาย อาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศโดยอาจใช้คำว่า รัฐสภา หรือ สภานิติบัญญัติ ในต่างประเทศ ประเทศอังกฤษเรียกว่า Parliament ประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Congress ทั้งนี้ สภานิติบัญญัติหรือรัฐสภานั้น อาจมีสภาเดียวหรือสองสภาก็ได้ ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศว่าจะกำหนดไว้อย่างไร

กระบวนการนิติบัญญัติเมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีขั้นตอนแยกได้ 4 ขั้นตอน คือ (1) การเสนอร่างกฎหมาย (2) การพิจารณาลงมติให้เป็นกฎหมาย (3) การลงนามประกาศใช้กฎหมาย (4) การโฆษณาการบังคับใช้กฎหมาย

ในขั้นตอนต่างๆ เหล่านี้ใช้ว่าองค์กรนิติบัญญัติจะเป็นผู้ทำหน้าที่ไปเสียเองทั้งหมด ในบางขั้นตอนเช่น การเสนอร่างกฎหมายยังมีองค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีทำหน้าที่มาร่วมใช้สิทธิกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วย ส่วนในขั้นตอนของการเห็นชอบร่างกฎหมาย พระมหากษัตริย์ก็ทรงเข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนนี้ด้วย อำนาจเด็ดขาดของสภานั้นก็จะอยู่ที่ขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมาย

(1) การเสนอร่างกฎหมาย ผู้มีสิทธิเสนอร่างกฎหมายตามรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้สิทธิแก่สมาชิกสภานิติบัญญัติซึ่งอาจจะกำหนดให้สมาชิกแต่ละคนเสนอหรือเสนอเป็นกลุ่มก็ได้ ตามรัฐธรรมนูญไทยนิยมนำกำหนดให้สิทธิแก่สมาชิกเป็นกลุ่มเข้าชื่อกันเสนอกฎหมาย ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550¹⁰ กำหนดให้สิทธิแก่กลุ่มสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า ๒๐ คน ในประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภายังให้สิทธิแก่ฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างกฎหมายด้วย เพราะฝ่ายบริหารจะต้องอาศัยกฎหมายในการนำนโยบายไปปฏิบัติ จึงเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะให้ฝ่ายบริหารเข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนเสนอกฎหมาย และในทางปฏิบัติร่างกฎหมายส่วนใหญ่ก็มาจากการเสนอของฝ่ายบริหารทั้งสิ้นนอกจากนั้นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ยังให้ศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กร และกฎหมายที่ประธานศาลและประธานองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการ นอกจากนี้ยังกำหนดให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งจำนวนหนึ่งหมื่นคนมีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ด้วย ในกรณีมิใช่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 142

(2) การพิจารณาลงมติให้เป็นกฎหมาย ขั้นตอนนี้ดำเนินการโดยสมาชิกขององค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น โดยปกติจะแบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 ขั้นตอน คือขั้นตอนที่ 1 หรือวาระที่ 1 จะพิจารณาในแง่หลักการและเหตุผลที่จะออกกฎหมาย ขั้นตอนที่ 2 หรือวาระที่ 2 จะพิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมาย โดยปกติจะตั้งกลุ่มสมาชิกกลุ่มหนึ่งซึ่งเรียกว่า คณะกรรมาธิการของสภานิติบัญญัติเป็นผู้พิจารณารายละเอียดก่อนนำเข้าพิจารณาในที่ประชุมใหญ่ของสภา คณะกรรมาธิการนี้อาจมีผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกเข้าร่วมก็ได้ ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณาร่างกฎหมายเป็นไปอย่างรอบคอบ ส่วนขั้นตอนที่ 3 หรือวาระที่ 3 เป็นขั้นตอนของการลงมติให้ความเห็นชอบ ปกติจะพิจารณาในที่ประชุมใหญ่ ในวาระนี้จะไม่มีการอภิปรายแสดงความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมายฉบับนั้นอีกแล้วแต่จะให้มีการลงคะแนนเสียงอย่างเดียว

(3) การตราและการโฆษณาประกาศใช้ ขั้นตอนนี้ในบางประเทศแยกเป็น 2 ขั้นตอน คือการตรา หมายถึงการลงนามเป็นคำสั่งประกาศใช้บังคับแก่ประชาชน โดยปกติจะกระทำโดยประมุขแห่งรัฐซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร และขั้นตอนที่สอง คือการนำโฆษณาให้ประชาชนได้ทราบซึ่งจะมีผลเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ใช้บังคับประชาชนได้ ในประเทศไทยกำหนดให้โฆษณาในหนังสือทางราชการที่เรียกว่า ราชกิจจานุเบกษา ซึ่งจัดพิมพ์โดยสำนักนายกรัฐมนตรี ขั้นตอนนี้ดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร

เมื่อพิจารณากระบวนการนิติบัญญัติกฎหมายทั้งหมดจะเห็นได้ว่าฝ่ายบริหารเข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนที่ 1 และ 3 แต่ในขั้นตอนที่ 2 ซึ่งเป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายโดยตรงดำเนินการโดยฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายเดียว มีข้อสังเกตว่าตามหลักการแบ่งแยกอำนาจการบัญญัติกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ แต่ตามรัฐธรรมนูญของหลายประเทศก็ยินยอมให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นซึ่งถือว่าเป็นกรณียกเว้นเท่านั้น

ในรัฐธรรมนูญไทยส่วนใหญ่ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายมีค่าบังคับเท่ากับกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติที่เรียกว่า พระราชกำหนด ได้ใน 2 กรณี คือกรณีแรกเป็นกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วนเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศหรือความปลอดภัยสาธารณะหรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ และในกรณีที่สองในระหว่างสมัยประชุมของสภามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน พระราชกำหนดนั้นเป็นกฎหมายใช้บังคับได้ชั่วคราวหลังจากนั้นต้องนำมาเสนอให้สภานิติบัญญัติพิจารณาให้ความเห็นชอบจึงจะใช้บังคับต่อไปได้

นอกจากนั้นยังมีกรณีที่ต้องพิจารณาว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายบริหารไปบัญญัติกฎหมายกำหนดรายละเอียดหรือเทคนิควิธีการนำกฎหมายไปใช้บังคับเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ทราบในรายละเอียด เทคนิคทางปฏิบัติ กฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเหล่านี้เรียกว่ากฎหมายลำดับรอง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ เป็นต้น กฎหมายลำดับรองเหล่านี้จะไปขัดกับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติได้แก่พระราชกำหนดมิได้ หรือจะออกในลักษณะนอกขอบอำนาจ ก็ไม่ได้เช่นกัน

การออกกฎหมายลำดับรองจะกระทำได้เมื่อมีกฎหมายแม่บทซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาให้อำนาจไว้ มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายลำดับรองจะมีเนื้อหาขัดหรือแย้งพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดซึ่งเป็นแม่บทให้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองมิได้ เพราะกฎหมายลำดับรองนั้นฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจให้ไปออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในรายละเอียดเท่านั้น

(2) กฎหมายลำดับรองจะมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นซึ่งมิได้เป็นแม่บทแต่มีลำดับชั้นสูงกว่า เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือรัฐธรรมนูญมิได้

(3) อำนาจตรากฎหมายลำดับรองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นไม่รวมถึงอำนาจกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองด้วย เว้นแต่กฎหมายแม่บทจะได้อำนาจกำหนดโทษไว้แล้ว นอกจากนี้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองไม่รวมถึงอำนาจในการกำหนดอัตราภาษีอากรด้วย เว้นแต่กฎหมายแม่บทจะกำหนดไว้ชัดเจนว่ามีอำนาจจึงจะกระทำได้

นอกจากกฎหมายลำดับรองแล้วยังมีกฎหมายท้องถิ่น ซึ่งออกโดยองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองให้ประชาชนในแต่ละท้องถิ่นมีอำนาจปกครองตนเองในขอบเขตที่รัฐสภากำหนดไว้ในกฎหมาย ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ว่ามีอำนาจหน้าที่ดำเนินการในเรื่องอะไรบ้าง เช่น ในเรื่องการรักษาความสะอาด การจัดการศึกษา เป็นต้น สภาพขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นๆ ย่อมมีอำนาจออกกฎหมายได้ แต่กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้เฉพาะประชาชนที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตหรือพื้นที่องค์กรนั้นมีอำนาจเหนือเท่านั้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายที่จัดตั้งองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นจึงเปรียบเสมือนเป็นธรรมนูญขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง กฎหมายท้องถิ่น เช่น เทศบัญญัติจึงคล้ายกับพระราชบัญญัติ เพราะสภาท้องถิ่นมีอำนาจวางหลักการในเรื่องหรือกิจการที่อยู่ในขอบอำนาจได้ เพียงแต่มีความแตกต่างในเรื่องของขนาดของพื้นที่และกลุ่มคนที่แคบกว่าคือใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องที่เป็นประโยชน์ต่อคนในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งเท่านั้น ไม่เหมือน

พระราชบัญญัติที่มีอำนาจบังคับทั่วราชอาณาจักร ส่วนกฎหมายลำดับรองถึงแม้จะใช้บังคับในขอบเขตทั่วประเทศแต่ก็ไม่มีอำนาจกำหนดหลักการเช่นกฎหมายท้องถิ่นได้

ในเรื่องการบัญญัติกฎหมายมีข้อสังเกตว่า ถึงแม้ฝ่ายบริหารจะเข้ามามีส่วนร่วมอยู่บ้างในบางขั้นตอนแต่ก็มีใช้ส่วนที่เป็นสาระสำคัญในการบัญญัติกฎหมาย และถึงแม้ว่าฝ่ายบริหารจะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายในบางกรณีแต่ก็อยู่ในลักษณะเป็นข้อยกเว้น เช่นพระราชกำหนดฝ่ายบริหารจะต้องตราต่อเมื่อเข้ากฎเกณฑ์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ในขณะที่เดียวกันก็มีลักษณะเป็นกฎหมายชั่วคราวซึ่งจะต้องนำมาให้สภานิติบัญญัติให้ความเห็นชอบในที่สุด ในส่วนของกฎหมายลำดับรองต้องออกภายในขอบเขตที่ได้รับมอบอำนาจ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ารัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัตินั้นเป็นองค์กรนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

โดยสรุป การกระทำทางนิติบัญญัติในกระบวนการนิติบัญญัติ คือ การใช้อำนาจดุลพินิจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ในการพิจารณาร่างกฎหมายพระราชบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งอาจจำแนกขั้นตอนได้เป็น¹¹

(1) การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในชั้นของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวก็จะแบ่งออกเป็น 3 วาระ

วาระที่ 1 การใช้ดุลพินิจว่าจะรับหลักการหรือไม่

วาระที่ 2 การพิจารณาของสภาหลังจากที่คณะกรรมการได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติเสร็จแล้ว

วาระที่ 3 คือการลงมติว่าจะเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัตินั้นหรือไม่

การพิจารณาทั้งสามวาระดังกล่าวเรียกว่า เป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ เรียกได้ว่าเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ เพราะเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

(2) การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในชั้นของวุฒิสภา

การพิจารณาในลำดับชั้นของวุฒิสภาเป็นขั้นตอนในลำดับต่อมาจากลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ขั้นตอนต่อไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ต่อไป คือ การพิจารณาของวุฒิสภา มีขั้นตอนแบ่งออกเป็น 3 วาระ เช่นเดียวกับการพิจารณาโดยสภาผู้แทนราษฎร โดยที่การพิจารณาในวาระที่สามของวุฒิสภาเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติในชั้น

¹¹ สาโรช โชติพันธุ์, "การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541) น.99.

สุดท้าย หรือในการยืนยันร่างของสภาผู้แทนราษฎรในกรณีที่ย่างถูกยับยั้งและกลับมาที่สภาผู้แทนราษฎรอีกครั้งหนึ่ง ส่วนขั้นตอนต่อไปที่ดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติแล้ว

1.1.2.2 การกระทำทางบริหาร

การกระทำทางบริหาร เป็นการกระทำที่ยากจะหาคำจำกัดความได้ว่าการกระทำทางบริหารนั้นเป็นการกระทำใดบ้าง แต่เมื่อพิจารณาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วนั้นก็เห็นได้ว่าสามารถอธิบายในเชิงปฏิเสธได้ว่าการกระทำทางบริหารนั้น คือ การบริหารราชการแผ่นดินใดที่ไม่เข้าลักษณะเป็น นิติบัญญัติ และ ตุลาการ แล้วถือว่าเป็นการบริหารราชการแผ่นดินทั้งสิ้น¹² กล่าวคือ การกระทำทางบริหารนั้นต้องมีใช่ การกระทำทางนิติบัญญัติ หรือการกระทำทางตุลาการ

ภารกิจในทางบริหารนั้นมีขอบเขตกว้างขวาง ครอบคลุมในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และความเป็นอยู่ของประชาชนทั้งหมดซึ่งการกระทำทางบริหารนั้นสามารถพิจารณาออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง และ การกระทำทางรัฐบาล

ก. การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองทางปกครองนั้น คือ การกระทำที่กระทำเพื่อสนองความต้องการของประชาชน ในการให้บริการสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะนั้น ได้แก่ การดำเนินการทางด้านการ บริการเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน การรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน หรือการดำเนินการในด้านการพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจ เช่น การดำเนินการเพื่อความสะอาดสุขสบายของประชาชน ได้แก่ การดำเนินการด้านสาธารณสุข ปลอดภัย การสาธารณสุข การศึกษา ในด้านเศรษฐกิจก็เช่น การดำเนินการของรัฐในการเข้าควบคุมและส่งเสริมการลงทุนในด้านเศรษฐกิจต่างๆ ทำให้กิจการของรัฐต่างๆมีมากมายและทำให้การกระทำทางปกครองนั้นยุ่งยากซับซ้อนมากขึ้น

การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง เป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง การแสดงออกต้องแสดงออกผ่านทางบุคคลธรรมดาที่เป็นตัวแทนของรัฐ ที่เรียกว่า เป็น องค์การของ

¹² หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 เรียงมาตราและคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, (กรุงเทพมหานคร: บ้างสาส์น, 2511), น. 864.

รัฐ การแสดงเจตนาของบุคคลที่เป็นบุคคลของรัฐมีผลผูกพันในทางกฎหมาย แต่ไม่มีผลผูกพันบุคคลที่ได้แสดงเจตนาหรือกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด

การกระทำทางปกครองนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเจ้าหน้าที่ต้องผูกพันกับกฎหมายในการดำเนินการ ซึ่งมีผลในทางกฎหมายปกครอง 2 ประการคือ¹³

1). องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะทำหน้าที่ในลักษณะจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชน องค์กรเจ้าหน้าที่นั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐในระบอบประชาธิปไตย

2). องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งหรือกำหนดมาตรการให้ชัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้ ต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย กล่าวคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองนั้นสามารถเริ่มกระทำการต่างๆ เพื่อให้บรรลุภารกิจ แต่ต้องไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งเรียกว่าหลัก กฎหมายสูงสุด ในกรณีนี้กฎหมายเป็นกรอบของการกระทำทางปกครอง ไม่ได้กำหนดเนื้อหาตั้งเช่นกรณีตามหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

ข. การกระทำทางรัฐบาล

การกระทำต่างๆ ขององค์กรฝ่ายบริหาร มิได้มีแหล่งที่มา จากกฎหมายลำดับชั้นเดียวกันเสมอ บางกรณีองค์กรฝ่ายบริหารใช้อำนาจหน้าที่จากแหล่งที่มาที่มาจาก กฎหมายพระราชบัญญัติหรือมีผลบังคับใช้เทียบเท่าพระราชบัญญัติ บางกรณีก็มีที่มาของอำนาจที่ใช้กระทำการมาจากรัฐธรรมนูญ องค์กรฝ่ายปกครองก็กระทำการในฐานะที่เป็น รัฐบาล ต่างหากจากการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

การกระทำขององค์กรที่เรียกว่ารัฐบาล ว่าการกระทำทางรัฐบาล(acte de gouvernement) กล่าวคือ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจทางการเมือง ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการดำรงอยู่ หรือเพื่อ ความปลอดภัยของรัฐ ความมั่นคงของรัฐ เช่น การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา นโยบายต่างๆในการบริหารประเทศ รวมทั้งการดำเนินการระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเกี่ยวกับการบริหารประเทศ เมื่อพิจารณา

¹³ สมยศ เชื้อไทย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 192.

เกี่ยวกับกิจการเหล่านี้แล้ว เป็นการใช้อำนาจทางการเมือง การบริหารที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

การกระทำทางรัฐบาล สามารถพิจารณาได้จากองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ(1) องค์กรผู้กระทำ (2) ที่มาของอำนาจ (3) ลักษณะของการกระทำ¹⁴

(1) องค์กรผู้กระทำ

การกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำของรัฐที่ทำลงโดยองค์กรฝ่ายบริหาร ประเภทที่เรียกว่า รัฐบาล องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่า รัฐบาล อาจจะพิจารณาตามรูปแบบของการปกครองแบบประชาธิปไตยต่างรูปแบบกันออกไป แล้วแต่ว่าประเทศใดจะจัดรูปแบบขององค์กรฝ่ายบริหารในรูปแบบใด ซึ่ง ปรากฏอยู่ 3 รูปแบบ คือ รูปแบบของรัฐบาลตามระบบรัฐสภาที่อาจมีพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดี เป็นประมุขของรัฐ โดยที่ประมุขไม่ต้องรับผิดชอบต่อสภา รูปแบบรัฐบาลตามระบบประธานาธิบดี ระบบนี้ไม่มีนายกรัฐมนตรี ดังนั้นประธานาธิบดีจึงทำหน้าที่ทั้งประมุขของรัฐและหัวหน้าฝ่ายบริหาร และประธานาธิบดีรับผิดชอบทางการเมืองต่อประชาชนโดยตรง ไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา และรูปแบบระบบกึ่งประธานาธิบดี ระบบนี้มีประธานาธิบดีเป็นประมุข และมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายรัฐบาลโดยได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี และบริหารราชการแผ่นดินโดยรับผิดชอบต่อสภา

ประเทศไทยมีรูปแบบระบบรัฐบาลแบบรัฐสภา มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารหรือปกครองประเทศ โดยรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจกระทำกาต่างๆในทางการบริหารตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และมีอำนาจกระทำการต่างๆตามแบบพิธี โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อทางการเมือง หมายความว่าในการกระทำใดๆอันเกี่ยวเนื่องการบริหารราชการแผ่นดิน ต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และรับผิดชอบทางการเมืองแทนพระมหากษัตริย์ในการกระทำนั้นๆเอง

(2) ที่มาของอำนาจ

องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล หากกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล ต้องกระทำการโดยต้องอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ หากกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็จะเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลได้นั้นต้องเป็นการกระทำที่ต้อง

¹⁴ สาโรช โชติพันธุ์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.59.

อาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจขององค์กรรัฐบาลโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ

(3) ลักษณะของการกระทำ

องค์กรฝ่ายบริหาร ถ้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการกระทำทางการเมืองหรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล กล่าวคือการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำในเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อเลือกตัดสินใจในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นนโยบายทั่วไป หรือนโยบายในทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา

ดังนั้นในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้นต้องพิจารณาองค์ประกอบทั้ง 3 องค์ประกอบควบคู่กันไป ทั้งองค์ผู้กระทำ ที่มาของอำนาจที่ต้องเป็นอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ และลักษณะของการกระทำควบคู่กันไป

1.1.2.3 การกระทำทางตุลาการ

การกระทำทางตุลาการคือการใช้อำนาจในทางตุลาการที่รัฐธรรมนูญ มอบหมายให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งมีลักษณะการนำเอากฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี

ในการที่จะพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตุลาการหรือไม่นั้น อาจใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

(1) การใช้องค์กรผู้ก่อให้เกิดการกระทำเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

องค์กรตุลาการมีความใกล้เคียงองค์กรทางปกครอง แต่ทั้ง 2 องค์กรนั้นมีระบบกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับนิติกรรมของทั้ง 2 องค์กรที่มีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาหรือการอุทธรณ์ คำสั่งหรือคำวินิจฉัยขององค์กรนั้นจะเป็นที่สุด การแยกแยะในบางกรณีนั้นสามารถทำได้ยาก เนื่องจากองค์กรเดียวกันในบางกรณีอาจดำเนินการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง แต่ในบางกรณีอาจดำเนินการในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการ เกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตุลาการหรือไม่นั้นอาจใช้เกณฑ์หลายเกณฑ์มาพิจารณาประกอบกัน เช่น ใช้เกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นขึ้นมา ว่ามีความมุ่งหมายจะให้องค์กรนั้นมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้มีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดหรือไม่ เนื่องจากลักษณะของการกระทำตุลาการแตกต่างจากการกระทำในกรณีอื่นๆ คือการกระทำทางตุลาการจะมีลักษณะเป็นเด็ดขาดเป็นที่สุด หรืออาจจะพิจารณาจากโครงสร้างและวิธี

พิจารณา ซึ่งองค์การตุลาการมักจะมีวิธีพิจารณาที่แตกต่างจากการกระทำขององค์กรอื่น เช่น ไต่แย้งของคู่ความ การนำสืบพยานหลักฐาน เป็นต้น ดังนั้นองค์กรใดมีวิธีพิจารณาดังกล่าวย่อมเป็นองค์การตุลาการ และมีการกระทำขององค์กรนั้นเป็นการกระทำทางตุลาการ¹⁵

(2) การใช้เนื้อหาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

หากพิจารณาในเนื้อหาแล้ว การกระทำทางตุลาการก็จะมีลักษณะเป็น การกระทำที่มีผลเป็นการเฉพาะราย แตกต่างจาก การกระทำทางนิติบัญญัติที่มีผลเป็นการกระทำที่มีผลเป็นการทั่วไป ซึ่งลักษณะดังกล่าวการกระทำทางตุลาการก็ยังคงมีความใกล้เคียงกับการกระทำทางปกครองซึ่งมีลักษณะที่ผลเป็นเป็นการเฉพาะราย จึงทำให้การแบ่งแยกการกระทำทางตุลาการ ออกจากการกระทำทางปกครองต้องใช้เกณฑ์อื่นช่วยในการแบ่งแยกด้วย กล่าวคือ ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็น การกระทำทางตุลาการ จะใช้หลักที่ว่าการกระทำนั้นเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เป็นสำคัญหรือไม่

แม้ว่าการกระทำทางปกครองและการกระทำทางตุลาการนั้นจะมีความคล้ายคลึงกันมากในแง่ที่ว่า เป็นการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีเฉพาะรายด้วยกันก็ตาม แต่ก็มีความแตกต่างกันในแง่ของวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการหรือความจำเป็นต่างๆ ของสาธารณชน แต่การกระทำทางตุลาการ มีวัตถุประสงค์แต่เพียงอย่างเดียว คือ รักษาความสงบเรียบร้อยโดยการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทระหว่างคู่ความโดยการลงโทษผู้กระทำ ความผิดตามกฎหมาย ในเมื่อวัตถุประสงค์ของการกระทำทั้งสองมีความต่างกัน สถานภาพของกฎหมายของนิติกรรมทั้งสองประเภทย่อมจะแตกต่างกันด้วย กล่าวคือ การกระทำทางปกครองมุ่งที่จะตอบสนองความต้องการของสาธารณชนในชีวิตประจำวัน จึงจำเป็นต้องมีความยืดหยุ่นหรือความอ่อนตัวมากโดยสามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลงเพื่อให้อุปกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดเวลา แต่การกระทำทางตุลาการ นั้นต้องการความชัดเจนแน่นอนเมื่อมีการวินิจฉัยคดีจนถึงที่สุดแล้ว ก็ต้องยุติไปตามนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้องค์กรตุลาการจึงอำนาจที่มีลักษณะเป็นอำนาจที่เด็ดขาดเป็นที่สุดที่เรียกว่า “la force de la chose jugée” หรือ “res judicata” ด้วยเหตุนี้เองการกระทำทางตุลาการ จึงมีความแตกต่างจากการกระทำทางปกครอง¹⁶

¹⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “นิติกรรมทางตุลาการ”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 9, ตอน 1 (เมษายน 2533), น. 150.

¹⁶ โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 85.

โดยสรุปแล้ว การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางตุลาการหรือไม่ก็น่าจะต้องใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวประกอบกัน กล่าวคือ ควรจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำขององค์กรที่มีลักษณะขององค์กรที่มีลักษณะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หรือข้อโต้แย้งที่ใช้กฎหมายเป็นหลัก ตามวิธีพิจารณาที่เป็นลักษณะเฉพาะและเป็นประโยชน์แก่คู่ความ และคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นเป็นที่สุดและเด็ดขาด หรือไม่

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจรัฐธรรมนูญที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจะบัญญัติให้แยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในการกระทำทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของการกระทำทางนิติบัญญัติและทางบริหาร ซึ่งเรียกว่า การใช้อำนาจอธิปไตยทางการเมืองอย่างเคร่งครัดกล่าวคือ

รัฐธรรมนูญมอบหมายให้องค์กรตุลาการหรือศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยพิจารณาพิพากษาคดีแต่เพียงผู้เดียว ไม่เปิดโอกาสให้องค์กรอื่นใดใช้อำนาจร่วมกันกับศาล ในด้านกลับกัน ศาลก็ต้องจำกัดตนเองอยู่เฉพาะแต่การใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น รัฐธรรมนูญไม่เปิดโอกาสให้ศาลร่วมใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารกับองค์กรอื่น

บุคคลผู้เป็นผู้พิพากษาและตุลาการจะดำรงตำแหน่งสมาชิกขององค์กรอื่น เช่น เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสมาชิก รัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่ปกครองในเวลาเดียวกันไม่ได้ การที่แยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารและนิติบัญญัติอย่างเคร่งครัดนี้ ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาล ทำให้ศาลอยู่ในวิสัยที่จะพิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากอคติลำเอียง และไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม¹⁷

อย่างไรก็ตามไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีศาลกี่ระบบก็ตาม แต่หากองค์กรผู้ใช้อำนาจนั้นไม่มีลักษณะขององค์กรตุลาการแล้วก็ไม่อาจถือว่าเป็นองค์กรตุลาการไปได้ ข้อพิจารณาขององค์กรตุลาการจะต้องมีองค์ประกอบทั้งหมด 4 ประการ ดังต่อไปนี้¹⁸

1. องค์กรนั้นจะต้องใช้อำนาจที่มีเนื้อหาเป็นอำนาจตุลาการ กล่าวคือ อำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 59.

¹⁸ กนิษฐา เขียววิทย์, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 2-4.

2. คำวินิจฉัยต้องมีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด (res judicata) ไม่อาจถูกกลับหรือแก้ไขโดยองค์กรใดได้อีก แม้แต่ตัวองค์กรที่ทำคำวินิจฉัยนั้นเอง เว้นแต่การแก้ไขข้อผิดพลาด เล็กน้อย หากคู่ความไม่พอใจคำวินิจฉัยก็มีสิทธิแต่เพียงอุทธรณ์ต่อองค์กรที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า องค์กรที่มีคำวินิจฉัยเดิมและถ้าองค์กรสูงสุดได้อ่านคำวินิจฉัยว่าคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิตามกฎหมายอย่างไรแล้วก็ถือว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นที่สุดหรือเด็ดขาด

3. องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลแห่งการบังคับบัญชาสั่งการของบุคคลหรือองค์กรอื่น เว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยชอบ

4. กระบวนการในการพิจารณาทำคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าว ต้องเป็นไปโดยเปิดเผย การพิจารณาโดยลับเป็นเพียงข้อยกเว้นเฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายต้องมีโอกาสนำพยานหลักฐานมาแสดงเพื่อปกป้องประโยชน์ของตนเองเพื่อให้องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดเข้าถึงพยานหลักฐานซึ่งจะนำมาวินิจฉัยชี้ขาดได้

ดังนั้น องค์กรใดที่เข้าลักษณะข้างต้นก็มีลักษณะเป็นองค์กรศาลหรือองค์กรตุลาการอย่างแท้จริง แต่ถ้าองค์กรใดแม้เรียกว่าเป็นองค์กรตุลาการ แต่ลักษณะขององค์กรไม่มีลักษณะที่กล่าวข้างต้นก็ไม่ถือว่าองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรศาล

1.2 ข้อพิจารณาว่าด้วยข้อพิพาททางปกครอง

กฎหมายปกครอง นั้น มีผู้ให้ความหมายของกฎหมายปกครองอยู่อย่างหลากหลาย เช่น กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะ และความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองของรัฐต่อกันและประชาชน จุดที่น่าสนใจและเป็นปัญหาทางทฤษฎี ส่วนแรกคือ การแบ่งแยกระหว่างฝ่ายปกครองและฝ่ายการเมือง ซึ่งในหลายกรณี ผู้ดำรงตำแหน่งอาจมีสองฐานะได้ เช่น รัฐมนตรีในฝ่ายการเมือง และในฐานะผู้บังคับบัญชาระดับสูงของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาตามมาว่า ถ้าเป็นฝ่ายการเมือง ก็เป็นเรื่องของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นฝ่ายปกครอง ก็เป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง กล่าวคือ เมื่อใดรัฐมนตรีกระทำการอันเป็นเรื่อง การกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะมีระบบควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือวิธีอื่น แล้ว ก็ต้องถือว่าเป็นรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายการเมือง แต่เมื่อใดที่รัฐมนตรีกระทำการนิติกรรมทางปกครองอันเป็นการใช้อำนาจในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงนั้นๆ ก็ต้องถือว่าเป็นฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมโดยศาล กฎหมาย

ปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและการกระทำของฝ่ายปกครอง¹⁹ หรือ กฎหมายปกครอง เป็นกฎหมายมหาชนที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน และกำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ²⁰ รวมทั้งวางระเบียบเกี่ยวกับกิจการของฝ่ายปกครองที่เป็นการบริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน และการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง รวมทั้งความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ซึ่งความหมายของกฎหมายปกครองนั้นเกี่ยวข้องกับกรณีดังต่อไปนี้²¹

1. การจัดองค์กรของรัฐในทางบริหาร ซึ่งรวมถึงการจัดโครงสร้างทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นแบบการรวมอำนาจ หรือกระจายอำนาจ และรวมถึงบุคลากรของฝ่ายปกครอง เช่น ข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐ และทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง ได้แก่ ทรัพย์สินของแผ่นดิน และสาธารณสมบัติของแผ่นดิน
2. กิจกรรมหรือการกระทำทางปกครอง ซึ่งรวมถึงการกระทำทางกายภาพและนิติกรรมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวในทางปกครองในรูปกฎหมายลำดับรอง หรือในรูปคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือสัญญาสองฝ่ายในรูปสัญญาทางปกครอง นอกจากนั้นในส่วนกิจกรรมหรือการกระทำทางปกครองก็ยังมีปัญหาว่ารูปแบบ หรือวิธีการดำเนินการนั้นในรูปราชการ หรือราชการกึ่งเอกชน
3. การควบคุมการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งจะครอบคลุมรูปแบบและวิธีการควบคุมตลอดจนหลักเกณฑ์และผลของการควบคุมว่าการกระทำบางอย่างอาจถูกเพิกถอนได้ (นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย) และการกระทำบางอย่างอาจนำไปสู่ความผิดทางปกครองได้ (โดยเฉพาะการกระทำทางกายภาพที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย)

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น. 1-2.

²⁰ ประยูร กาญจนดุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 1.

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง", รวมบทความ 84 ปี ศ.ดร.ประยูร กาญจนดุล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 9.

ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ดังกล่าวนั้น ฝ่ายปกครองต้องมีการกระทำตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทำแทนองค์ของรัฐ และเป็นประเภทหนึ่งของการกระทำของรัฐในส่วนของกระทำทางบริหารที่มีใช้การกระทำทางรัฐบาล แต่เป็นการกระทำทางปกครอง และต้องอยู่ภายใต้การกระทำที่อยู่ภายใต้กฎหมายปกครอง

ในการศึกษา ข้อพิพาททางปกครองหรือคดีปกครอง มีนักกฎหมายให้คำจำกัดความของคำว่า คดีปกครอง ไว้หลากหลายความหมาย

MOUREAU เห็นว่า คดีปกครองนั้นเกิดจากสถานการณ์ที่มีความขัดแย้ง หรือโต้เถียงกัน อันเกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงนิยามว่าคดีปกครองควรผูกพันกับคดีปกครอง เพราะหากไม่มีกิจกรรมทางปกครองคดีปกครองก็ไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้²²

ศาสตราจารย์ ประยูร กาญจนดุล ให้ความหมายของคดีปกครองว่า หมายถึง กรณีที่เป็นปัญหาข้อโต้แย้งขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน เนื่องจากการปฏิบัติกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการดำเนินการบริการสาธารณะหรืออีกนัยหนึ่งคือการกระทำในทางปกครอง

การให้คำจำกัดความคำว่า คดีปกครอง ดังกล่าว เป็นการกำหนดความหมายอย่างกว้าง โดยหมายความรวมถึงกรณีที่มีทางระงับได้โดยฝ่ายปกครองเองได้ ไม่หมายความว่าถึงแต่กรณีที่ต้องเป็นการดำเนินการในศาลเท่านั้น นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความหมายว่าคดีปกครองนั้นว่า คดีปกครองรวมถึงกฎเกณฑ์ทั้งปวงที่ใช้แก้ปัญหาที่ใช้การแก้ปัญหาในลักษณะทางศาล ในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมทางปกครอง เหตุที่นิยามเช่นนี้ก็เพื่อหลีกเลี่ยงที่จะไม่กล่าวถึงปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมทางปกครอง ที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจตัดสินข้อพิพาท หรืออีกความเห็นหนึ่งของศาสตราจารย์ JM. Auby และ R. Drago ที่ว่า คดีปกครองเป็นเป็นการศึกษาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาคดีปกครอง กฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง จึงอาจนิยามได้ว่า เป็นกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่เกี่ยวกับการแก้ปัญหาข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีการทางศาล

ดังนั้นจึงสามารถสรุปคำจำกัดความของคำว่า ข้อพิพาททางปกครอง ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประชาชนหรือหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ทางปกครองขึ้นกับบุคคลดังกล่าวในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อ

²² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 11.

สถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว รวมทั้งลักษณะโดยทั่วไปของคดีปกครองจะต้องประกอบไปด้วยลักษณะดังต่อไปนี้²³

1. คดีปกครองเป็นคดีที่มีข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำทางปกครอง ซึ่งจะหมายความถึงการกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการทางปกครองหรือไม่นั้น ย่อมแล้วแต่ความหมายของคดีปกครองแต่ละประเทศ²⁴ ดังนั้น คดีปกครองต้องเกิดจากการกระทำทางปกครอง
2. คดีปกครองต้องมีคู่กรณีเป็นฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งเสมอ ทั้งนี้ ต้องเป็นการที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องดำเนินการตามกฎหมายมหาชนมิใช่ตามกฎหมายเอกชน
3. คดีปกครองต้องเป็นข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่มีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยคู่กรณีที่ฝ่ายปกครองนั้นมรสถานะที่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชน ดังนั้น จึงต้องมีกระบวนการพิจารณาที่ต้องมีความแตกต่างจากคดีแพ่ง โดยคดีปกครองนั้นต้องใช้วิธีพิจารณาในระบบไต่สวนซึ่งศาลมีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงในคดี
4. คดีปกครองเป็นคดีที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมาย อาจมีผลกระทบต่อประชาชน ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลจึงต้องเข้ามาควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองว่าการกระทำนั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดได้จากการกระทำอันมิชอบของฝ่ายปกครอง

1.2.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำประเภทหนึ่งของการกระทำของรัฐ ที่อยู่ภายใต้กฎหมายปกครอง ถ้าการกระทำใดมิใช่การกระทำทางปกครองแล้ว ก็ย่อมมิใช่การกระทำที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครอง การที่เจ้าหน้าที่กระทำแทนรัฐจึงจะเป็นการกระทำของรัฐได้ แต่หากมิได้กระทำแทนรัฐก็มิใช่การกระทำที่เป็น

²³ สิริรัตน์ หมวดเมือง, "คดีปกครองเกี่ยวกับการละเลยหรือล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง", (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2549), น. 11-12.

²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, "อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย", (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น. 27-28.

การกระทำของรัฐที่เป็นการกระทำทางปกครองได้²⁵ การกระทำทางปกครองในบางกรณีการกระทำทางปกครองก็ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองได้ ถ้ามีการกำหนดเขตอำนาจศาลไว้โดยเฉพาะเป็นพิเศษ

ความหมายของการกระทำทางปกครองมีนักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชน ให้ความหมายไว้หลายความหมาย อาทิ การกระทำทางปกครองหมายถึง การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางตุลาการ และการกระทำนั้นมีลักษณะของการกระทำที่เป็นการกำหนด เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชน²⁶ อีกความหมายหนึ่ง การกระทำทางปกครองคือผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง²⁷

การกระทำทางปกครองนั้น ต้องเป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง กล่าวคือ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเป็นองค์กรและเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาและการกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ถ้าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติ องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติการกระทำดังกล่าว ก็เป็น การกระทำทางปกครอง แต่ถ้าการกระทำมิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวก็มิใช่เป็นการกระทำทางปกครอง

นอกเหนือจากองค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในกำกับดูแลของรัฐบาลที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ที่เป็นการกระทำทางปกครองแล้วนั้น การกระทำทางปกครองนั้น ก็รวมถึงการใช้อำนาจขององค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีได้อยู่ในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งด้วย ไม่ว่าจะเป็นองค์กรและ

²⁵ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น. 3.

²⁶ เพิ่งอ้าง, น. 2.

²⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำทางปกครอง", รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปีศาสตราจารย์อมร จันทรสมบุญ, น. 131.

เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ นอกเหนือ จากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ประกอบด้วย องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติโดยที่มีใช่เป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ และการกระทำขององค์กรเอกชนที่ได้รับอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวก็ถือเป็นการกระทำทางปกครองทั้งสิ้น

1.2.2 ข้อพิจารณาว่าด้วยฝ่ายปกครอง

Jean Rivero อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่าง องค์กรของรัฐ 2 ประการ คือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายสูงสุดของรัฐ องค์กรประเภทนี้ เรียกว่า องค์กรฝ่ายบริหาร และ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้น ได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่าองค์กรฝ่ายปกครอง²⁸

Hartmut Maurer กล่าวว่า การให้ความหมายของฝ่ายปกครอง อาจให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา และความหมายฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ²⁹

1. ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา หมายถึง องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทำภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ โดยถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาอาจให้ความหมายได้ใน 2 ลักษณะ คือ

1.1 การให้ความหมายในเชิงปฏิเสธ เป็นการอธิบายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ว่าภารกิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง ภารกิจที่มีใช่ภารกิจในทางนิติบัญญัติ และมีใช่ภารกิจในทางตุลาการ แต่การให้ความหมายในเชิงปฏิเสธ อาจเกิดความไม่ชัดเจน ได้ เนื่องจาก การอธิบายดังกล่าว นั้น จะหมายรวมถึงรัฐบาลเข้าไปด้วย และ การที่จะให้ความหมายได้ชัดเจนนั้นต้องสามารถที่จะกำหนดขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการให้ชัดเจนด้วยว่ามีขอบเขตอย่างไร

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น. 12.

²⁹ เพิ่งอ้าง, น. 12.

1.2 การให้ความหมายในทางพรรณนา โดยที่การให้ความหมายในเชิงปฏิสื่อนั้นไม่สามารถให้ความหมายของฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจน จึงมีความพยายามที่จะให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางพรรณนา กล่าวคือ ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐมีผลในทางความเป็นจริง หรือ ฝ่ายปกครองหมายถึง องค์กรที่ใช้กฎหมายโดยที่การใช้กฎหมายนั้นมิใช่เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทและมีใช้การใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งนี้การให้ความหมายในทางเนื้อหาที่ได้รับการยอมรับ คือ การให้ความหมายในเนื้อหาของ Wolff ซึ่งให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครองหมายถึง องค์กรที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ โดยทั่วไปแล้วเป็นองค์การที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเป็นองค์กรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ

2. ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ หมายถึง ฝ่ายปกครองที่ทำการหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยรวม ภาระหน้าที่ที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า เป็นหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครองหรือไม่

ในความหมายของฝ่ายปกครองของประเทศไทยนั้น ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับฝ่ายปกครองว่า ในการปกครองจำเป็นต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ ซึ่งเรียกว่า รัฐบาล รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนทางในการปกครองประเทศแต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จนั้นคือ ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวันโดยปฏิบัติงานต่างๆ เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า บริการสาธารณะ³⁰

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายขององค์กรฝ่ายปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ว่า คือ ผู้ที่ใช้อำนาจตามกฎหมายที่ทำให้เกิดการกระทำทางปกครองซึ่งฝ่ายปกครองหมายถึง บรรดาองค์กรของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือการควบคุมกำกับดูแลโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง³¹

ฝ่ายปกครองนั้น ย่อมหมายถึง หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่รัฐ ในการพิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองหมายความว่าหน่วยงานใดบ้างนั้น อาจพิจารณาประกอบกับบท

³⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อังแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 133.

³¹ เพิ่งอ้าง, น. 132.

นิยามของหน่วยงานทางปกครอง ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ที่บัญญัติว่า

“หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐและให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้สามารถพิจารณาได้จากหน่วยงานทางปกครองในทางรูปแบบ และหน่วยงานทางปกครองในทางเนื้อหา สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. หน่วยงานทางปกครองในทางรูปแบบ ประกอบไปด้วย

1.1 ราชการบริหารส่วนกลางประกอบไปด้วย กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม

1.1.1 กระทรวง ทบวง ได้แก่ส่วนราชการที่เป็น กระทรวง ทบวง ต่างๆ ตามที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545

1.1.2 กรมหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ประกอบไปด้วย

1.2.1.1 ส่วนราชการที่สังกัดนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือ ทบวง

1.2.1.2 ส่วนราชการที่ไม่สังกัดนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือ ทบวง

1.2.1.3 ส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ ส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญนี้ คือ ส่วนที่ถูกกำหนดให้เป็นหน่วยงานอิสระทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการให้ศาลและองค์กรตามรัฐธรรมนูญต่างๆ แล้วแต่กรณี ประกอบไปด้วย

ก. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ข. สำนักงานศาลยุติธรรม

ค. สำนักงานศาลปกครอง

ง. สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง

จ. สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

ฉ. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

ช. สำนักงานคณะกรรมการการตรวจเงินแผ่นดิน

ซ. สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เป็นต้น

1.2 ราชการส่วนภูมิภาค ตามกฎหมาย ในระเบียบบริหารราชการแผ่นดินซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ประกอบไปด้วย จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล หมู่บ้าน

1.3 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น คือ การกระจายอำนาจการปกครองจากส่วนกลางให้องค์กรส่วนท้องถิ่นจัดทำกรปกครองเอง โดยให้ประชาชนในพื้นที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการทางปกครอง องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น นั้นจะมีเจ้าหน้าที่และงบประมาณเป็นขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ประกอบไปด้วย องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา

1.4 รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของฝ่ายรัฐบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นๆ

1.5 หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ หน่วยงานที่มีได้อยู่ในหน่วยงานในกรณีหลายกรณีข้างต้น ตามรัฐธรรมนูญ นั้นคงกินความรวมถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญในหมวด 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่ประกอบไปด้วย องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานอื่นของรัฐยังหมายถึง องค์การอิสระอื่นๆตามรัฐธรรมนูญ เช่น องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และโทรคมนาคม ตามมาตรา 47 รวมทั้งองค์การมหาชนด้วย

1.5.1 องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 223 บัญญัติว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง”

องค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง หากมีการใช้อำนาจอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือ เนื่องมาจากการดำเนินการทางปกครอง องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ประกอบไปด้วย องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ

1.5.1.1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่

ก. คณะกรรมการการเลือกตั้ง

ข. ผู้ตรวจการแผ่นดิน

ค. คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

ง. คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

1.5.1.2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่

ก. องค์กรอัยการ

ข. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ค. สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

1.5.2 องค์การมหาชน

องค์การมหาชน เป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง จัดได้ว่าเป็นองค์การของรัฐฝ่ายบริหารประเภทที่สาม ซึ่งจัดตั้งขึ้นมาเพื่อตอบสนองความจำเป็นในการบริการสาธารณะเฉพาะด้าน โดยอยู่ภายใต้การดูแลของรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ พระราชกำหนดหรือพระราชกฤษฎีกาที่จัดตั้งหน่วยงานนั้นหรือจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชนแล้วแต่กรณี³²

1.5.3 องค์กรอิสระอื่นตามรัฐธรรมนูญ

ตามมาตรา 47 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งที่ทำหน้าที่จัดสรรคดีความถี่ และกำกับกิจการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

³² สุรพล นิติไกรพจน์, "การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรภาคมหาชน : ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ", รายงานการวิจัยเสนอสภาวิจัยแห่งชาติ, กรกฎาคม 2541, น. 12-13.

2. หน่วยงานทางปกครองทางด้านเนื้อหา

การพิจารณาถึงหน่วยงานทางปกครองในทางด้านเนื้อหานี้เป็นการพิจารณาถึงหน่วยงานทางปกครองที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง และหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง เช่นองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ อันประกอบไปด้วยรัฐสภา ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือ ประธานวุฒิสภา ซึ่งการใช้อำนาจมิได้มีแต่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากองค์กรเหล่านี้มีการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกัน

องค์กรเอกชนบางองค์กร หรือ องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นองค์กรที่รวมตัวกันของผู้ประกอบวิชาชีพและเป็นองค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล การดำเนินกิจการต่างๆก็เป็นตามกฎหมายที่ได้มีการจัดตั้ง เช่น สภานายความ ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ก็ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองเช่น การดำเนินการจดทะเบียนและออกใบอนุญาต การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอำนาจหน้าที่ของสภานายความ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับมรรยาท โดยที่สามารถกำหนดโทษของทนายความได้³³ หากทนายความผู้นั้นประพฤติมรรยาททนายความ ดังนั้น ก็ถือว่าองค์กรทางเอกชนดังกล่าวเป็นหน่วยงานทางปกครองและการใช้อำนาจก็เป็นการกระทำทางปกครอง

ข้างต้นได้พิจารณาแล้วว่าหน่วยงานทางปกครองมีหน่วยงานใดบ้าง นอกจากนี้การพิจารณาถึงฝ่ายปกครองต้องพิจารณาด้วยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความหมายว่าอย่างไร เนื่องจากฝ่ายปกครองนั้นประกอบไปด้วย องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เนื่องจากหน่วยงานของรัฐนั้น และในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะดำเนินกิจกรรมทางปกครองได้ด้วยตนเอง จะต้องทำกิจกรรมทางปกครองผ่านทางบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลธรรมดา บุคคลธรรมดา หรือ คณะบุคคลธรรมดาที่ได้รับมอบหมายให้ทำกิจกรรมทางปกครองในนามของรัฐฝ่ายบริหารก็จะเรียกว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายความว่า

³³ มาตรา 52 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

(1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือ ผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคลและ

(3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวอาจสามารถแบ่งแยกลักษณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

(1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือ ผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

ข้าราชการ หมายความว่า ผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานทางปกครองที่เป็นส่วนราชการ ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2535 และมีฐานะเป็นข้าราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน รวมถึงข้าราชการทางการเมืองด้วย

พนักงาน ได้แก่ ผู้ที่ปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจ และในหน่วยงานอื่นของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการ

ลูกจ้าง ได้แก่ ผู้ปฏิบัติงานในฐานะลูกจ้างในส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐคณะบุคคล น่าจะเป็นคณะบุคคลที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งผู้มีอำนาจใน

หน่วยงานทางปกครองได้แต่งตั้งขึ้นตามกฎหมาย โดยคณะบุคคลดังกล่าวไม่มีอำนาจออกคำสั่งใดๆ ได้แต่เสนอความเห็นต่อผู้มีอำนาจในหน่วยงานเท่านั้น หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดการองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

คณะกรรมการซึ่งกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล คณะกรรมการประเภทนี้เป็นคณะกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่ในทางบริหาร กฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่คณะกรรมการออกโดยอาศัยอำนาจตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครอง

(3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

ตามความเห็นของ รองศาสตราจารย์ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ฝ่ายปกครองนั้น ก็คือองค์กร รัฐฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐปกครอง ก็คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหาร นั้นเอง ประกอบไปด้วย³⁴

1. พระมหากษัตริย์

พระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขของรัฐ เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร เป็นผู้แทนของรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ พระมหากษัตริย์นั้นมีพระราชอำนาจหลายประการโดยรัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจของ พระมหากษัตริย์ไว้ อย่างไรก็ตาม พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ และในทางกฎหมายนั้นผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้อง พระมหากษัตริย์ในทางใดๆมิได้ กล่าวคือ ทรงไม่ต้องรับผิดชอบใดๆทั้งสิ้นในทางการเมือง เพราะว่าทรงใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำของสถาบันใดสถาบันหนึ่ง และสถาบันที่ถวายคำแนะนำนั้นต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายและในทางการเมืองแทนพระมหากษัตริย์โดยหลักแล้ว รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ถวายคำแนะนำให้ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจทางบริหารซึ่งรัฐธรรมนูญ หรือ กฎหมายอื่นถวายแต่พระองค์และให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมอบหมายเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และรับผิดชอบทางการเมืองแทนพระองค์

2. คณะรัฐมนตรี ซึ่งประกอบไปด้วย นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นไม่เกินไม่เกินจำนวนกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด

3. นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน

4. องค์กร หรือ เจ้าหน้าที่ต่างๆที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง

ในการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหาร นั้นไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองทั้งหมด ทั้งนี้เพราะ ฝ่ายบริหาร นั้นมีสองฐานะกล่าวคือ เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และมีฐานะเป็นรัฐบาลด้วย ในกรณีขององค์กรที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง

³⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 27, น. 133.

เป็นองค์กรฝ่ายปกครองทั้งสิ้น³⁵ แต่ในกรณีของ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคน จะทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล หรือเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ให้พิจารณาจากทฤษฎีที่เสนอว่าให้พิจารณากฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำว่าใช้แหล่งที่มาของอำนาจจากแหล่งอำนาจตามกฎหมายใด

หากพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ให้ถือว่า กระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล กล่าวคือ การกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น การเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา ขยายเวลาเปิดและปิดการประชุมสภา รวมทั้งการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำหนังสือสัญญาต่างๆกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศการกระทำในลักษณะดังกล่าวถือว่าพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ในฐานะที่เป็นรัฐบาล แต่ในกรณีที่อาศัยอำนาจกระทำ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

1.2.3 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองอาจจำแนกได้เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง และการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายหรืออาจเรียกว่านิติกรรมทางปกครอง³⁶

การกระทำในทางข้อเท็จจริง หรือที่เรียกว่าปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมาย กล่าวคือ มิใช่การกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย แต่เป็นการกระทำที่ในทางข้อเท็จจริงที่ทำให้ฝ่ายปกครองบรรลุผลในการปฏิบัติการทางปกครอง ให้บรรลุผล ปฏิบัติการทางปกครองอาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออก นิติกรรมทางปกครอง ขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งก็ได้ หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น มาตรการบังคับทางปกครองก็ได้

³⁵ เพิ่งอ้าง, น. 133.

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 77.

การกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย สามารถจำแนกออกได้เป็น การกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง และการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง³⁷

การกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยึดถือปฏิบัติเป็นการภายใน อาจเป็นวิธีปฏิบัติงาน หรือกฎเกณฑ์ที่มีได้เป็นสิ่งที่กระทบกับประชาชน แต่กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองนั้นกำหนดเป็นการภายใน อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งประกอบไปด้วยระเบียบภายในฝ่ายปกครอง และคำสั่งภายในฝ่ายปกครองและการกระทำ การกระทำดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อประชาชนภายนอก

การกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง คือ การกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งผลต่อการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระวังซึ่งสิทธิ ของนิติสัมพันธ์ ให้มีผลไปภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง การกระทำที่มุ่งผลภายนอกนี้ถือว่าเป็นการกระทบสิทธิของประชาชนภายนอกแล้ว ดังนั้น ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจึงสามารถ ได้แย้งสิทธิต่อฝ่ายปกครองได้ต่างจากการกระทำที่มุ่งผลภายในฝ่ายปกครองซึ่งประชาชนยังมิได้ถูกกระทบสิทธิ จึงยังไม่สามารถที่ได้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองได้

กฎ ตามความหมายทั่วไป หมายถึง กฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติที่ตราขึ้นโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือโดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 3 วรรคแปด พ.ศ. 2542 ให้คำนิยามของกฎไว้ว่า “กฎหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ซึ่งเมื่อพิจารณาคำนิยามที่แท้จริง คำนิยามของกฎ คือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดเป็นการเฉพาะ แม้ว่ากฎนั้นจะมีชื่อเรียกว่าอย่างใดแต่ไม่รวมถึงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บท อันได้แก่รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราช

³⁷ เพิ่งอ้าง, น. 78-79.

กำหนด หรือ ประกาศคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติจากความหมายดังกล่าว กฎ จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการคือ³⁸

1. บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือ ได้รับอนุญาต ให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท ซึ่งไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความ เนื่องจากกฎจะต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

2. ลักษณะของการกระทำของบุคคลที่จะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ ต้องกำหนดไว้เป็นนามธรรม ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีผลเป็นการบังคับเป็นการทั่วไป

คำสั่งทางปกครอง มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งให้นิยามของคำสั่งทางปกครองไว้ดังนี้

“คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า

1. การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย อุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

2. การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

สังเกตได้ว่าทั้ง กฎ และคำสั่งทางปกครอง ต่างก็เป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคล ทั้งสิ้น แต่แตกต่างกันตรงที่ กฎ นั้น เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ในส่วนของคำสั่งทางปกครองนั้น มีผลบังคับใช้กับบุคคลเป็นการเฉพาะ

โดยสรุปแล้ว เมื่อเป็นข้อพิพาททางปกครอง การกระทำทางปกครองนั้น ย่อมตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง แต่ถ้ากรณีใดมิใช่การกระทำทางปกครองก็จะไม่ถือว่าการกระทำนั้น เป็นข้อพิพาททางปกครองที่จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองและการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองได้ เช่นการกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล โดยที่มิใช่อำนาจที่เป็นการกระทำทางปกครอง ที่

³⁸ พรทิพย์ ทองดี, “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎ”, มูลนิธิวิจัยและการพัฒนาระบบการยุติธรรมทางปกครอง, น. 7.

เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล โดยที่การกระทำดังกล่าวมิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

การกระทำทางรัฐบาล นั้นเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง มีทฤษฎีที่สนับสนุนเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่ประกอบไปด้วย พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีแต่ละคน ว่าลักษณะใดบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล อยู่สามทฤษฎี³⁹

ทฤษฎีหนึ่งให้พิจารณาจากลักษณะการกระทำ ที่สามารถแบ่งแยกได้เป็นการกระทำที่เป็น การกระทำทางการเมือง และการกระทำที่เป็นงานประจำ ถ้าการกระทำที่เป็นการกระทำในทางการเมือง ให้ถือว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐที่เป็น รัฐบาล แต่ถ้ากระทำการที่ลักษณะที่เป็น งานประจำ ให้ถือว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐที่เป็น ฝ่ายปกครอง การกระทำทางการเมืองคือ การตัดสินใจในการบริหารราชการแผ่นดิน กล่าวคือ เป็นการให้ความสำคัญกับการพัฒนาทางสังคม และเศรษฐกิจ ส่วนงานที่เป็นลักษณะที่เป็นการทำงานในงานประจำนั้น หมายถึง งานที่ ดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน

ข้อบกพร่องของทฤษฎีนี้ คือ ในการจำแนกการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ว่า เป็นการกระทำที่เป็นการกระทำทางการเมืองหรือการกระทำที่เป็นงานประจำนั้นมีลักษณะ ค่อนข้างสับสน หากพิจารณาให้ถ่องแท้แล้วจะพบว่าการกระทำมากมายที่ไม่สามารถชี้ชัดได้ ว่า เป็นการกระทำที่เป็นการกระทำทางการเมือง หรือเป็นการกระทำที่เป็นงานประจำ

ทฤษฎีที่สอง ให้พิจารณาจากลักษณะของอำนาจจากการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่าย บริหารว่าอำนาจกระทำการเป็น อำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่าย บริหารที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจได้อย่างอิสระในการกระทำการ หรือ เป็น อำนาจผูกพัน คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร กระทำการเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามที่ได้ กำหนดไว้หากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจกระทำการในฐานะที่เป็นอำนาจดุลพินิจ ให้ถือ ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล แต่ถ้ากระทำการโดยใช้อำนาจ ผูกพัน ให้ถือว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

³⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 134.

เมื่อพิจารณาถึงอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแล้วนั้น อำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการล้วนมาจากกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นจึงไม่มี อำนาจดุลพินิจ หรือ อำนาจผูกพันโดยสมบูรณ์อำนาจที่กระทำการมีลักษณะเป็นหลายขั้นตอน ที่บางขั้นตอนเป็น อำนาจดุลพินิจ และบางขั้นตอนเป็นอำนาจที่เป็นอำนาจผูกพัน ดังนั้น การพิจารณาดังกล่าวนั้น จึงไม่อาจนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาได้ว่าอำนาจที่กระทำการนั้น เป็นการกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาลหรือในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

ทฤษฎีที่สาม ทฤษฎีนี้พิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการกระทำการ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้น อำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล้วนเป็นอำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น ไม่มีอำนาจใดที่เป็นอำนาจตามข้อเท็จจริงเลย ซึ่งอำนาจกระทำการต่างๆ นั้นมีได้มีที่มาจากแหล่งกฎหมายที่เดียวกันไม่ อำนาจกระทำการอาจมีบางแหล่งอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ บางอำนาจมีแหล่งที่มาจาก พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันกับพระราชบัญญัติหรือมีค่าบังคับ เทียบเท่าพระราชบัญญัติ

กรณีที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการ ให้ถือว่า กระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล แต่หากกรณีที่องค์กรฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัย อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ให้ถือว่า กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่เสนอโดย คณะรัฐมนตรี หรือ กรณีการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา อีกประเภทหนึ่งคือ การกระทำ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ การประกาศสงคราม ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่อธิบายลักษณะของการกระทำได้ชัดเจนว่าการกระทำเป็นในลักษณะใด โดย พิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการกระทำการ ดังนั้นการกระทำทาง รัฐบาลนั้น สามารถพิจารณาได้จากองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ (1) องค์กรผู้กระทำ (2) ที่มาของ อำนาจ (3) ลักษณะของการกระทำ⁴⁰

(1) องค์กรผู้กระทำ

⁴⁰ สาโรช โชติพันธุ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.59.

การกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำของรัฐที่ทำได้โดยองค์กรฝ่ายบริหาร ประเภทที่เรียกว่า รัฐบาล องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่า รัฐบาล อาจจะพิจารณาตามรูปแบบของการปกครองแบบประชาธิปไตยต่างรูปแบบกันออกไป แล้วแต่ว่าประเทศใดจะจัดรูปแบบขององค์กรฝ่ายบริหารในรูปแบบใด ซึ่ง ปรากฏอยู่ 3 รูปแบบ คือ รูปแบบของรัฐบาลตามระบบรัฐสภาที่อาจมีพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดี เป็นประมุขของรัฐ โดยที่ประมุขไม่ต้องรับผิดชอบต่อสภา รูปแบบรัฐบาลตามระบบประธานาธิบดี ระบบนี้ไม่มีนายกรัฐมนตรี ดังนั้นประธานาธิบดีจึงทำหน้าที่ทั้งประมุขของรัฐและหัวหน้าฝ่ายบริหาร และประธานาธิบดีรับผิดชอบทางการเมืองต่อประชาชนโดยตรง ไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา และรูปแบบระบบกึ่งประธานาธิบดี ระบบนี้มีประธานาธิบดีเป็นประมุข และมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายรัฐบาลโดยได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี และบริหารราชการแผ่นดินโดยรับผิดชอบต่อสภา

ประเทศไทยมีรูปแบบระบบรัฐบาลแบบรัฐสภา มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารหรือปกครองประเทศ โดยรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจกระทำการต่างๆในทางการบริหารตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และมีอำนาจกระทำการต่างๆตามแบบพิธี โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อสภา หมายความว่าในการกระทำใดๆอันเกี่ยวเนื่องการบริหารราชการแผ่นดิน ต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และรับผิดชอบทางการเมืองแทนพระมหากษัตริย์ในการกระทำนั้นๆเอง

(2) ที่มาของอำนาจ

องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล หากกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล ต้องกระทำการโดยต้องอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ หากกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็จะเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลได้นั้นต้องเป็นการกระทำที่ต้องอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจขององค์กรรัฐบาลโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ

(3) ลักษณะของการกระทำ

องค์กรฝ่ายบริหาร ถ้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการกระทำทางการเมืองหรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล กล่าวคือการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำในเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อเลือกตัดสินใจในการกระทำ

อย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นนโยบายทั่วไป หรือนโยบายในทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา

ดังนั้นในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้นต้องพิจารณาองค์ประกอบทั้ง 3 องค์ประกอบควบคู่กันไป ทั้งองค์การผู้กระทำ ที่มาของอำนาจที่ต้องเป็นอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ และลักษณะของการกระทำควบคู่กันไป

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับมีแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวกับเรื่องการกระทำทางรัฐบาล เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 78/2547 การยกเลิกหรือเพิกถอนการลงนามในบันทึกข้อตกลงหรือบันทึกความเข้าใจระหว่างประเทศ เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายด้านการต่างประเทศของรัฐบาลคู่สัญญาโดยอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีมิใช่การกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้น การฟ้องขอให้เพิกถอนการลงนามในบันทึกความเข้าใจที่ผู้บริหารรัฐวิสาหกิจลงนามแทนรัฐวิสาหกิจในนามของหน่วยราชการต้นสังกัดกับหน่วยราชการของต่างประเทศจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 345/2547 การยกเว้นพระราชบัญญัติ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทางนิติบัญญัติ และอยู่ในขั้นตอนความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะเสนอเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ตามมาตรา 169 วรรคหนึ่ง และ มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การยกเว้น พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยขอนแก่น พ.ศ. ... ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้รับผิดชอบ จึงไม่ใช่เป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรี และผู้แทนการเจรจาตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน พ.ศ. 2550 เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

นอกจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้ว ก็ยังแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล เช่น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2546 รัฐธรรมนูญ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าเสนอข้อเสนอสอดคล้องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ต้น เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญ มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการตราพระราชกำหนดอย่างกว้างขวาง เช่นเดียวกับสภา โดยไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 218 วรรคสอง ที่จะให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความสำคัญเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้

การตรวจสอบพระราชกำหนดที่เกี่ยวกับการดำเนินนโยบายของคณะรัฐมนตรีและการตรวจสอบความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจ โดยการตราพระราชกำหนดจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการประเภทต่างๆ รวมทั้งกิจการโทรคมนาคมจะมีความเหมาะสมหรือไม่ เป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่า การตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่งหรือไม่ มิได้เป็นการยืนยันความถูกต้องเหมาะสมในการดำเนินการทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี โดยการตราพระราชกำหนดแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของพระราชกำหนดดังกล่าวแล้วเห็นว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้น จึงถือว่าพระราชกำหนดทั้งสองฉบับดังกล่าว เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 218 วรรคหนึ่งแล้ว

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร

กรณีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง มีข้อสังเกตตามคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีดำหมายเลขที่ 984/2551 ศาลปกครองกลางมีคำสั่งรับคำฟ้องคดีแฉ่งการฉ้อราษฎร์บังหลวงระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา และสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา คดีดังกล่าวเป็นคดี ระหว่าง นายสุวัตร อกภัยภักดี ที่ 1 กับพวก รวม 9 คน ผู้ฟ้องคดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ

ต่างประเทศ ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน ผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษา เพิกถอนการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่เสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 คณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาและมีมติเห็นชอบ เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ที่เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วม โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนาม โดยศาลปกครองกลางให้เหตุผล สรุปได้ว่า กระทรวงการต่างประเทศ เป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ ตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 คณะรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นกรณีที่เป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลปกครองสูงสุดก็ยืนตามความเห็นของคำสั่งศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยืนตามคำสั่งศาลปกครองกลาง ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 เนื่องจากกระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐโดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรี) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมทั้งตลอดสิทธิในการประกอบอาชีพบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่างๆตามรัฐธรรมนูญด้วย การกระทำของรัฐบาลดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองรวมอยู่ด้วย กรณีจึงเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการ

ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเมื่อพิจารณาข้อตกลงในแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาแล้ว อาจถือได้ว่าประเทศไทยได้ยอมรับเขตแดนรอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหารตามที่ระบุในแผนที่โดยปริยาย และอาจทำลายน้ำหนักรในการอ้างอิงเขตแดนที่ประเทศไทยยึดถือสันปันน้ำแบ่งเขตแดนโดยตลอดมา จึงถือว่าคดีมีมูลรับฟังได้ตามคำฟ้องและการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ ประชาชนรวมทั้งผู้ฟ้องคดีทั้งเก้า ซึ่งเป็นการเสียหายที่ยากจะเยียวยาในภายหลัง อีกทั้งหากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาได้แล้วก็ไม่มีผลกระทบต่อการบริหารของรัฐ จึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้ คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นชอบแล้ว จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

ในกรณีตามคำสั่งของศาลปกครองดังกล่าว มีความเห็นทางวิชาการ ที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองกลาง ซึ่งเมื่อ พิจารณาแล้วมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ในการวินิจฉัยของศาลปกครองนั้น กล่าวถึงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้ศาลปกครองรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณา ซึ่งลักษณะดังกล่าว มีบางความเห็นที่เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เห็นว่ากรณีดังกล่าวอาจเป็นกรณีการกระทำที่สามารถแยกกันออกเป็นหลายส่วนได้ โดยที่การกระทำที่แยกออกมาจากการกระทำทางรัฐบาล (การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) นั้นไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่เป็นการกระทำทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง กล่าวคือ การกระทำที่แยกออกมานั้น แม้จะมีผลต่อเนื่องจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการกระทำดังกล่าวสามารถแยกได้โดยเด็ดขาด จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่สามารถดำรงอยู่ได้ด้วยตัวของมันเอง เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติมีมติแต่งตั้งศูนย์ผู้อพยพในเขตชานแดนไทย-พม่า ตามพันธกรณีที่รัฐบาลไทยตกลงไว้กับสหประชาชาติ การลงนามของรัฐบาลไทยดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง แต่มติคณะรัฐมนตรีที่มีมติอนุญาตให้ตั้งศูนย์อพยพในพื้นที่ใด ถือเป็นการกระทำที่แยกออกจาก

การลงนามของรัฐบาลไทยกับสหประชาชาติได้ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คดีอยู่ในอำนาจศาลปกครอง⁴¹

ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยนั้น เห็นว่าการกระทำได้กล่าวเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลปกครองไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ ในการออก กฎ หรือ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล แต่เป็นการใช้อำนาจที่มีที่มาตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งเมื่อนำไปเปรียบเทียบกับคดีที่ศาลปกครองเคยวินิจฉัยไว้ในคดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่ว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึง คณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน พ.ศ. 2550 เป็นการใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติ หรือ การกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้บรรลุผล

⁴¹ แฉลงการณ์คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรกฎาคม พ.ศ. 2541 ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางหมายเลขคดีดำที่ 98/2551 รับฟ้องกรณี แฉลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่อง การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและกำหนดมาตรการชั่วคราวหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ก่อนการพิพากษา, การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายไทย