

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางปกครองและการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกรองนั้น เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐที่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมฝ่ายบริหารไม่ให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งเมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมียุติวิธีที่จะต้องควบคุมฝ่ายปกครอง ในกรณีดังกล่าว พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จึงได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารอันเป็นข้อพิพาทระหว่างที่เกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน และเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารวินิจฉัยข้อพิพาทอย่างไรแล้ว คำวินิจฉัยนั้นย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีในข้อพิพาทนั้นๆ ผู้เขียนจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางปกครองและการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

2.1 การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง (administrative action) คือ การกระทำหรือการละเว้นกระทำทุกประเภทของ “หน่วยงานทางปกครอง” ซึ่งผลในทีนี้อาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนก็ได้หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองก็ได้

หน่วยงานทางปกครองเป็นผู้ดำเนินการงานของรัฐ ในหลายกรณีหน่วยงานทางปกครองจึงได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ดำเนินการต่างๆ ทำให้หน่วยงานทางปกครองมี “อำนาจหน้าที่” ซึ่งอาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับผู้อื่นได้ โดยอาจเปลี่ยนแปลงสภาพทางกฎหมายของสิทธิหน้าที่ของเอกชน¹ อันต่างกับเอกชนซึ่งมีแต่ “สิทธิหน้าที่” โดยสิทธินั้นเป็นเพียงประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นยอมรับไม่ก้าวก้าวให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของตนเท่านั้น แต่จะไปบังคับเปลี่ยนสิทธิของผู้อื่นที่มีได้มีความสัมพันธ์กันในเชิงนิติกรรม

¹ René Chapus. (1988). *Droit administratif general*. p.330. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ ก. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 99.

ไม่ได้² การกระทำทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองกระทำโดยการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของเอกชนนั้นในทางทฤษฎีเรียกกันว่าเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” โดยเทียบเคียงจาก “นิติกรรม” ในกฎหมายแพ่ง แต่การใช้ศัพท์นี้ยังแตกต่างกันโดยในประเทศฝรั่งเศส นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) จะเข้าใจว่ารวมทั้งคำสั่งและกฎ³ แต่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (verwaltungakt) จะหมายความถึงแต่คำสั่งเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินงานบางกรณีหน่วยงานทางปกครองอาจกระทำการต่อเอกชนโดยไม่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน แต่อาจใช้ความยินยอมพร้อมใจตามหลักกฎหมายเอกชนก็ได้⁴ เช่น ทำสัญญาหรืออาจเป็นการใช้อำนาจแต่มีใช้มุ่งก่อให้เกิดผลในกฎหมายอย่างนิติกรรม หากแต่เป็นการใช้กำลังทางกายภาพเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในหน้าที่ของตน เช่น เข้าไปรื้อถอนขนย้ายสิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ การกระทำทางปกครองจึงมีได้หลายลักษณะ บางลักษณะจะไม่มีผลทางกฎหมายต่อภายนอก เช่น การตระเตรียม การทบทวน การสอบถาม หรือการยืนยันสภาพของสิทธิหน้าที่ เป็นต้น ส่วนการกระทำทางปกครองที่มีผลในกฎหมายนั้น ในทางทฤษฎีอาจจำแนกประเภทออกได้ดังนี้

2.1.1 คำสั่งทางปกครอง⁵

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้มีนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งในทางทฤษฎี คำสั่งทางปกครองจะมีสาระสำคัญ คือ

1) กระทำโดยเจ้าหน้าที่⁶

บทนิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” กำหนดว่า คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของ “เจ้าหน้าที่” ซึ่งเจ้าหน้าที่ คือ ผู้มีอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐใน

² เว้นแต่ “สิทธิในครอบครัว” หรือ “สิทธิในทรัพย์สิน” ซึ่งมีลักษณะพิเศษเฉพาะเรื่องที่มีได้เป็นไปตามหลักในเรื่องนี้.

³ Pierre Delvolvé. (1989). “Acte Administratif.” Répertoire de contentieux administratif. paras.238-259. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ ก. เล่มเดิม. หน้า 99.

⁴ Mahendra P. Singh. (1985). *German Administrative Law : In Common Law Perspective*. p.32. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ ก. เล่มเดิม. หน้า 100.

⁵ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานะทางสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง.

⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ ก. เล่มเดิม. หน้า 101.

การกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด “เจ้าหน้าที่” นี้อาจเป็นบุคคลธรรมดา ได้แก่บรรดาข้าราชการต่างๆ หรือพนักงานของราชการส่วนท้องถิ่น หรือเป็น “คณะบุคคล” ก็ได้ เช่น คณะกรรมการเครื่องหมายการค้า คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการส่งเสริมและรักษาสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ หรือคณะกรรมการอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร เป็นต้น หรือเป็น “นิติบุคคล” ก็ได้ เช่น กระทรวง ทบวง กรม เทศบาล เพราะบางกรณีกฎหมายจะมอบอำนาจให้นิติบุคคลเป็นผู้ใช้อำนาจแทนที่จะเป็นตัวบุคคล ในการนี้ “รัฐวิสาหกิจ” ก็อาจเป็นเจ้าหน้าที่ได้หากมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอำนาจในการอนุญาตให้เอกชนจัดตั้งโรงงานผลิตไฟฟ้าที่มีกำลังผลิตรวมกันสูงกว่า 20 เมกะวัตต์ เพื่อใช้เอง (มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2535) อนึ่ง การที่กฎหมายใช้คำว่า “ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” ทำให้มีความหมายกว้างโดยไม่จำกัดโดยรวมหน่วยงานทุกประเภทของรัฐและเอกชนเข้ามาด้วย เพราะในกฎหมายบางฉบับมีการมอบอำนาจให้เอกชนเป็นผู้ปฏิบัติได้ เช่น กรณีช่างรังวัดเอกชนที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินของบุคคลใดๆ เพื่อทำการรังวัดหรือเคลื่อนย้ายหลักหมายเขตที่ดิน (มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535)

2)ใช้อำนาจรัฐ

บทนิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” วางเงื่อนไขไว้ว่าคำสั่งทางปกครองต้องเป็น “การใช้อำนาจตามกฎหมาย”⁷ เพราะโดยหลักการแล้ว คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว (acte unilatéral) บังคับแก่เอกชน (decision exécutoire)⁸ โดยเอกชนมิได้ยินยอมด้วย กรณีใดหากไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายก็จะเป็นเรื่องอื่น เช่น สัญญาอันเป็นการตกลงกับเอกชน เป็นต้น สำหรับ “อำนาจตามกฎหมาย” นี้ ย่อมต้องเข้าใจว่าเป็นเรื่อง “อำนาจทางปกครอง” เท่านั้น เพราะต้องให้สอดคล้องกับบทนิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่” หากเป็นอำนาจตามกฎหมายอื่นก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง หรือการใช้อำนาจในทางตุลาการ (judicial act)⁹ การกระทำของรัฐสภาหรือศาลจึงไม่

⁷ การที่มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ว่าต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย เห็นได้ว่าต้องมีกฎหมายเฉพาะเรื่องให้อำนาจไว้ หากไม่มีกฎหมายเฉพาะต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ เพราะเป็นกฎหมายทั่วไป.

⁸ René Chapus. (1988). *Droit administratif general*. p.330-331. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 101.

⁹ Mahendra P. Singh. (1985). *German Administrative Law : In Common Law Perspective*. p.32. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 102.

อยู่ในบังคับหลักเกณฑ์ในเรื่องการทำคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 4 (1) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

อย่างไรก็ตาม “อำนาจทางปกครองของรัฐ” จะต้องไม่นำแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจ¹⁰ โดยเคร่งครัดมาใช้เพราะเป็นหลักที่ไม่เป็นความจริงทั้งในทางประวัติศาสตร์และทางปฏิบัติ เพราะฝ่ายปกครองย่อมออกกฎหมายลำดับรอง (ใช้อำนาจนิติบัญญัติ) เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือระเบียบข้อบังคับ และในบางกรณีฝ่ายปกครองก็จะมีอำนาจวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของเอกชนด้วย (ใช้อำนาจทางตุลาการ) เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ เป็นต้น

คำสั่งทางปกครองที่ว่าการใช้ “อำนาจทางปกครองของรัฐ” จะมีความหมายเพียงคำสั่งทางปกครองต้องมีสาระเช่นนี้ แต่เมื่อใดเจ้าหน้าที่ (หน่วยงานทางปกครอง) ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือใช้อำนาจตุลาการตามที่มีกฎหมายให้กระทำได้นั้น หลักเกณฑ์การใช้อำนาจดังกล่าวโดยหน่วยงานทางปกครองดังที่กล่าวอยู่นี้ จะมีกฎเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากการออกคำสั่งทางปกครอง โดยจะมีขั้นตอนการพิจารณาและการยุติของการกระทำที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งจะได้กล่าวในเรื่องอื่นๆ ต่อไป¹¹

3) กำหนดสภาพทางกฎหมาย¹²

คำสั่งทางปกครองนั้นต้องมุ่งประสงค์กำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น เช่น การออกคำสั่งอนุญาตให้ตั้งโรงงาน หรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น องค์ประกอบในการมุ่งต่อผลในกฎหมายนี้เองทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากการกระทำทางกายภาพที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ และองค์ประกอบนี้ทำให้เจตนาในการมุ่งต่อผลมีความสำคัญต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม ตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 “คำสั่งทางปกครอง” ต้องมีวัตถุประสงค์เป็น “การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว” โดยสรุปไม่ว่ามุ่งประสงค์ในทางใดหากกระทบถึงสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยบุคคลจะได้รับการถือปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ตามเนื้อหาที่ปรากฏในคำสั่งทางปกครองนั้นแล้วก็ถือว่าเข้าข่ายการเป็นคำสั่งทางปกครองได้ ในทางทฤษฎีกล่าวกันว่าการให้ข้อมูลข่าวสาร คำแนะนำ หรือการอธิบายขยาย

¹⁰ หลักการแบ่งแยกอำนาจ สืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียว หรือองค์กรเดียวกันผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจก็อาจเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกดขี่.

¹¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 101-103.

¹² แหล่งเดิม. หน้า 103-111.

ความเข้าใจ เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะไม่มีผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่เป็นแต่การกระทำที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองเดิมเท่านั้น

ในกรณีคำสั่งใดมีผลเป็นการกระทบในแง่เปลี่ยนแปลงสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่นั้น เป็นที่เข้าใจกันชัดเจนว่าเป็นคำสั่งทางปกครองแน่นอน เพราะเป็นการใช้อำนาจข้างเดียวบังคับกับสิทธิหน้าที่ของเอกชนอย่างชัดเจน เช่น อนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร หรือสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น

อนึ่ง คำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่บุคคลในทุกกรณีสมควรถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อ (1) จะได้มีกระบวนการพิจารณาจัดทำคำสั่งดังกล่าวโดยเป็นธรรม (2) เปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งในฝ่ายปกครองได้ เพื่อจะได้มีการแก้ไขปัญหาล่วงหน้าได้รวดเร็วไม่ต้องนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจัยคดีปกครองเสมอไป และ (3) เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองแสดงจุดยืนของตนที่แน่ชัดในเรื่องของสิทธิหน้าที่นั้น เพื่อที่เอกชนผู้ไม่เห็นด้วยจะสามารถโต้แย้งได้ถูกต้องในชั้นการพิจารณาขององค์กรวินิจัยคดีปกครอง ทั้งนี้ เพื่อผลของความเป็นธรรมในการปกครอง

(1) การปฏิเสธ ในกรณีมีการยื่นคำขอให้เจ้าหน้าที่กระทำการใด การที่เจ้าหน้าที่ “ปฏิเสธ” ไม่ทำให้ หรือยกคำขอเช่นนั้น อาจมองว่ามิได้มีการกำหนดการใดให้กระทบสิทธิหน้าที่โดยสิทธิหน้าที่ของผู้ยื่นคำขอเป็นอย่างไรก็ยังคงเป็นอยู่เช่นเดิม ฝ่ายปกครองมิได้กำหนดให้เกิดสิทธิหน้าที่ขึ้นใหม่แต่อย่างใด¹³

ในเรื่องการปฏิเสธนี้บางกรณีเจ้าหน้าที่มิได้มีคำสั่งปฏิเสธโดยชัดแจ้ง แต่เพิกเฉยไม่ตอบเลยก็มี กรณีนี้จะเห็นได้ว่ายังไม่มีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้น แต่ก็ทำให้เอกชนได้รับความเดือดร้อนไม่อาจทราบความแน่นอนของสิทธิหน้าที่ได้ หากผ่านระยะเวลาหนึ่งที่เหมาะสมไป บางระบบกฎหมายก็ถือว่าการไม่ตอบนี้ถือว่าเป็นการปฏิเสธโดยปริยาย เพื่อให้เอกชนสามารถนำมาโต้แย้งและดำเนินการต่อไปตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง เช่น กำหนดเวลา 4 เดือนตามกฎหมายฝรั่งเศส¹⁴ แต่ในทางตรงกันข้ามในบางกรณีที่เป็นการกิจกรรมที่ควรดำเนินการไปโดยต่อเนื่องและโดยทั่วไปไม่ควรเป็นปัญหาต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การมีคำขอหรือขอต่ออายุการอนุญาตเดิมบางกฎหมายจะกำหนดไปในทางที่ว่าหากไม่แจ้งภายในกำหนดเวลาหนึ่งให้ถือว่าเป็นการ

¹³ Pierre Delvolvé. (1989). “Acte Administratif.” Répertoire de contentieux administratif. paras.30-31. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 105.

¹⁴ René Chapus. (1988). *Droit administratif general*. p.333-334. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 106.

อนุญาตก็มี กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ก็มีได้กระทำการใด และผลถูกต้องว่าเป็นเช่นนั้นโดยกฎหมายกำหนดให้เป็น กรณีดังกล่าวก็ต้องถือว่ามีความสำคัญทางปกครองเกิดขึ้น

(2) คำแนะนำ ความเห็น หรือคำปรึกษา โดยทั่วไปก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นเพียงขั้นตอนในการเตรียมหรือเป็นการกระทบเพียงบางส่วนยังไม่สำเร็จเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ในบางเรื่องการกระทำดังกล่าวมีผลโดยตรงที่จะทำให้เกิดคำสั่งทางปกครองต่อมาได้

อย่างไรก็ตาม การให้โต้แย้งตั้งแต่ในชั้นต้นได้โดยง่ายเป็นการทั่วไป (โดยมิใช้กรณีเฉพาะที่กฎหมายกำหนด) นั้น อาจนำความยุ่งยากมาสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจัยคดีปกครองได้ เพราะการกระทำยังมีได้ดำเนินไปจนมีคำสั่งทางปกครองแนบความชัดเจนของประเด็นอาจจะยังเป็นปัญหา และการให้โต้แย้งก่อนมีคำสั่งทางปกครองอาจมีผู้ยกเอาปัญหาในระยะต้นๆ มาโต้แย้งหลายปัญหาตลอดเวลาการเตรียมทำคำสั่งทางปกครอง ทำให้มีคดีข้อพิพาทจำนวนมากเกินสมควร

(3) คำสั่งแสดงสิทธิหน้าที่ ในทางปฏิบัติบ่อยครั้งที่เจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งยืนยัน หรืออธิบายความหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกไปแล้ว หรือเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและตีความกฎหมายเพื่อแสดงว่าสิทธิหน้าที่ที่เกิดขึ้นอยู่แล้วนั้นมีสภาพเช่นใด “คำสั่งแสดงสิทธิหน้าที่” นี้ โดยสภาพจึงมิได้มีการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของบุคคลแต่เป็นการแสดงว่าสิทธิหน้าที่ของบุคคลมีอยู่เช่นใดเท่านั้น ของเดิมเป็นอย่างไรก็แสดงความเป็นอยู่เช่นนั้น โดยสิทธิหน้าที่ต่างๆ ได้ก่อตั้งขึ้นแล้วโดยกฎหมาย (รวมกฎหมายปกครอง) มิใช่โดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เช่น การออกหนังสือรับรองสภาพแห่งสิทธิ การวินิจฉัยฐานะหรือขอบเขตของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน การวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญชาติ การวินิจฉัยเกี่ยวกับค่าเสียหายหรือสภาพของสิทธิหน้าที่ในเรื่องละเมิด เป็นต้น

4) เกิดผลเฉพาะกรณี¹⁵

คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหรือออกคำสั่งให้บุคคลออกจากพื้นที่ที่รุกรานทางสาธารณะ เป็นต้น คุณสมบัติข้อนี้ทำให้ “คำสั่งทางปกครอง” แตกต่างไปจาก “กฎ” เพราะกฎจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป อันเป็นเพียงการวางหลักไว้แต่ยังไม่ใช้กับข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดโดยเฉพาะ คำสั่งทางปกครองโดยสภาพจะต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรงแต่ในคำสั่งจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ก็ได้

¹⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 111.

5) มีผลภายนอกโดยตรง¹⁶

คุณสมบัติข้อนี้มีความสำคัญในการชี้ให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อใด ซึ่งโดยปกติจะเกิดผลนับแต่มีการแจ้งเป็นต้นไป โดยถ้าตราบไต่ยังมีผลปรากฏอยู่ในก็ยังเป็นเพียงการเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้ และเมื่อยังไม่มีผลออกมาภายนอกผู้จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังไม่มีความหมายที่จะต้องปฏิบัติ คำสั่งจะมีผลภายในหรือภายนอกนั้นต้องพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งเป็นสำคัญ เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปดำเนินการออกคำสั่งรื้อถอนกรณีนี้ยังเป็นเรื่องภายใน องค์การของหน่วยงานนั้น ทั้งผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาในกรณีนี้เป็นองค์กพรส่วนหนึ่งขององค์กร แต่ในกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาละเลยไม่ออกคำสั่งรื้อถอนตามเวลาที่ถูกต้องไว้ ถ้าผู้บังคับบัญชามีคำสั่งลงโทษตัดเงินเดือนผู้ใต้บังคับบัญชา คำสั่งลงโทษนี้เป็นเรื่องระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา ต่างเป็นบุคคลที่เกี่ยวกับคำสั่ง กรณีจึงมิใช่เรื่องภายในองค์กรอีกต่อไป คำสั่งลงโทษนั้นจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง

2.1.2 คำสั่งทางตุลาการ¹⁷

กฎหมายปกครองของหลายประเทศยอมรับว่ามีคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษทำนองการใช้อำนาจของศาล จึงเรียกคำสั่งทางปกครองชนิดนี้ว่าคำสั่งทางตุลาการ (judicial act หรือ acte juridictionnel) อันเป็นชื่อเพื่อความเข้าใจในทางวิชาการ แต่ในแง่ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งทางตุลาการอยู่ในบังคับหลักเกณฑ์ต่างๆ ในฐานะที่เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง แต่จะมีหลักเกณฑ์เฉพาะบางอย่างเพิ่มขึ้นในฐานะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทางตุลาการ

ในการจัดหน่วยงานทางปกครองจะมีองค์กรประเภทหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” โดยมีความเป็นกลาง มีความเป็นอิสระ และมีกระบวนการดำเนินงานที่ยึดความเป็นธรรมทำนองอย่างองค์กรศาล ทั้งนี้ เพื่อให้หน่วยงานประเภทนี้วินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่งแห่งใดกับเอกชน โดยในการพัฒนาปรากฏว่าการให้เอกชนไปดำเนินคดีในศาล จะมีความล่าช้าเพราะศาลจะไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน การจัดหน่วยงานประเภทนี้จะทำให้เอกชนได้รับการเยียวยาเร็วขึ้นและถูกต้องยิ่งขึ้น โดยที่องค์กรประเภทนี้ตั้งขึ้นในฝ่ายปกครองจึงไม่เรียกว่า “ศาล” ขณะเดียวกันในระยะเริ่มแรกของการจัดตั้งองค์กรนี้หลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระยังมีน้อยจึงถือเป็นหน่วยงานทางปกครองอย่างหนึ่ง

¹⁶ แหล่งเดิม. หน้า 112-114.

¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 114-119.

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการพัฒนาหลักความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ และกระบวนการพิจารณาที่เคร่งครัดมากขึ้นจนมีสภาพคล้ายศาล แต่โดยทั่วไปจะหย่อนกว่าบ้างตามสภาพความจำเป็นของหน้าที่ องค์การนี้จึงมีสถานภาพพิเศษโดยในแง่หนึ่งจะยังคงเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่ขณะเดียวกันในอีกแง่หนึ่งจะถือว่าคำวินิจฉัยขององค์การนี้เป็น “คำสั่งทางตุลาการ” เนื่องจากการดำเนินงานเช่นเดียวกับการใช้อำนาจของศาล และการโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทบางแห่งกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ไปยังศาลระดับกลางหรือระดับสูงโดยไม่ผ่านศาลชั้นต้นก็มี สภาพขององค์การประเภทหลังนี้จึงคล้ายเป็นศาลปกครองชั้นต้นพิเศษในเรื่องที่กำหนดไว้ ในขณะที่เดียวกันด้วย

การจำแนกลักษณะของคำสั่งว่ากรณีใดเป็นการใช้อำนาจปกครองและกรณีใดเป็นการใช้อำนาจตุลาการนั้นเป็นปัญหาพื้นฐานที่วิเคราะห์กันมาตั้งแต่อดีต แม้จะเข้าใจว่าการใช้อำนาจทางปกครองเป็นการใช้บังคับกฎ และการใช้อำนาจทางตุลาการเป็นการตัดสินตามกฎหมาย แต่ในทางเนื้อหาจะแยกออกจากกันไม่ได้ เพราะเป็นกรณีพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบุคคลเหมือนกัน และในการพิจารณาจะมีการปรับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเหมือนกันว่าในปัญหาเรื่องนั้นผลยุติจะเป็นเช่นใด ความแตกต่างที่แท้จริงกลับจะเป็นวิธีการดำเนินงานมากกว่า โดยในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งทางตุลาการนั้นจะเริ่มโดยมีการเสนอ “ข้อพิพาท” มาให้พิจารณา กล่าวคือ ต้องเป็นข้อพิพาทกันอยู่แล้วจริงๆ ระหว่างหน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่งกับเอกชน มิใช่ตั้งเป็นปัญหาสมมติ และข้อพิพาทนี้ต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย มิใช่ปัญหาเฉพาะในข้อเท็จจริงหรือนโยบาย ส่วนวิธีพิจารณาก็จะมีกระบวนการแน่ชัดที่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีโดยเท่าเทียมกัน โดยแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานฝ่ายของตน เมื่อฟังความเห็นครบถ้วนแล้ว就会有คำวินิจฉัยอันเป็นที่ยุติแก่คู่กรณี โดยคำวินิจฉัยนั้นจะต้องตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงในสำนวนการพิจารณา มิใช่ นำข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาใช้ในการวินิจฉัย การใช้อำนาจทางตุลาการจึงเน้นความถูกต้องเป็นธรรมที่แน่ชัด การดำเนินการจึงเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว แต่ในกฎหมายของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนินการโดยลับไว้ให้ทันต่อเหตุการณ์ ในการให้ความถูกต้องและเป็นธรรม ฝ่ายปกครองจึงมีข้อจำกัดด้านเวลา ทำให้เร่งรัดการพิจารณาจนเสียประสิทธิภาพในการรักษาประโยชน์สาธารณะไม่ได้ การให้ความเป็นธรรมของฝ่ายปกครองจึงพยายามที่จะทำเท่าที่สามารถจะทำได้ภายในเวลาที่อำนวย ความแตกต่างของการใช้อำนาจบังคับตามกฎหมาย (คำสั่งทางปกครอง) และอำนาจตัดสินตามกฎหมาย (คำสั่งทางตุลาการ) จึงแตกต่างกันเพราะเหตุนี้มิได้ต่างไปเพราะสาระ ส่วนคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเป็นหน่วยงานทางปกครองที่นำมาใช้ในกรณีเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ที่สำคัญมากและมีเวลาพอที่จะดำเนินขั้นตอนให้ละเอียดได้อย่างศาล แต่ถึงกระนั้นก็จะละเอียดอย่างศาลเต็มรูปแบบไม่ได้เพราะข้อจำกัดด้านเวลาจะมีมากกว่า อย่างไรก็ตาม การมีคำสั่งทางตุลาการจะต้องมี

กระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมถึงระดับที่ยอมรับได้ว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองที่สามารถออกคำสั่งทางตุลาการได้

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีการดำเนินงานทำนองศาลในกรณีที่เอกชนจะได้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยการฟ้องต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะมีหลักในหลายประเทศตรงกันในเรื่องที่ว่าองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะไม่พิจารณาบทวนข้อเท็จจริงที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ฟังมา ทั้งนี้ เพราะการฟังข้อเท็จจริงของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีคุณภาพระดับเดียวกับองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง และเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมากกว่า แต่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะพิจารณาเฉพาะ ในปัญหาข้อกฎหมายอันเป็นปัญหาที่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองอาจยกเองได้ คือ (1) ตรวจสอบการใช้อรรถกฎหมาย และ (2) การตรวจสอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟังข้อเท็จจริง ซึ่งถือเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณามีคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง โดยจะตรวจดูต่างๆ ว่าการวินิจฉัยพยานหลักฐานเพียงพอหรือไม่ แต่มิใช่เป็นการเข้าไปชั่งน้ำหนักใหม่ โดยถ้ามีข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุผลว่าคนที่มีเหตุผลตามปกติคงจะมีความเห็นเช่นนั้นได้ องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองก็ต้องยอมรับว่าได้มีการพิจารณาโดยถูกต้องแล้ว เพราะในปัญหาเดียวกันคนสองคนอาจเห็นต่างกันได้ องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะเอาความเห็นของตนเข้าไปแทนที่ฝ่ายปกครองไม่ได้

ในฝรั่งเศสการพิจารณาบทวนคำสั่งทางตุลาการจะมีการดำเนินคดีแบบขอให้บทวนในข้อกฎหมาย ซึ่งก็เหมือนกันกับการดำเนินคดีแบบฟ้องว่ากระทำเกินอำนาจ แต่ต่างไปบ้างเฉพาะในกรณีการฟังข้อเท็จจริงที่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะมีประเด็นในการตรวจสอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟังข้อเท็จจริงน้อยกว่ากรณีของคำสั่งทางปกครอง โดยดูจะเฉพาะว่า (1) ข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นฐานในการวินิจฉัยมีอยู่จริงหรือไม่ (2) การวินิจฉัยได้อ้างอิงคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงโดยถูกต้องหรือไม่ และ (3) มีการแปลงข้อเท็จจริงให้ผิดเพี้ยนไปหรือไม่ ซึ่งกรณีเหล่านี้มิได้แตกต่างไปจากหลักเรื่องมีพยานหลักฐานเพียงพอของสหรัฐอเมริกามากนัก

องค์กรประเภทคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเป็นหน่วยงานทางปกครองที่ใช้อำนาจทางตุลาการ คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยจึงเป็นคำสั่งของฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง อันเป็นอำนาจในลำดับรองลงมาทำนองเดียวกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยหน่วยงานทางปกครองในการออกกฎหมายลำดับรอง ในเรื่องการใช้อำนาจทางตุลาการก็เช่นกันเป็นอำนาจที่หน่วยงานทางปกครองอาจกระทำได้ แต่ต้องมีช่องทางให้อุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปยังองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลที่มีวินิจฉัยคดีปกครองอันเป็นองค์กรอิสระภายนอก ทั้งนี้ ตามหลักนิติธรรมในการควบคุมการปฏิบัติตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง

2.1.3 กฎทางปกครอง¹⁸

กฎที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้มีตั้งแต่พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบและข้อบังคับ ไม่ว่าจะออกโดยหน่วยงานทางปกครองแห่งใด โดยหลักแล้วถ้ามาตรการใด “มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แล้ว มาตรการนั้นก็คือ “กฎ” ไม่ว่าจะใช้ชื่อเรียกว่าอะไร (มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

1) ลักษณะของกฎ¹⁹

กฎอาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1.1) กฎโดยสภาพ เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าถ้ามีข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นตรงตามที่กำหนดแล้วก็จะเกิดผลทางกฎหมายเกิดขึ้นตามที่กฎได้กำหนดไว้ เช่น กฎหมายกำหนดว่าอาคารใดมีสภาพชำรุดทรุดโทรมจนอาจเป็นอันตรายแก่บุคคลแล้วอาจถูกสั่งให้รื้อถอน กรณีนี้จะเห็นได้ว่าไม่ได้ระบุว่าเป็นเรื่องของอาคารหลังใด แต่ถ้าอาคารหลังใดกลายสภาพมาตรงกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็จะอยู่ในบังคับทางกฎหมายทำให้อาจถูกสั่งรื้อถอนได้ ดังนั้น ลักษณะของกฎจึงเป็นการวางหลักทั่วไป และใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคตถ้าจะเกิดขึ้น แต่หากไม่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้น กฎนั้นก็อาจสร้างผลให้เกิดขึ้นได้เลย กล่าวคือ หากมีที่ใช้ก็จะเกิดผลแต่หากไม่มีที่ใช้ก็ไม่มีอะไรเลย ขณะที่กฎจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใดๆ ก่อนที่เหตุการณ์จะสมบูรณ์ตามกฎหมาย

1.2) กฎโดยสมมติ สิ่งเหล่านี้โดยสภาพไม่เป็นกฎหมายแต่ถือกันว่าเป็นกฎหมายเพื่อให้เกิดผลในกฎหมายที่ให้หน่วยงานทางปกครองตามที่กำหนดสามารถออกกฎได้ กฎประเภทนี้จะมีการบังคับผลในทันทีที่กฎออก โดยอาจใช้กับข้อเท็จจริงในปัจจุบันหรือย้อนหลังลงไปก็ได้ กรณีนี้เป็นผลทางกฎหมายที่มีสภาพแน่นอนแล้ว

กฎจะต้องมีการประกาศเสมอ ทั้งนี้ เพราะกฎจะใช้บังคับเป็นการทั่วไปซึ่งข้อเท็จจริงจะเกิดแก่ผู้ใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักความเป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า บุคคลจะได้เตรียมตัวที่จะปฏิบัติตามกฎหรือไม่ฝ่าฝืนกฎ เมื่อกฎโดยสภาพจะต้องประกาศ แต่โดยที่การใช้จะต้องสัมพันธ์กัน กฎโดยสมมติจึงต้องประกาศด้วยเพราะต้องใช้คู่กัน จะได้ทราบว่าบทบัญญัติใดเป็นหลักและบทบัญญัติใดได้ยกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติใด

¹⁸ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นิยามคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ กระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลเป็นการบังคับทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ.

¹⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 120-122.

บรรดากฎหมายต่างๆ จะมีรากฐานมาจากกฎที่สูงกว่าเสมอ จนไปถึงกฎพื้นฐานของสังคม คือ รัฐธรรมนูญ²⁰ เช่น กฎกระทรวงออกตามพระราชบัญญัติ หรือประกาศออกมาตามกฎหมาย และบางท่านอาจเข้าใจว่าต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้แน่ชัดจึงจะออกกฎได้ ซึ่งย่อมเป็นความเห็นถูกต้องที่จะคิดเช่นนั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดอำนาจให้ออกกฎชื่อนั้นชื่อนี้ โดยแจ้งชัดเท่านั้น เพราะเป็นกรณีที่ขึ้นอยู่กับสภาพในการบริหาร เช่น หัวหน้าหน่วยงาน มีอำนาจบังคับบัญชาควบคุมการดำเนินงานของหน่วยงานให้เป็นไปโดยเรียบร้อยตามความประสงค์ในการบริหารซึ่งโดยอำนาจบังคับบัญชานี้เองย่อมเข้าใจอยู่ในตัวว่าผู้นั้นจะออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามได้อย่างไรก็ได้ และในความเป็นจริงของการบริหารการสั่งการไว้ล่วงหน้าหรือให้ปฏิบัติในเรื่องทำนองเดียวกันอย่างใดก็ต้องมีเสมอ มิใช่รอให้มีปัญหาแล้วจึงสั่งการ การออกกฎข้อบังคับเพื่อใช้ในองค์กรจึงเป็นเรื่องธรรมดาในการจัดการไม่ว่าจะเป็นองค์กรในกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนอย่างบริษัทก็ตาม

2) กฎของฝ่ายปกครองประเภทต่างๆ²¹

กฎของฝ่ายปกครองในปัจจุบันอาจจำแนกประเภทได้ดังนี้

2.1) ประกาศพระบรมราชโองการ ในสมัยการปกครองระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การออกกฎหมายโดยพระมหากษัตริย์ได้ออกมาในหลายชื่อ ซึ่ง “ประกาศพระบรมราชโองการ” ก็เป็นชื่อที่ใช้บ่อยมาก ในปัจจุบันเมื่อเรียกกฎหมายปกติที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาว่า “พระราชบัญญัติ” แล้ว ประกาศพระบรมราชโองการก็ได้้นำใช้ในโอกาสอย่างอื่น เช่น การออกประกาศพระบรมราชโองการโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราวระหว่างภาวะสงครามหรือในภาวะคับขัน เป็นต้น นอกจากนั้นก็ได้นำใช้ในฐานะเป็นคำสั่งแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งต่างๆ²² เช่น รัฐมนตรี เอกอัครราชทูต ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ข้าราชการตุลาการ หรือข้าราชการอัยการ เป็นต้น

2.2) พระราชกฤษฎีกา กฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์หลายฉบับจะเรียกกันว่าพระราชกฤษฎีกาเพราะชื่อของกฎหมายยังไม่มีความแน่นอน จนเมื่อมีการ

²⁰ มาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

²¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 126-148.

²² ศาสตราจารย์ อมร จันทสมบุรณ์. (2516). “ประเภทกฎหมาย”. กฎหมายไทย. หน้า 13-17.

อ้างอิงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 126.

เปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 แล้ว มาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 เริ่มบัญญัติแจ้งชัดว่าพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐบาลถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น ความรับผิดชอบในเนื้อหาของกฎหมายจะอยู่ที่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้เสนอให้มีพระราชกฤษฎีกาเช่นนั้น พระราชกฤษฎีกามี 2 ประเภท คือ

(1) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระ ที่ให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งผู้เสนอก็คือ คณะรัฐมนตรี กรณีจึงเป็นอำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญที่ให้ออกกฎหมายในเรื่องใดก็ได้เพราะมิได้สืบเนื่องมาจากกฎหมายแม่บทฉบับใด โดยที่สิทธิหน้าที่หลายประการมีการกำหนดไว้แล้วโดยรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด

(2) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นลูกบท พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหลายฉบับที่ระบุให้มีการตรากฎหมายลำดับรองเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในทางปฏิบัติของการร่างกฎหมายจะเลือกใช้วิธีการนี้ในกรณีสำคัญกว่าปกติ เพื่อให้รัฐบาลจะต้องตระหนักว่าอำนาจออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้นมีใช่เป็นของรัฐบาลโดยลำพัง แต่จะต้องมีเหตุผลเหมาะสมที่สามารถจะถวายเป็นคำอธิบายต่อพระมหากษัตริย์ได้หากพระองค์จะทรงซักถาม และหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยอาจจะขอให้ทบทวนก่อนทรงลงพระปรมาภิไธยก็ได้

2.3) กฎกระทรวง²³ (กฎทบทวน กฎสำนักนายกรัฐมนตรี) กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่ใช้แพร่หลายมาก ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้เริ่มมีการตรากฎหมายและมอบอำนาจให้เสนาคือออกกฎหมายลำดับรองเป็น “กฎเสนาคดี” ได้ แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 ปรากฏว่ารัฐบาลไม่ยินยอมให้รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงของตนเอง แม้ว่าในบทกฤษฎีกาตามกฎหมายจะกำหนดไว้เสมอว่า “ให้รัฐมนตรี... มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้” ก็ตาม โดยมีการตกลงในคณะรัฐมนตรีให้ส่งร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติก่อนเสมอ จนกลายเป็นธรรมเนียมประเพณีว่ากฎกระทรวงนั้นเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีด้วย และทุกครั้งที่เปลี่ยนรัฐบาลใหม่ก็จะมีพิธีการยืนยันมติคณะรัฐมนตรีเช่นนี้ต่อมาแต่ในระยะหลังๆ แม้จะไม่มีการยืนยันมติคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นทางการซ้ำอีก²⁴ กรณีจึงกลายเป็น

²³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 128-129.

²⁴ ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย. (2500). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. หน้า 50. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 129.

ธรรมเนียมปฏิบัติที่ยอมรับกันในระบบการปกครองว่าต้องปฏิบัติเช่นนี้ และหลักปฏิบัติดังกล่าวนี้สมควรถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีอย่างหนึ่ง

2.4) ประกาศกระทรวง เป็นกฎหมายลำดับรองที่เริ่มใช้มากในสมัยหลังประมาณ พ.ศ. 2510 เป็นต้นมา ในทางปฏิบัติจะเลือกใช้ประกาศกระทรวงในเรื่องที่เห็นว่าไม่เป็นผลกระทบสำคัญที่คณะรัฐมนตรีจะต้องพิจารณาร่วมกัน โดยถ้าเรื่องใดอาจกระทบเสถียรภาพรัฐบาลหรือควรได้รับการกลั่นกรองจากหลายกระทรวงเพราะมีผลกระทบซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจและสังคม ก็ยังคงจัดทำในรูปแบบของกฎกระทรวง แต่กรณีเทคนิคเฉพาะเรื่องและมีได้สำคัญเช่นนั้นก็จะให้ออกเป็นประกาศกระทรวงได้ โดยในกรณีเช่นนั้นกฎหมายแม่บทมักจะบัญญัติในลักษณะว่า “...ให้ เป็นไปตามที่กระทรวง... จะประกาศกำหนด”

2.5) กฎหมายลูกบทอื่นๆ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจแม่บท ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง นั้นย่อมมีผลใช้บังคับโดยตรง และที่ใช้กันอยู่ยังมีอีกหลายชื่อและกระจายกัน โดยอาจเป็นการกำหนดเป็นพิเศษ เช่น เป็นประกาศของรัฐมนตรี โดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี เพราะการเป็นกฎกระทรวงนั้นจะมีมติคณะรัฐมนตรีตลอดมาว่าจะต้องส่งมาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา ก่อน ระเบียบจะมีกฎหมายลำดับรองประเภทประกาศโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมากขึ้นในเรื่องที่มีใช้หลักทางกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลำดับรองที่เป็นการกำหนดตามอำนาจขององค์กร เช่น กฎ ก.พ.²⁵ หรือ กฎ ก.ต.²⁶ ส่วนกฎหมายลำดับรองอื่นจะเรียกชื่อแตกต่างกันมากมายโดยมิได้มีรูปแบบแน่นอนตายตัวว่าต้องเป็นเช่นใด เช่น ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด เป็นต้น

2.6) ข้อบัญญัติท้องถิ่น²⁷ ราชการส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรปกครองตนเองเพื่อความ เป็นอยู่ที่ดีขึ้นของท้องถิ่นตน การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นมีดังนี้ (1) องค์การบริหารส่วนจังหวัดออก “ข้อบัญญัติจังหวัด” (2) เทศบาลออก “เทศบัญญัติ” (3) สุขาภิบาล²⁸ ออก “ข้อบังคับสุขาภิบาล” (4) องค์การบริหารส่วนตำบลออก “ข้อบังคับตำบล” (5) กรุงเทพมหานครออก “ข้อบัญญัติ กรุงเทพมหานคร” และ (6) เมืองพัทยาออก “ข้อบัญญัติเมืองพัทยา”

²⁵ กฎคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน.

²⁶ กฎคณะกรรมการข้าราชการตุลาการ.

²⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 131-133.

²⁸ ปัจจุบัน ประเทศไทยได้ยกเลิกราชการส่วนท้องถิ่นประเภท “สุขาภิบาล” ไปแล้ว โดยสุขาภิบาล ได้มีการยกฐานะขึ้นเป็นเทศบาล โดยพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะของสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542.

สำหรับอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นจะมีอยู่ใน 2 ลักษณะ คือ

(1) อำนาจเอกเทศของราชการส่วนท้องถิ่น ราชการส่วนท้องถิ่นจะมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปอยู่จำนวนหนึ่ง ซึ่งมักน้อยต่างกันตามประเภทของราชการส่วนท้องถิ่น โดยราชการส่วนท้องถิ่นระดับเล็กจะมีขอบอำนาจจำกัดมาก เช่น เทศบาลตำบลจะมีอำนาจหน้าที่มากกว่าอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปได้แก่การจัดให้มีทางน้ำและทางบก การรักษาความสะอาด การสาธารณสุข เป็นต้น ในอำนาจทั่วไปในเรื่องเหล่านี้ราชการส่วนท้องถิ่นจะออกข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภทที่เป็นอิสระของตนได้เอง ตามแต่จะเห็นว่าเหมาะสมไม่ว่าในส่วนใดและอย่างไร เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น

(2) อำนาจตามกฎหมายเฉพาะ จากหลักการกระจายอำนาจ²⁹จึงมีกฎหมายเฉพาะอีกหลายฉบับมอบอำนาจให้ราชการส่วนท้องถิ่นไปออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในเรื่องที่กำหนดเพื่อใช้บังคับในเขตของราชการส่วนท้องถิ่นนั้น ซึ่งเห็นว่าท้องถิ่นจะสามารถกำหนดรายละเอียดให้สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของความต้องการและความจำเป็นของแต่ละท้องถิ่นได้ ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดอำนาจในการกำหนดโทษไว้เฉพาะ ราชการส่วนท้องถิ่นก็อาจกำหนดโทษตามอำนาจทั่วไปของราชการส่วนท้องถิ่นนั้นๆ ได้ เพราะบทอำนาจให้กำหนดโทษมิได้แยกระหว่างกรณีข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกโดยอำนาจเอกเทศกับข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามอำนาจกฎหมายเฉพาะ

2.7) มติคณะรัฐมนตรี³⁰ ในวาระการไทยมีการนำมติคณะรัฐมนตรีมาใช้อย่างกว้างขวางตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และมีผลอย่างสำคัญในกิจการของฝ่ายปกครอง และจากความสัมพันธ์ซับซ้อนของมติคณะรัฐมนตรี ลักษณะต่างๆ ของมติคณะรัฐมนตรีจึงควรได้มีการศึกษาโดยเฉพาะ

²⁹ การกระจายอำนาจนี้ เป็นการที่รัฐมอบอำนาจการปกครองจากองค์กรส่วนกลางไปยังองค์กรส่วนท้องถิ่นโดยให้องค์กรส่วนท้องถิ่นมีอำนาจอิสระในการจัดการปกครองท้องถิ่นของตนเอง ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีอำนาจในการตัดสินใจทางปกครองของท้องถิ่น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงก่อให้เกิดผลตามมา 2 ประการ คือ กรณีที่หนึ่ง เมื่อเป็นการกระจายอำนาจทางปกครองจากส่วนกลางให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีอำนาจกระทำการตัดสินใจทางปกครองได้ด้วยตนเอง กรณีที่สอง การกระจายอำนาจดังกล่าวยังมีข้อจำกัดอยู่บ้าง ในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ ความ เป็นอิสระขององค์กรส่วนท้องถิ่นยังต้องอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของรัฐที่มีอยู่เหนือองค์กรส่วนท้องถิ่น.

³⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 133-140.

มติคณะรัฐมนตรี อาจจำแนกออกได้เป็น 3 ลักษณะ

(1) เป็นนโยบาย โดยแสดงทิศทางของการบริหารอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ในความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม หรือการกำหนดแนวปฏิบัติทางสังคมและวัฒนธรรม เช่น การใช้ศัพท์ภาษาต่างๆ เป็นต้น

(2) เป็นคำสั่ง โดยจะมีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการที่สำคัญในราชการ หรือคณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจต่างๆ เช่น กรรมการธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร พ.ศ. 2509) นอกจากนั้น อาจมีลักษณะเป็นคำสั่งในทางสาระของเรื่องเฉพาะเรื่อง เช่น ในกรณีมีปัญหาว่ากระทรวงทบวงกรมใดไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน ถ้า ก.พ. เสนอแล้ว นายกรัฐมนตรีไม่เห็นชอบด้วย หาก ก.พ. ยืนยันก็ต้องส่งเรื่องให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัย และต้องมีการปฏิบัติไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เป็นต้น

(3) เป็นกฎ³¹ โดยจะมีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม มิใช่มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง สำหรับมติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็น “กฎ” นั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท

(3.1) กฎที่เป็นลูกบท มีกฎหมายบางฉบับกำหนดไว้โดยตรงให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ ในกรณีนี้มติคณะรัฐมนตรีจะมีสภาพเป็นกฎที่เป็นลูกบทอย่างหนึ่ง เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่ให้คณะรัฐมนตรีวางระเบียบการฟ้องชำระเงินของเจ้าหน้าที่ในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิด

(3.2) กฎที่เป็นอิสระ การปกครองโดยระบบรัฐสภา ผู้ทำหน้าที่บริหารประเทศที่เข้าใจกันในการปกครองระบบนี้คือ คณะรัฐมนตรี แม้จะไม่มีบทบัญญัติใดโดยตรงในรัฐธรรมนูญ เช่นนั้นก็ตาม อำนาจองค์กรบริหารโดยปกติก็คือการจัดการโดยทั่วไปและการออกกฎเท่าที่จำเป็นโดยไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น แต่อำนาจในการออกกฎของรัฐบาลอาจจำแนกออกได้ 3 ลักษณะ คือ

1. ออกกฎอันเป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรบริหาร ซึ่งอาจใช้บังคับได้กับบุคคลภายในหน่วยงานทางปกครองและบุคคลภายนอกด้วย

2. ออกกฎในฐานะเป็นลูกบท โดยมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ เช่น พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ดังนั้น เมื่อได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายจึงย่อมมีอำนาจที่จะปฏิบัติได้

³¹ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน*. หน้า 94-112. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 133.

3. ออกกฎโดยหลักการทั่วไปที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรบริหารประเทศตามรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องมีอำนาจดูแลการใช้บังคับกฎหมายและการจัดการองค์กรให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ทำนองเดียวกับอำนาจของผู้บังคับบัญชาขององค์กรต่างๆ นั่นเอง ทั้งนี้ เพื่อใช้ในการจัดการองค์กรอันอยู่ในความรับผิดชอบของตนให้เป็นไปตามเป้าหมาย โดยอำนาจนี้สามารถใช้เฉพาะกับบุคคลภายในองค์กรบริหารได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

การออกกฎที่เป็นอิสระนี้ เป็นอำนาจทั่วไปในการจัดการองค์กรนี้เป็นเรื่องการวาง “หลักเกณฑ์” และสามารถนำไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงกรณีต่างๆ ให้เกิดผลในกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น เช่น การกำหนดวันหยุดชดเชยตามมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งการกำหนดให้วันใดเป็นวันหยุดคณะรัฐมนตรีได้ปฏิบัติมาช้านานแล้ว เป็นต้น เมื่อคณะรัฐมนตรีกำหนดให้วันใดเป็นวันหยุด เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิที่จะไม่มาทำงานเมื่อถึงวันนั้น เว้นแต่จะมีคำสั่งเป็นการเฉพาะรายหรือถ้าผู้ใดถูกสั่งให้มาทำงานในวันหยุดผู้นั้นก็มีสิทธิได้รับค่าล่วงเวลา ฝ่ายเจ้าหน้าที่การคลังก็มีอำนาจขอเบิกเงินไปจ่ายให้ จะเห็นได้ว่าผลทางกฎหมายในการบริหารงานของรัฐจะเกิดสืบเนื่องไปมาก เมื่อเกิดผลเช่นนั้นมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวก็คือ “กฎ” อย่างหนึ่ง วัตถุประสงค์ของกฎประเภทนี้มุ่งต่อผลในทางกฎหมายแก่บุคคลในหน่วยงานทางปกครองเท่านั้น แต่ขณะเดียวกันอาจเกิดผลกระทบต่อบุคคลภายนอกได้ด้วยทั้งที่ไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎ เช่น ในวันหยุดคนขับรถรับจ้างอาจมีรายได้น้อยเพราะคนเดินทางน้อย หรือแม่ค้าขายอาหารไม่ได้เพราะเจ้าหน้าที่หยุดงานอยู่บ้าน เป็นต้น ซึ่งบางกรณีอาจเป็นผลกระทบที่ต้องให้ความเสียหายทางกฎหมายก็ได้ ลักษณะของกฎประเภทนี้จะเป็นเช่นเดียวกับ “หนังสือกำหนดวิธีทำงาน”

อย่างไรก็ตาม มีมติคณะรัฐมนตรีอีกบางประเภทอีกบางประเภทที่จะบังคับโดยมาตรการทางอ้อม เช่น การสั่งยับยั้ง หรือการให้เจ้าหน้าที่พ้นจากตำแหน่ง และในกรณีของการจัดการดำเนินงานของรัฐที่มีผลต่อบุคคลภายนอกก็อาจวางแนวทางที่จะให้เจ้าหน้าที่เพิกถอนใบอนุญาตหรือไม่ต่อใบอนุญาตให้หากไม่มีการดำเนินการตามที่กำหนด อันเป็นการกำหนดวิธีการทำงานให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งผู้เกี่ยวข้องก็ต้องปฏิบัติตามเพราะเกรงผลบังคับโดยอ้อมดังกล่าว “หลักเกณฑ์” ประเภทนี้จึงมีผลบังคับตามความเป็นจริง ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติ หากจะพิจารณาถึงสภาพทางกฎหมายแล้ว มติคณะรัฐมนตรีประเภทหลังนี้ (บังคับโดยมาตรการทางอ้อม) จะมีลักษณะทางกฎหมายเป็นเอกเทศแตกต่างไป ทั้งนี้ เป็นเพราะคณะรัฐมนตรีมีขอบเขตความรับผิดชอบกว้างหลายกรณีก็อาจพิจารณาว่าท้ายที่สุดจะมีผลจะกระทบมาถึงรัฐบาล หลายกรณีที่บังคับโดยตรงไม่ได้แต่มีการออกหลักเกณฑ์มาให้ปฏิบัติและบังคับด้วยมาตรการทางอ้อม กรณีเช่นนี้ยังไม่เป็น “กฎ” โดยสภาพ เพราะการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์มิได้

มีผลบังคับทันทีตามสภาพของกฎปกติ แต่จะถูกบังคับหรือไม่ จะมีการตัดสินใจอีกครั้งโดยผู้ออกหลักเกณฑ์ดังกล่าว แม้สภาพบังคับทั่วไปของหลักเกณฑ์เหล่านี้จะเป็นเช่นเดียวกับกฎ³²

ส่วนการใช้อำนาจบังคับให้ปฏิบัติตามกฎอาจมีหลายวิธีแตกต่างกันตามประเภทของหน่วยงานของรัฐ เช่น กรณีข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการฝ่ายบริหารอื่น การไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีจะเป็นความผิดทางวินัยโดยตรง และอาจถูกนายกรัฐมนตรียกเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งซึ่งสังกัดกระทรวงทบวงกรมบังคับให้ปฏิบัติได้ หากฝ่าฝืนจะผิดฐานขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชาอีกกระทงหนึ่ง แต่ในส่วนของการทောင်းถามและรัฐวิสาหกิจนั้น เป็นที่เข้าใจโดยหลักการว่าประสงค์ให้มีอิสระในการดำเนินงานโดยมิได้ขึ้นอยู่กับคณะรัฐมนตรีโดยตรง หากแต่อยู่ในการกำกับดูแลของรัฐมนตรีนใดคนหนึ่งอีกชั้นหนึ่ง อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจจะไม่อยู่ในความควบคุมของคณะรัฐมนตรีเสียเลย เพราะประโยชน์ในส่วนรวมของประเทศย่อมสูงกว่าอิสระในการดำเนินงานขององค์กรเอกเทศเหล่านี้ บางกฎหมายก็ระบุชัดให้ต้องปฏิบัติตามคณะรัฐมนตรี

2.8) หนังสือกำหนดวิธีทำงาน โดยการดำเนินงานของฝ่ายปกครองผู้ซึ่งมีอำนาจควบคุมดูแลเรื่องต่างๆ จะมีวิธีการหลายอย่างที่จะทำให้การทำงานที่ตนรับผิดชอบบรรลุผล ทำให้มีการวาง “หลักเกณฑ์” กันหลายวิธี เช่น กำหนดขั้นตอนของการทำงาน ให้ความสำคัญในกฎหมายที่ตนรับผิดชอบและแจ้งให้ผู้ที่ต้องปฏิบัติยึดถือตาม กำหนดแนวทางปฏิบัติโดยเน้นอนาคตหรืออย่างกว้างๆ ให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง กำหนดหลักเกณฑ์ปฏิบัติเพิ่มเติมจากกฎหมาย ออกข้อแนะนำ ออกคำอธิบายให้ปฏิบัติตาม กำหนดแนวทางการรวมพยานหลักฐาน เป็นต้น บางอย่างก็จะบังคับโดยสั่งการแก่ผู้ใต้บังคับบัญชา แต่บางกรณีก็จะบังคับโดยการจะใช้อำนาจทางกฎหมายแก่เอกชนด้วยการยกเลิกใบอนุญาตหรือเพิ่มเติมเงื่อนไขหากไม่ได้รับความร่วมมือ กรณีต่างๆ เหล่านี้ถ้ามิได้มีผลโดยตรงตามกฎหมายโดยทันทีเป็นรายกรณีก็ไม่มีสภาพเป็น “คำสั่งทางปกครอง” แต่โดยที่ต่างมีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กับข้อเท็จจริงในอนาคต และการฝ่าฝืนจะมีบทบังคับหรือได้รับผลร้ายจึงเริ่มเห็นกันว่าหนังสือกำหนดวิธีทำงานมีบทบาทเสมือนเป็น “กฎ” อย่างหนึ่ง แต่เป็นกฎที่มีสภาพแตกต่างจากกฎในความเข้าใจเดิม ในประเทศอังกฤษบางตำราจะเรียกกฎหมายลูกบทที่มีแม่บทให้อำนาจว่า “กฎลำดับสอง” และเรียกกฎเกณฑ์ที่เกิดจากวิธีการบริหารแบบนี้ว่า “กฎลำดับสาม”³³ กฎเกณฑ์ประเภทนี้ความจริงเป็นสิ่งจำเป็นในการปกครองเพราะทำให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งรับผิดชอบ

³² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 138.

³³ Robert Baldwin. (1995). *Rules and Government*. p.80-85. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 140.

การทำงานในหน่วยงานของตนสามารถวางมาตรฐานให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติดำเนินงานไปเป็นแนวทางเดียวกันได้อันเป็นการรักษามาตรฐานของงาน แต่ในขณะเดียวกันบางครั้งหนังสือกำหนดวิธีทำงานอาจเกิดขึ้นโดยความเข้าใจผิดในหลักกฎหมายหรือมุ่งหมายในเรื่องนอกเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ได้ เมื่อกฎเกณฑ์เหล่านี้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกตามความเป็นจริงเพราะเจ้าหน้าที่ต้องนำไปใช้ กฎหมายจึงต้องก้าวเข้ามาควบคุมกฎเกณฑ์เหล่านี้ให้มีความถูกต้องทางกฎหมายด้วย แต่แนวทางจะแตกต่างจากกฎอย่างอื่น เพราะกฎเกณฑ์เหล่านี้มักไม่มีการพิมพ์แพร่หลาย

โดยสรุปหนังสือกำหนดวิธีทำงานในกรณีที่เป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชาต่อเจ้าหน้าที่จะเป็น “กฎ” ที่ผู้บังคับบัญชาอาจใช้ในองค์กรของตนได้ แต่บางกรณีจะเป็น “กฎเกณฑ์” โดยทางปฏิบัติเท่านั้น คือมีลักษณะทำนองอย่างกฎ แต่มีวิธีบังคับตามกฎหมายโดยทางอ้อมโดยมีเพียงการโน้มน้าวให้เกิดการปฏิบัติตาม ซึ่งในสภาพโน้มน้าวแต่เปิดดุลพินิจให้แก่เจ้าหน้าที่บ้างนั้นก็ปฏิเสธไม่ได้ว่ามีผลควรแก่การต้องควบคุมตรวจสอบทางกฎหมายด้วย ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นกฎจริงหรือกฎโดยอนุโลม หากมีการอ้างอิงมาเป็นฐานในการทำคำสั่งทางปกครองแล้วก็ควรให้ได้แย้งสิ่งนั้นได้โดยตรงเพื่อประสิทธิภาพในการคุ้มครอง มิใช่ต้องดำเนินคดีต่อเมื่อมีการนำมาใช้ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเท่านั้น เพราะคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นแล้วย่อมทำให้เกิดความเสียหายแล้ว และการต้องมีคำสั่งทางปกครองขึ้นก่อนนั้นขอบเขตของผู้เสียหายก็จะแคบลงจำกัดเฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องกับคำสั่ง

อนึ่ง ต่อมากฎหมายไทยก็ได้พัฒนาไปอีกระดับโดยบังคับให้มีการพิมพ์เผยแพร่หลายสิ่งที่เป็นกฎเกณฑ์เหล่านี้โดยให้ถือปฏิบัติวิธีการเดียวกับกฎคือ ให้หนังสือกำหนดวิธีทำงานมีการพิมพ์เผยแพร่หลายที่จะแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรม แต่เข้าใจว่าขณะนี้กระทรวง ทบวง กรมต่างๆ มิได้ตระหนักถึงความสำคัญนี้ และจนบัดนี้ยังไม่เคยเห็นมีการนำหนังสือกำหนดวิธีทำงานลักษณะดังกล่าวลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาเลย

3) หลักเกณฑ์เฉพาะในการควบคุมกฎ³⁴

โดยสรุปในทางกฎหมายปกครองมีการแยก “กฎ” ออกมาศึกษาเฉพาะ เพราะมีลักษณะบางอย่างที่แตกต่างจากคำสั่ง กฎโดยปกติจะมีลักษณะเฉพาะ ดังนี้

3.1) รูปแบบของกฎจะต้องประกาศเสมอ และอาจถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปของสังคมที่ปกครองโดยกฎหมายได้ว่าบุคคลควรมีโอกาสได้รู้ถึงกฎโดยอิสระ ทำให้กฎต้องมีการประกาศ กฎใดหากไม่ประกาศก็จะนำมาใช้บังคับในทางเป็นโทษแก่บุคคลไม่ได้เพราะเขาไม่อยู่ในสภาพจะปฏิบัติตามกฎนั้นได้ ต่างกับกรณีของคำสั่งซึ่งอาจใช้วิธีการอื่นแทนประกาศ

³⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 148-150.

3.2) วิธีการออกกฎจะซับซ้อนมากกว่าคำสั่ง เพราะกฎจะใช้บังคับกับคนเป็นจำนวนมาก กระบวนการออกกฎจึงมักจะมีวิธีกลั่นกรองเพื่อหาหลักการที่เหมาะสมด้วยทำให้แตกต่างไปจากคำสั่ง เช่น ต้องจัดประชุมรับฟังความคิดเห็น หรือผ่านการกลั่นกรองของหลายหน่วยงาน เป็นต้น

3.3) การโต้แย้งกฎจะมีลักษณะพิเศษ เพราะขณะที่กฎออกมาใช้บังคับนั้นผลที่เกิดต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรงยังไม่มี แนวทางที่จะโต้แย้งว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นใดจึงไม่อาจกระทำได้ เพราะยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ ในหลายประเทศจึงต้องรอให้มีการบังคับใช้กฎนั้นก่อน กล่าวคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแก่บุคคลใด เช่น มีการออกกฎกำหนดให้การปลูกสร้างโรงแรมที่มีขนาด 20 ห้อง ขึ้นไปต้องทำรายงานวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อน ซึ่งกฎนั้นจะเหมาะสมหรือไม่ หรือได้ออกมาโดยชอบหรือไม่ อาจยังเป็นปัญหาอยู่ แต่เมื่อยังไม่เกิดผลต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลผู้ใดจึงยังไม่อาจเสนอเป็นคดีให้ องค์การวินิจฉัยคดีปกครองพิจารณา จนกระทั่งเมื่อใดมีผู้ลงมือก่อสร้างโรงแรมขนาด 20 ห้อง โดยไม่ทำรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อม³⁵ และเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้ผู้นั้นระงับการก่อสร้าง ดังนี้ จึงจะเกิดปัญหาโต้แย้งและนำไปฟ้องคดีได้ และในการนั้นจะมีปัญหาพิจารณา ต่อมาได้ว่ากฎนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ลักษณะดำเนินคดีแบบนี้เป็นการดำเนินการในลักษณะประเด็นสืบเนื่อง ซึ่งทำให้เสี่ยงต่อความเสียหายและความไม่แน่นอนของสิทธิหน้าที่ได้มากเพราะการโต้แย้งกฎก่อนหน้านั้นไม่สามารถกระทำได้ และผลการพิจารณาก็จะมีผลแต่ในระหว่างคู่กรณี แม้ว่ากฎนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ก็ยังจะต้องปฏิบัติตามและนำกฎไปใช้กับคนอื่นต่อไป ด้วยเหตุนี้จึงมีกฎหมายบางฉบับกำหนดให้ผู้ที่จะอยู่ในบังคับสามารถดำเนินคดีโต้แย้งกฎต่อองค์การวินิจฉัยคดีปกครองได้โดยตรงซึ่งมีผลให้มีการพิจารณาเพิกถอนกฎได้โดยตรง

3.4) การเพิกถอนกฎจะมีหลักเกณฑ์เฉพาะ เนื่องจากกฎจะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในอนาคตในระหว่างนั้นจึงยังไม่มีผลต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลใด การเพิกถอนกฎโดยการยกเลิกและออกใหม่จึงสามารถทำได้เสมอ เพราะยังไม่มีผลเป็นการให้ประโยชน์ในระหว่างนั้น แต่หากคำสั่งก็จะเกิดผลในกฎหมายโดยแน่นอนต่อสิทธิของบุคคลแล้ว ดังนั้น การจะเพิกถอนคำสั่งจะต้องคำนึงถึงหลักความเชื่อโดยสุจริตในการมีอยู่ของคำสั่งประกอบด้วย

³⁵ รายงานผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม หรือ EIA (Environment Impact Analysis) มีความจำเป็นเนื่องจากเพื่อทำให้ทราบผลกระทบทางบวกและทางลบของโครงการที่มีต่อสิ่งแวดล้อมหรือช่วยให้มีมาตรการติดตามตรวจสอบ และแผนปฏิบัติการลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม.

2.1.4 สัญญาทางปกครอง³⁶

ในความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองด้วยกันหรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน อาจมีการเลือกทำสัญญากันแทนการมีคำสั่งทางปกครองก็ได้ แม้ในกรณีนั้นจะมีกฎหมายให้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองไว้แล้วก็ตาม หรือเป็นกรณีไม่มีกฎหมายให้อำนาจบังคับโดยตรง การผูกพันกันก็จำเป็นต้องใช้วิธีตกลงทำสัญญา

สัญญาจะแตกต่างจากคำสั่งเพราะเป็นกรณีที่ต้องมีความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งด้วย สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองนำมาใช้อาจมีได้ 2 ชนิด คือ (1) สัญญาตามกฎหมายเอกชน โดยหน่วยงานทางปกครองและเอกชนอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน และสัญญาประเภทนี้อยู่ในบังคับของกฎหมายเอกชน และ (2) สัญญาทางปกครอง โดยหน่วยงานทางปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า และสัญญาประเภทนี้อยู่ในบังคับของกฎหมายปกครอง การที่จะทำสัญญาประเภทใดขึ้นอยู่กับความพอใจของกลุ่มและการต่อรองกัน สัญญาทางปกครองนั้นต้องเป็นสัญญาที่เอกชนรับทำกิจการอันเป็นการงานของรัฐ ซึ่งโดยปกติจะเป็นงานบริการสาธารณะ แต่จะเป็นงานอื่นของรัฐก็ได้

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจะเป็นไปตามกฎหมายเรื่องสัญญา แต่ในการจะเข้าทำสัญญากับผู้ใดจะมีขั้นตอนการพิจารณาและการตัดสินใจอยู่ด้วยซึ่งเป็นการมีคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งและย่อมอยู่ในหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามเกณฑ์ปกติ โดยที่กิจการของรัฐเป็นประโยชน์สาธารณะมิใช่ของผู้หนึ่งผู้ใด การจะทำสัญญากับเอกชนคนใดจึงมีหลักเกณฑ์กำกับให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่แท้จริง โดยหลักแล้วก็จะยึดความเท่าเทียมกันในการแข่งขันระหว่างเอกชนและหลักการเปิดเผยเป็นสำคัญเพื่อประกันประโยชน์สาธารณะ

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ จึงมีหลักกฎหมายพิเศษบางประการที่ต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชน เช่น

(1) รัฐเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ เมื่อใดมีความจำเป็นต้องพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะ รัฐย่อมเลิกสัญญาทางปกครองได้ แต่รัฐต้องชดเชยประโยชน์ที่เอกชนเสียหาย เมื่อการงานตามสัญญาเป็นงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นการให้จัดทำบริการสาธารณะ การให้ชุดหาทรัพยากรธรรมชาติ หรือการให้จัดทำกิจการผูกขาดก็ตาม การที่รัฐต้องการกลับเข้ารับผิดชอบเองก็สมควรให้เป็นไปตามนั้น รัฐเป็นองค์กรของประชาชนและมีอำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุด ดังนั้น จะมีสัญญาผูกมัดอำนาจอธิปไตยไม่ได้ ดังนั้น กรณีใดตรงกับสัญญาจ้างทำของ นักกฎหมายไทยก็คงยอมรับไป

³⁶ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ความหมายคำว่า สัญญาทางปกครอง ว่า หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.

ใช้ได้เลยเพราะเป็นหลักการทำนองเดียวกัน ส่วนสัญญาทางปกครองในลักษณะอื่นก็จะอยู่ที่การตีความกฎหมายที่จะนำบทบัญญัติมาอนุโลมใช้ได้หรือไม่ เพราะแท้จริงกิจการทุกอย่างเป็นกิจการของรัฐ หากแต่รัฐมอบให้เอกชนดำเนินการแทนในรูปแบบสัญญาลักษณะต่างๆ เท่านั้น

(2) ให้ปรับสัญญาในกรณีมีเหตุไม่อาจคาดหมาย โดยที่บริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง กรณีที่เกิดเหตุไม่อาจคาดหมายได้ ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาได้ยากกว่าเดิมและมีผลกระทบฐานะการเงินของคู่สัญญานั้น เอกชนคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติงานต่อไปจะอ้างเป็นเหตุเลิกสัญญาไม่ได้ แต่อาจขอปรับเงื่อนไขในสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้ เช่น ขอเพิ่มราคาหรือค่าตอบแทน เป็นต้น ซึ่งเหตุอันไม่อาจคาดหมายนี้อาจเป็นการกระทำของฝ่ายรัฐในเรื่องต่างๆ (มิใช่ในเรื่องสัญญาโดยตรงที่จะเป็นไปตามหลักของสัญญาปกติอยู่แล้ว) หรือเป็นเหตุอื่นที่ไม่เกี่ยวกับฝ่ายรัฐก็ได้ แต่ถ้าให้ปรับราคาหรือค่าตอบแทนกันอย่างใดการปฏิบัติตามสัญญาก็ไม่อาจเป็นไปได้อีกเลย จึงจะถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะต้องเลิกสัญญาต่อกัน³⁷

2.1.5 การกระทำทางกายภาพ³⁸

การกระทำทางกายภาพมิใช่การกระทำที่มุ่งต่อผลให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย (มิใช่นิติกรรม) แต่เป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากเหตุของข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ

การกระทำทางกายภาพอาจเกิดใน 2 กรณี

(1) มีกฎหมายให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง แต่ไม่มีการปฏิบัติตาม ถ้าเจ้าหน้าที่เห็นว่ามีความสำคัญที่จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเข้าไปปฏิบัติการเองและเรียกค่าใช้จ่ายจากผู้ฝ่าฝืน เช่น มีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ผิดกฎหมาย ถ้าเจ้าของอาคารไม่ปฏิบัติ เจ้าหน้าที่สามารถจัดหาคนเข้าไปดำเนินการรื้อถอนเองอันเป็นการกระทำทางกายภาพ

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

การกระทำทางกายภาพแยกออกเป็นอีก 2 ชนิด คือ (1) การสื่อความหมาย เช่น การให้ข้อมูลข่าวสาร การปิดป้ายเตือน และ (2) การกระทำจริงๆ ได้แก่ การชำระเงิน การเดินทางโดยรถราชการ การสร้างถนน หรือการก่อสร้างสถานที่ราชการ แม้ว่าการกระทำทางกายภาพมิได้มุ่งโดยตรงต่อการให้เกิดผลในกฎหมาย แต่ก็ต้องระวังให้การกระทำนี้ถูกต้องและไม่ขัดต่อกฎหมาย

³⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 150-154.

³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 154-155.

ไม่เช่นนั้นจะเกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางละเมิดปกครองหรือความรับผิดชอบนอกเหนือสัญญาได้ เช่น จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้ หลักการกระทำโดยมีเหตุอันควร อันเป็นหลักทั่วไปจะมีความสำคัญอย่างมากต่อการกระทำทางกายภาพ ผลของการกระทำทางกายภาพมิใช่เรื่องโมฆะหรือเพิกถอนการกระทำ แต่จะเป็นการขอให้เจ้าหน้าที่ระงับการกระทำโดยให้หยุดและให้ผู้เสียหายคืนสู่ฐานะเดิมโดยได้รับการปฏิบัติการเพื่อชดใช้ความเสียหาย

2.2 การควบคุมฝ่ายปกครอง

ในการปกครองจำต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ ซึ่งเรียกว่า “รัฐบาล” รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแนวทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวันโดยปฏิบัติงานต่างๆ เพื่อสนองตอบความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ”³⁹

2.2.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง

Jean Rivero ได้อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการ คือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง”⁴⁰

Hartmut Maurer กล่าวว่า การให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” อาจให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา และฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ

1) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา หมายถึง องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทำภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ โดยถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา อาจให้ความหมายได้อีก 2 ลักษณะ คือ

1.1) การให้ความหมายในทางปฏิเสธ มีพื้นฐานมาจากหลักคำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งมีการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการตามทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ

³⁹ ประยูร กาญจนดุล. (2523). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 13-16.

⁴⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2545). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 89.

ภารกิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง ภารกิจที่ไม่ใช่ภารกิจในทางนิติบัญญัติ และไม่ใช่ภารกิจในทางตุลาการ

1.2) การให้ความหมายในทางพรรณนา โดยให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์การของรัฐที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐมีผลในทางความเป็นจริงขึ้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง Forsthoff ให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์การของรัฐที่มีหน้าที่ในทางสังคมในขอบเขตของกฎหมายและอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย Wolf ให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์การที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ โดยทั่วไปแล้วเป็นองค์การที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเป็นองค์การที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ⁴¹

2) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ หมายถึง ฝ่ายปกครองที่ทำภาระหน้าที่ในทางปกครองโดยรวม ภาระหน้าที่ที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า ภาระหน้าที่นั้นเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้หรือไม่

จากการศึกษาความหมายของฝ่ายปกครองอาจให้สาระสำคัญของฝ่ายปกครองนั้น อาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 4 ประการ⁴² กล่าวคือ

1. พิจารณาในแง่ของภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องของการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่ที่เกี่ยวกับเรื่องของส่วนรวมและเรื่องของมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม

2. พิจารณาในแง่ของผลประโยชน์ การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์สาธารณะในบางกรณีย่อมสอดคล้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และในบางกรณีอาจขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย

3. พิจารณาจากการดำเนินการ การดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการโดยมีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติการตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในลักษณะที่เป็นนามธรรม-ทั่วไป ฝ่ายปกครองจะทำให้สิ่งที่เป็นามธรรม-ทั่วไปเหล่านั้นเป็นรูปธรรมที่เป็นจริงขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การทำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกับการปฏิบัติการตามกฎหมายเท่านั้น การดำเนินการของฝ่าย

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. หน้า 12-13.

⁴² Hatmut Maurer. (1992). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. S.2 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ.

ปกครองอาจมีลักษณะอื่นๆ อีกได้แต่ก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย และต้องผูกพันต่อแนวนโยบายของรัฐบาล

4. พิจารณาจากลักษณะการกระทำ ลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการที่เป็นรูปธรรมในกรณีใดกรณีหนึ่ง และเป็นการทำให้เกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้การกระทำของฝ่ายปกครองจึงแตกต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีที่ไม่อาจจะกำหนดจำนวนได้

2.2.2 ความจำเป็นในการควบคุมฝ่ายปกครอง

การดำเนินการของรัฐที่เป็นฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การที่จะทำให้การดำเนินการกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้ จึงจำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนได้ ลักษณะการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองจึงจำเป็นการใช้อำนาจเหนือที่อาจไปกระทบต่อปัจเจกบุคคลได้ และโดยที่ภาระหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ได้มีการขยายขอบเขตไปอย่างกว้างขวาง แต่เดิมนั้นรัฐมีภาระหน้าที่ที่เรียกว่าเป็น รัฐเฝ้ายาม กล่าวคือ มีภาระหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ ดูแลความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและดูแลความมั่นคงของประเทศจากการรุกรานของศัตรูภายนอกประเทศ ต่อมาภารกิจของรัฐได้ขยายตัวขึ้นอย่างกว้างขวาง นอกเหนือจากภาระหน้าที่ 2 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว รัฐสมัยใหม่ได้ขยายภารกิจในการเข้าไปดำเนินการบริการสาธารณะต่างๆ มากขึ้น การขยายภารกิจของรัฐดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลต่อการเพิ่มภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมากขึ้นเช่นกัน ยิ่งฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากเพียงใด การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองที่จะไปกระทบต่อสิทธิของประชาชนก็มีมากขึ้นเพียงนั้น ด้วยเหตุนี้เองจึงมีความจำเป็นที่จะต้องไปกระทบต่อสิทธิของประชาชนก็มีมากขึ้นเพียงนั้น และด้วยเหตุนี้เองจึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมฝ่ายปกครอง⁴³

2.2.3 หลักการอันเป็นรากฐานของการควบคุมการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง

แนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดหรือควบคุมอำนาจรัฐนั้นมิใช่เพิ่งเกิดขึ้นในสมัยที่เข้าสู่ยุคเสรีประชาธิปไตย ความจริงมีที่มาตั้งแต่ยุคกลางตอนปลาย (Later Middle Ages) ช่วงศตวรรษที่ 12-15 ในการนับถือกฎหมายว่าอยู่สูงกว่าอำนาจรัฐ (Higher Law) อันมีรากฐานมาจากปรัชญากฎหมายธรรมชาติ⁴⁴ ที่เชื่อถึงความเป็นนิรันดร์ ความเป็นสากลและความสูงสุดของกฎหมาย

⁴³ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม, หน้า 20-21.

⁴⁴ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติมีที่มาตั้งแต่สมัยโบราณ อริสโตเติล (ช่วงระยะเวลา 384-322 ปีก่อนคริสตกาล) ก็ได้เคยพูดถึงการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ไว้บ้างแล้ว โดยอริสโตเติลเห็นว่าการปกครองโดยกฎหมายย่อมดีกว่าปกครองโดยมนุษย์ซึ่งยังมีธรรมชาติของความเป็นสัตว์หลงเหลืออยู่ แต่ยังไม่มีการยืนยัน

ธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือถูกปกครองต่างก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนี้ แต่แนวคิดนี้ก็เสื่อมสลายลงชั่วคราวในช่วงที่เข้าสู่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) ที่ถือว่ากษัตริย์มีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายใดๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่ประเทศอังกฤษที่ยังถือหลักกฎหมายเป็นใหญ่ หรือความสูงสุดแห่งกฎหมาย (Supremacy of Law) ตั้งแต่สมัยกลางจนถึงปัจจุบัน ไม่ได้ยอมรับความคิดว่าผู้ปกครองเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตย มีอำนาจเด็ดขาดไม่จำกัดอย่างบรรดาประเทศในภาคพื้นยุโรป เหตุการณ์เรื่อง Magna Carta เมื่อ ค.ศ. 1215 เป็นพยานแสดงยืนยันถึงการถือหลักพระเจ้าแผ่นดินต้องอยู่ใต้กฎหมายได้เป็นอย่างดี⁴⁵ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเป็นที่มาของหลัก “นิติกรรม” (The Rule of Law) หรือหลัก “ความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (natural justice) ในประเทศอังกฤษ แล้วสหรัฐอเมริกาได้รับไปปรุงแต่งเป็นหลัก “กระบวนการทางกฎหมายที่เป็นธรรม” (Due Process of Law) ซึ่งจะแตกต่างไปจากหลัก “นิติรัฐ” (Legal state) ในประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งเกิดจากการหักล้างทางความคิดและสถาบันกันอย่างรุนแรงดังเช่นที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส

หลักการเหล่านี้แม้จะมีชื่อเรียกขานที่ต่างกันแต่ก็มีจุดมุ่งหมายร่วมกัน คือรัฐจะต้องถือกฎหมายเป็นใหญ่ รัฐจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายและจะใช้อำนาจได้ก็แต่โดยที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น จะกระทำการตามอำเภอใจไม่ได้ หากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบด้วยกฎหมายก็จะต้องมีกระบวนการทางกฎหมายในการเยียวยาแก้ไขให้แก่ประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพในขณะเดียวกันก็ไม่เป็นอุปสรรคต่อการใช้อำนาจรัฐให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณชนโดยส่วนรวม แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน แต่ก็มีข้อแตกต่างกันในรายละเอียดคือ หลักนิติธรรมถือว่าบุคคลทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมายอยู่ภายใต้ศาลเดียวกัน ส่วนหลักนิติรัฐของประเทศภาคพื้นยุโรป เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีศาลพิเศษ และหลักกฎหมายพิเศษที่มีกฎหมายแตกต่างหากออกไปจากหลักกฎหมายเอกชน ในจุดนี้เองที่ทำให้หลักนิติรัฐของประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างจากหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ⁴⁶

ถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดในสมัยกรีกหรือโรมัน เพิ่งจะเริ่มมีการยอมรับกันในสมัยกลาง ซึ่งเชื่อกันว่าเป็นที่มาของระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism).

⁴⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2548). *นิติปรัชญา*. หน้า 141.

⁴⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชน และควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. หน้า 20-21.

1) หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

หลักนิติธรรมของประเศอังกฤษมีความเป็นมาอันยาวนาน นอกจากจะได้รับอิทธิพลจากศาสนาคริสต์ในเรื่องของกฎหมายธรรมชาติแล้ว อังกฤษก็ยังมีระบบขุนนางที่มีความเข้มแข็งในยุคศักดินา (Feudalism) ซึ่งนอกจากจะมีอำนาจถือครองที่ดินแทนกษัตริย์ มีกองกำลังของตัวเองในการดูแลผลประโยชน์ในที่ดินแล้วก็ยังมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นในท้องถิ่นตน โดยนัจาริตประเพณีซึ่งเป็นมรดกตกทอดมาจากเผ่าแองโกลแซกซอน (Anglo-Saxson) ที่เคยปกครองอังกฤษแต่ดั้งเดิมมาตัดสินอันเป็นส่วนหนึ่งของการให้กำเนิดระบบ Common Law ซึ่งทำให้กษัตริย์อังกฤษไม่มีอำนาจเหนือแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (absolute) เหมือนกษัตริย์ในภาคพื้นยุโรป ดังเช่น ในสมัยของพระเจ้าจอห์น (John) กษัตริย์ผู้อ่อนแอของอังกฤษที่ถูกจำกัดอำนาจโดยพวกขุนนางโดยบังคับให้พระองค์ลงนามในเอกสารกฎบัตรที่ถูกเขียนขึ้นเป็นภาษาละติน เรียกว่า Magna Carta เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1215⁴⁷ ที่ได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมไว้ด้วยเฉพาะในข้อ 39 มีสาระสำคัญว่า บุคคลไม่อาจจะถูกจับกุมคุมขัง หรือถูกประกาศให้เป็นคนนอกกฎหมาย หรือถูกเนรเทศ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาจากบุคคลชนชั้นเดียวกับตนและตามกฎหมายของแผ่นดิน⁴⁸ และข้อ 40 ที่ว่าความยุติธรรมไม่ใช่สิ่งที่จะหาซื้อกันได้ ไม่อาจถูกปฏิเสธหรือถูกชะลอไว้ในกาที่จะให้บุคคลใด ซึ่งเป็นหลักของกระบวนการยุติธรรม ศาลจะต้องพิจารณาอย่างเสมอภาคโดยไม่คำนึงถึงฐานะของบุคคล

2) หลักกระบวนการทางกฎหมายที่เป็นธรรม (Due Process of Law)

คำว่า “due process of law” ถูกนำมาใช้ในความหมายเดียวกันกับ “the law of the land” ในมาตรา 39 ของ Magna Carta ค.ศ. 1215 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นที่เข้าใจและยอมรับกันว่าเป็นข้อเรียกร้องพื้นฐานที่สำคัญของหลักความยุติธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนต่อการใช้อำนาจอันมิชอบของรัฐ หลักนี้ได้มีอิทธิพลเผยแพร่ไปยังประเทศอาณานิคมของอังกฤษ

⁴⁷ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ถูกจำกัดลงอีกหลายครั้งโดยกฎหมายของรัฐสภา เช่น Petition of Rights 1629, Bill of Rights 1689 และ Act of Settlement 1701 ดังนั้น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ถูกจำกัดลงทั้งโดย Common Law และกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา.

⁴⁸ การได้รับการพิจารณาจากบุคคลที่อยู่ชนชั้นเดียวกับตนเป็นที่มาของระบบลูกขุน (Jury) ส่วนคำว่า “กฎหมายของแผ่นดิน” ภาษาอังกฤษแปลมาจากภาษาละตินใช้คำว่า “the law of the land” ซึ่งต่อมาถูกนำไปใช้ในความหมายในสถานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดซึ่งมีที่มาจากกฎหมายธรรมดาสามัญของแผ่นดิน ซึ่งมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐสภาเป็นจำนวนมากที่ถูกศาลพิพากษาว่าขัดกับหลัก Common Law แต่หลังจากปี ค.ศ. 1688 ซึ่งเข้าสู่ยุครัฐสภามีอำนาจสูงสุด (Supremacy of Parliament) ศาลก็ไม่เคยพิพากษาว่ากฎหมายของรัฐสภาเป็นโมฆะอีกเลย.

ควบคู่ไปกับหลัก Common Law และแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ค.ศ. 1868 มีบทบาทในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกระบวนการนิติบัญญัติตั้งแต่ปี ค.ศ. 1880 โดยถือเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำในการบัญญัติกฎหมายและได้พัฒนามาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานทั่วไป พื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญเสรีภาพ สิทธิและทรัพย์สินของประชาชนได้รับการประกันตามกฎหมายอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร กระบวนการพิจารณาโดยลูกขุนหรือหลักสิทธิมนุษยชนถือเป็นส่วนหนึ่งของ due process of law การกระทำของรัฐทุกประเภท ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครองและการปฏิบัติของตำรวจ ตุลาการ จะต้องคำนึงถึงหลักเหล่านี้

หลัก due process of law ยึดหลักการรับฟังคู่กรณีและหลักความไม่มีส่วนได้เสียทำนองเดียวกับหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ (Natural Justice) ของประเทศอังกฤษ แต่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้พัฒนา และขยายหลักการดังกล่าวให้มีความหมายกว้างขวางกว่าหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตัวอย่างเช่น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักปฏิบัติตามหลัก due process of law ของฝ่ายปกครองไว้ คือ ให้นำวิธีพิจารณาคดีของศาลมาใช้ซึ่งก็ได้มีความพยายามของนักนิติศาสตร์ที่จะแจกแจงส่วนประกอบของวิธีพิจารณาโดยผลงานทางวิชาการที่มีอิทธิพลในทางกฎหมายปกครอง คือ บทความชื่อ “การไต่สวนบางรูปแบบ”⁴⁹ (Some Kind of Hearing) ของเฮนรี เฟรนด์ลี (Henry Friendly) ซึ่งได้แบ่งวิธีพิจารณาที่ถูกบังคับโดยบทบัญญัติว่าด้วยหลัก due process of law ออกเป็น 10 ส่วน แต่ละส่วนมีความสำคัญตามลำดับก่อนหลังดังนี้

- (1) องค์รวินิจฉัยที่ปราศจากอคติ
- (2) การแจ้งเรื่องที่จะกระทำและเหตุที่มาของการกระทำ
- (3) โอกาสที่เสนอเหตุผลว่าเพราะเหตุใดการดังกล่าวไม่ควรที่จะกระทำ
- (4) สิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานรวมทั้งสิทธิที่จะขอให้เรียกบุคคลมาเป็นพยาน
- (5) สิทธิที่จะได้รับรู้เกี่ยวกับพยานหลักฐานฝ่ายตรงกันข้าม
- (6) สิทธิที่จะถามค้านพยานฝ่ายตรงข้าม
- (7) คำวินิจฉัยที่อาศัยพยานหลักฐานที่เสนอมาเท่านั้น
- (8) โอกาสที่จะให้ทนายความทำการแทน
- (9) ข้อกำหนดที่บังคับให้องค์รวินิจฉัยจัดให้มีสำนวนความเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่เสนอมา
- (10) ข้อกำหนดที่บังคับให้องค์รวินิจฉัยจัดให้มีการฟังข้อเท็จจริงและเหตุผลและคำวินิจฉัยเป็นลายลักษณ์อักษร

⁴⁹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2537.) พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 87.

หลัก due process of law นั้น สิทธิของผู้มีส่วนได้เสียก็เกือบจะเป็นอย่างเดียวกับสิทธิของจำเลยในคดีอาญา กล่าวคือ ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาขององค์กรฝ่ายปกครอง กฎเกณฑ์ดังกล่าวถือว่าเป็นหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติเพื่อให้การกระทำในทางการปกครองชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามก็จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในปี ค.ศ. 1946 รัฐสภาสหรัฐได้ประกาศใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (The Administrative Procedure Act 1946) หรือ APA กำหนดขั้นตอนและกระบวนการขั้นพื้นฐานขององค์กรฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาด และการตรวจข้อบังคับ รวมทั้งอำนาจศาลยุติธรรมในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการใช้มาตรการในทางป้องกัน และพัฒนามาจากหลัก due process of law มิได้สร้างหลักกฎหมายใหม่ขึ้นแต่อย่างใด หากแต่ต้องและยืนยันแนวกฎหมายเดิมที่ยังไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น⁵⁰

3) หลักนิติรัฐ (Legal State)

การนับถือกฎหมายเป็นใหญ่ในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปก็มีรากฐานมาจากปรัชญากฎหมายธรรมชาติเช่นเดียวกับหลักนิติธรรม เพียงแต่ความเป็นเลิศของกฎหมายหรือความสูงสุดแห่งกฎหมายของยุโรปได้สะดุดหยุดลงชั่วระยะเวลาหนึ่งในช่วงที่มีแนวความคิดสนับสนุนอำนาจกษัตริย์ว่ามีอำนาจล้นพ้นเหนือทุกสิ่งทุกอย่างในรัฐ ต่อมาเมื่อมีการล้มล้างระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้เป็นผลสำเร็จ หลักความสูงสุดแห่งกฎหมายก็กลับมาเฟื่องฟูอีกครั้งหนึ่งในรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ในรูปของหลักนิติรัฐ โดยมีรากฐานมาจากแนวคิดในเรื่องการจำกัดตนเองภายใต้กฎหมายซึ่งตนเองเป็นผู้ตราขึ้น ซึ่งมีอยู่ 2 ทฤษฎีหลักๆ คือ

(1) ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจตนเองด้วยความสมัครใจ (auto-limitation) ซึ่งนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันค่ายเสรีนิยม คือ Ihering และ Jellinek เป็นผู้เสนอ หลักของทฤษฎีนี้ ก็คือรัฐไม่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้น และกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดสถานะของอำนาจทางการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร แต่ทฤษฎีนี้ไม่ได้รับความนิยมนิยมในฝรั่งเศส

(2) ทฤษฎีนิติรัฐ (Etat de Droit) บุคคลที่เสนอแนวคิดนี้คนแรกได้แก่ นักปรัชญาสัญญาประชาคมอย่างรุสโซ แต่คนที่ให้ความสนใจเป็นพิเศษคือ มองเตสกีเออ และคนที่สรุปแนวคิดไว้อย่างชัดเจนที่สุด คือ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ชื่อ การ์เร เดอ มัลแบร์ (R. Carre de Malberg) ที่ว่า

⁵⁰ อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ. (มกราคม-มีนาคม, 2540). “กลไกการควบคุมการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองในประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง.” ดุลพาห, 44(1). หน้า 40.

“ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินการอะไรก็ได้ ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็น ในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้นจะทำได้ อย่างไรก็ได้ ตรงกันข้ามกับนิติรัฐ (Etat de droit หรือ Rechtsstat) ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกันนั่นก็คือการจำกัดอำนาจรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใดๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายรัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใดๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรง หรือโดยปริยาย

หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักที่รัฐต้องให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถนำไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลงหรือให้เลิกใช้การกระทำนั้นๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบและที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย

ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ที่กล่าวมาข้างต้นแยกอธิบายได้เป็น 4 ประการ คือ

1. รัฐจะต้องถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ จะต้องถูกควบคุมหรือจำกัดโดยกฎหมาย เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (arbitrary power) รัฐต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเองในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนที่กำหนดการกระทำของรัฐเป็น 2 ประการ คือ (1) กำหนดสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน (2) กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐ

หรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด⁵¹ ดังนั้น จะเห็นว่านิติรัฐเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน เป็นประโยชน์ของประชาชนแต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ลดทอนประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐ

2. รัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย รัฐจะดำเนินการหรือใช้มาตรการนอกเหนือไปจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น⁵² โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้ไม่ได้เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองไม่สามารถฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

3. รัฐจะใช้มาตรการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจไม่ได้ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้มาตรการใดๆ ต่อปัจเจกชนได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังคำกล่าวที่ว่า “หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจรัฐไว้จะกระทำมิได้” ซึ่งตรงข้ามกับปรัชญาของกฎหมายเอกชนที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายห้าม ย่อมทำได้”

4. วิธีการแก้ไขเยียวยา แม้หลักนิติรัฐจะเป็นระบบที่ป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการตามอำเภอใจแล้วก็ตาม หากฝ่ายปกครองยังกระทำละเมิดต่อกฎหมาย ปัจเจกชนก็ยังมีวิธีแก้ไขเยียวยาโดยนำข้อพิพาทไปสู่องค์กรวินิจฉัยคดีเพื่อยกเลิกเพิกถอนเปลี่ยนแปลงการกระทำของฝ่ายปกครองหรือให้ชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดต่อกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ตามระบบนิติรัฐไม่อาจดำรงอยู่ได้หากการใช้อำนาจไปผูกขาดอยู่ที่องค์กรเดียว ดังนั้น ระบบนิติรัฐจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่สมดุลเพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบโดยองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดเพียงองค์กรเดียว โดยให้รัฐสภามีอำนาจหลักในการตรากฎหมาย ฝ่ายบริหารจะต้องกระทำการตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และหากมีข้อพิพาท ศาลก็จะเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ซึ่งก็เป็นไปตามหลักที่รัฐจะต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั่นเอง อันจะทำให้หลักการเคารพต่อกฎหมาย

⁵¹ ส่วนระบบรัฐตำรวจ (police state) ซึ่งเป็นระบบที่ใช้อยู่ในประเทศสแกนดิเนเวีย (Civil Law) ในคริสต์ทศวรรษที่ 18 จะเน้นการบรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ โดยไม่คำนึงถึงวิธีการที่จะนำไปสู่เป้าหมายนั้น ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนจึงถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปล่วงละเมิดอยู่เสมอเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่เคารพต่อกฎหมาย เว้นแต่กรณีที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์ภายในของหน่วยงานโดยเคร่งครัด.

⁵² กฎหมายในที่นี้รวมถึงกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักกฎหมายทั่วไป จารีตประเพณี หรือบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล.

ขององค์กรทั้งหลายของรัฐเป็นไปได้อย่างจริงจัง และมีประสิทธิภาพมากกว่าการที่จะให้อำนาจทั้งหมดอยู่ที่องค์กรใดเพียงองค์กรเดียว

หลักนิติรัฐที่เป็นหลักพื้นฐานสำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครองนี้ ยังประกอบด้วยหลักย่อยอีก 3 หลัก กล่าวคือ

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

1.1) ประวัติความเป็นมาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ในสังคมยุคโบราณ มีความเชื่อกันว่าอำนาจสูงสุดเป็นของพระเจ้า (The Supremacy of God) ต่อมาในสมัยกลาง ศาสนจักรคริสเตียนที่ยังคงดำรงอยู่ได้หลังจากจักรวรรดิโรมันได้ล่มสลายไปแล้วก็รุ่งเรืองขึ้นตามลำดับ พระสันตะปาปา (Pope) ซึ่งเป็นผู้นำทางศาสนา มีอำนาจขึ้นจนถึงกับอ้างว่าตนเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุด (The Supremacy of the Pope) สืบทอดต่อจากพระเจ้าเป็นผู้มีอำนาจครอบคลุมกว้างขวางไปทั่วพื้นพิภพ ทั้งนี้ก็เพื่อจะสร้างอำนาจเหนือกษัตริย์ทั้งหมดในยุโรปในขณะนั้น

ต่อมาเมื่อในราวปลายคริสต์ศตวรรษที่ 15 ฝ่ายศาสนจักรเริ่มเสื่อมทราลงยุคแห่งสมัยกลางหรือยุคมืดก็เปลี่ยนเป็นยุคตื่น เริ่มก้าวเข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) ซึ่งเกิดขึ้นที่ประเทศอิตาลีเป็นแห่งแรก โดยฟื้นฟูศิลปและวัฒนธรรมของคนในยุคสมัยกรีกและโรมันขึ้นมาใหม่ มีการแย่งชิงอำนาจกันระหว่างบรรดาเจ้าผู้ครองนครต่างๆ ผู้ที่เข้มแข็งที่สุด (first among equals) ก็สถาปนาตัวขึ้นเป็นกษัตริย์ การได้มาซึ่งอำนาสดังกล่าวเป็นด้วยสะท้อนให้เห็นถึงความมีคุณค่าในตัวเองของฝ่ายอาณาจักรที่ไม่จำเป็นต้องพึ่งฝ่ายศาสนจักรอีกต่อไป จึงได้มีนักคิดอ้างทฤษฎีขึ้นมาสนับสนุน โดยอ้างว่าแท้ที่จริงแล้วอำนาจสูงสุดเป็นของกษัตริย์แต่ละพระองค์ (the Supremacy of the King) โดยต่างมีอำนาจในรัฐของตนต่างหากหากจากกันไม่ได้ครอบคลุมไปทั่วอย่างฝ่ายศาสนจักรอ้าง เช่น มาเคียเวลลี (Machiavelli 1469-1527) นักปราชญ์ชาวอิตาลีก็ได้กล่าวยกย่องอำนาจรัฐไว้ในหนังสือชื่อ “The Prince” เป็นการแยกรัฐออกจากศาสนจักรไม่ผูกพันกับพระเจ้า ต่อมา ชอง โบแดง ได้นำคำว่า “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty) มาอธิบายอำนาจสูงสุดดังกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ของ โบแดง (Jean Bodin 1530-1596) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสได้เขียนหนังสือว่าด้วยรัฐ 6 เล่ม (Les Six Livres de la Republique) โดยโบแดงพยายามชี้ให้เห็นว่ารัฐจะดำรงอยู่และดำเนิน

ไปได้จะต้องมีอำนาจการปกครองสูงสุดในแผ่นดินที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty)⁵³ ซึ่งเป็นอำนาจที่อยู่เหนือพลเมืองของรัฐเป็นอำนาจที่เด็ดขาด ไม่ถูกจำกัดหรือยับยั้งด้วยกฎหมายใดๆ เป็นการเน้นย้ำให้เห็นถึงความสมบูรณ์แห่งการเป็นรัฐด้วยตัวของมันเองโดยไม่ต้องพึ่งพิงอำนาจจากศาสนจักรหรือรัฐอื่นและมีอำนาจอธิปไตยเฉพาะในเขตแดนของรัฐตนเท่านั้น ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของความเป็นรัฐสมัยใหม่⁵⁴ นอกจากนั้นโบแดงได้กล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยไว้เป็นหลายอำนาจ เช่น อำนาจในการตรากฎหมาย แก้ไขยกเลิกกฎหมาย อำนาจในการทำสงครามและสันติภาพ อำนาจในการเก็บภาษีอากร อำนาจในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ อำนาจในการอภัยโทษ อำนาจในการพิพากษาคดีและอำนาจในอันที่จะเพิ่มหรือลดค่าเงินตรา แต่โบแดงกลับมาสสรุปตอนท้ายสุดว่าอำนาจต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่รวมอยู่ในอำนาจตรากฎหมาย ยกเลิกกฎหมายและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรืออำนาจนิตินบัญญัตินั่นเอง⁵⁵ จะสังเกตเห็นว่า ของ โบแดง ได้กล่าวถึงอำนาจอื่นๆ ซึ่งอาจแยกได้จากอำนาจนิตินบัญญัติ แต่ในท้ายที่สุดกลับนำไปสรุปรวมไว้กับอำนาจนิตินบัญญัติ ซึ่งเป็นการแบ่งแยกที่ค่อนข้างจะคลุมเครือ ทั้งที่ก่อนหน้านี้ อริสโตเติล (Aristotle 384-322 B.C.) ก็ได้เคยกล่าวถึงการใช้อำนาจรัฐในเชิงแบ่งแยกอำนาจไว้บ้างแล้วในหนังสือชื่อ “Politics” ว่ารัฐมีองค์ประกอบอยู่ 3 ประการคือ องค์ประกอบที่ดำเนินกิจการสาธารณะในการออกกฎหมาย การผูกสัมพันธ์ไมตรี องค์ประกอบเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวกับการจัดตั้งหน่วยงาน อำนาจหน้าที่ของรัฐ การกำหนดนโยบายและออกคำสั่งในส่วนที่เกี่ยวกับการเก็บภาษีและ การป้องกันประเทศ องค์ประกอบเกี่ยวกับอำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาและเขตอำนาจ

อย่างไรก็ตามหลังจากยุคของ ของ โบแดง แล้วก็ยังมีนักคิดอีกหลายท่านที่ได้กล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ เช่น ซามูเอล ปูเฟนดอร์ฟ (Samuel Pufendorf 1632-1694) นักปราชญ์ชาวเยอรมัน ได้กล่าวเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ในหนังสือ “De Jure Naturae et Gentium” ว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็น 7 อำนาจคือ อำนาจนิตินบัญญัติ อำนาจลงโทษเพราะฝ่าฝืนกฎหมาย อำนาจทำสงครามและสงบศึก อำนาจทำสนธิสัญญา อำนาจแต่งตั้งข้าราชการ อำนาจเก็บภาษีและ อำนาจจัดการศึกษา จอห์น ล็อก (John Locke 1632-1704) นักปราชญ์ชาวอังกฤษได้กล่าวไว้ในหนังสือ Second Treatise of Civil Government ว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็น 3 อำนาจคือ อำนาจ

⁵³ คำว่า Sovereignty มีใช้คำที่บัญญัติขึ้นใหม่ในสมัยของ Jean Bodin แต่เป็นคำเก่าแก่ซึ่งมีที่ใช้อยู่นานแล้ว ในภาษาฝรั่งเศสคำว่า Souverain เป็นคำคุณศัพท์แสดงถึงสถานะอันสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้าของซึ่งอยู่เหนือสรรพสิ่งและกฎเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งพระองค์เป็นผู้สร้างขึ้น.

⁵⁴ รัฐสมัยใหม่นั้นจะต้องมีความเป็นอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้อาณัติของใคร จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบในเรื่องของดินแดน พลเมืองและอำนาจอธิปไตย.

⁵⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). เล่มเดิม. หน้า 160.

นิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนทูต⁵⁶ แต่บุคคลที่ได้กล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจได้โดดเด่นที่สุด และมีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายภายในรัฐของประเทศต่างๆ ก็คือ มองเตสกีเออ

มองเตสกีเออ (Montesquieu 1689-1755) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสเติบโตขึ้นในครอบครัวขุนนางผู้ใหญ่ในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์กำลังถึงจุดอ้อมตัว มองเตสกีเออดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลแห่งเมืองบอร์กโดซ์ (Bordeaux) ด้วยอายุเพียง 27 ปีเท่านั้น อีก 10 ปีต่อมา มองเตสกีเออได้ออกจากตำแหน่ง เพื่อใช้เวลาศึกษาระบอบการปกครองในประเทศต่างๆ ในยุโรปโดยเฉพาะประเทศอังกฤษ โดยใช้เวลากลับรวบรวมข้อมูลอยู่ 2 ปี ต่อมาในปี ค.ศ. 1748 จึงได้เขียนหนังสือเล่มหนึ่งที่มีชื่อเสียงมากคือ *L'esprit des Lois* หรือ *The Spirit of Laws* ซึ่งได้กล่าวไว้ในบทที่ 6 หมวดที่ 11 ว่า ในรัฐจะมีอำนาจอยู่ 3 ประการ คือ อำนาจนิติบัญญัติ (*puissance legislative*) อำนาจในการออกกฎหมายแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมาย อำนาจบริหาร หรืออำนาจปฏิบัติการตามกฎหมายมหาชน (*puissance executives des choses qui dependent du droit civil*) เป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี

มองเตสกีเออมีความเห็นว่าเมื่อใดอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารมารวมอยู่ที่คนๆ เดียว หรือองค์กรเดียวกัน อิสระภาพย่อมไม่หลงเหลือ และถ้าอำนาจทั้งสามมารวมอยู่ที่บุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันทุกสิ่งทุกอย่างย่อมสูญสิ้นไปหมด และนอกจากนั้น มองเตสกีเออมีความเห็นในทำนองเดียวกับ จอห์น ล็อก ในแง่ของการถ่วงดุลอำนาจที่ว่า ใครก็ตามที่มีอำนาจอยู่ในมือ มักจะมีแนวโน้มในการใช้อำนาจนั้นเกินขอบเขต ดังนั้น เพื่อจะมีให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขตจึงจำเป็นต้องจัดให้มีการยับยั้งกันระหว่างอำนาจด้วยกันเอง ความสำคัญของการแบ่งแยกอำนาจจึงอยู่ที่การแบ่งองค์กรที่จะใช้อำนาจนั้นด้วยซึ่งจะต่างจากแนวคิดของโบแดง โดยโบแดงแบ่งแยกอำนาจออกเป็นหลายประการก็จริงแต่อำนาจเหล่านั้นไปรวมศูนย์อยู่ที่กษัตริย์ไม่มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจ

1.2) การตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบศาล

ในประเทศอังกฤษ ปัญหาการตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจ ไม่ค่อยจะเป็นปัญหาเท่าไรนัก เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีหลักการแบ่งแยกอำนาจตามที่มองเตสกีเออเข้าใจ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการแม้จะมีอยู่จริง แต่ก็มีลักษณะเฉพาะ แต่ละฝ่ายอาจใช้อำนาจได้หลายอำนาจและต่างๆ กัน เช่น Lord Chancellor มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับทั้งสามอำนาจ คือ เป็นประธานศาลฎีกา เป็นประธานสภาสูง (House of Lord) และในขณะเดียวกันก็เป็นรัฐมนตรี

⁵⁶ ออมร จันทรสมบูรณ์. (2527). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 61.

ด้วยอีกตำแหน่งหนึ่ง หรือในกรณีผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการก็มีอำนาจในทางบริหารด้วย เพราะเป็นผู้ออกใบอนุญาตการค้าสุราและยังใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วยเพราะกำหนดวิธีพิจารณาด้วยตนเอง หรือในกรณีของรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร รัฐมนตรีก็เป็นสมาชิกในสภานิติบัญญัติด้วยและยังมีอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ในบางครั้งก็มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจ ดังนั้น การ์เนอร์ (Garner) นักกฎหมายปกครองของอังกฤษจึงได้สรุปไว้ว่า การแบ่งแยกอำนาจของอังกฤษตามความคิดของมองเตสกีเออ ไม่เคยมีอยู่ในประเทศอังกฤษเลย และไม่เป็นการสมควรที่จะให้มีการแบ่งแยกอำนาจในทำนองนั้นด้วย เพราะเป็นการยากที่จะชี้ขาดลงไปว่า เรื่องอะไรเป็นเรื่องของอำนาจใด การพยายามที่จะแบ่งแยกลักษณะของอำนาจเป็นสิ่งที่ไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด⁵⁷ ดังนั้น ระบบศาลของประเทศอังกฤษซึ่งมีอยู่แต่ดั้งเดิมมีวิวัฒนาการมายาวนานจึงไม่ได้รับอิทธิพลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่ที่อังกฤษยังยืนยันที่จะระบบศาลเดี่ยวอยู่ต่อไปน่าจะมาจากหลัก Common Law ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายเก่าแก่ที่ศาลยุติธรรมสร้างขึ้นเพื่อให้พลเมืองในท้องถิ่นต่างๆ ใช้ร่วมกันเป็นกฎหมายกลางมาเป็นเวลาหลายร้อยปี ทำให้ศาลเป็นสถาบันอันเป็นที่รักและหวงแหนของคนอังกฤษ ประกอบกับไดซี่ (Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญผู้มีชื่อเสียงของอังกฤษในศตวรรษที่ 19 นำหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เข้ามาปรับให้เข้ากับสถานการณ์ของประเทศอังกฤษในขณะนั้น ในการปฏิเสธระบบศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส ยังเป็นการตอกย้ำความสำคัญของศาลยุติธรรมในฐานะเป็นเครื่องค้ำประกันสิทธิเสรีภาพแก่บุคคลทุกคนโดยเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือราษฎรธรรมดา ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและระบบศาลเดียวกัน ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบศาลเดี่ยว

อย่างไรก็ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออก็มีอิทธิพลต่อนักวิชาการหรือนักทฤษฎีในสมัยต่อมาโดยเฉพาะ “ทฤษฎีแบ่งแยกสามอำนาจ” (Les theories tripartites) ซึ่งตีความอำนาจตุลาการว่า เป็นอำนาจที่ใช้โดยศาลยุติธรรมเพื่อควบคุมมิให้มีการใช้กฎหมายไปในทางที่มีชอบหรือการฝ่าฝืนกฎหมายและรวมถึงอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องฝ่ายปกครองและการควบคุมการออกกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁵⁸ การจัดตั้งศาลปกครองเป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยฝ่ายบริหารย่อมเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ หรือกล่าวโดยสรุปก็คือศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีทุกประเภท การตั้งศาลอื่นขึ้นมาย่อมขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ประเทศสหรัฐอเมริกา นับว่าได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีแบ่งแยกสามอำนาจมาโดยตรง โดยดูจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ซึ่งในช่วงแรกๆ จะตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่าง

⁵⁷ แหล่งเดิม, หน้า 64-65.

⁵⁸ ขวัญชัย สันตสว่าง, (2539). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*, หน้า 64.

เคร่งครัดมากในลักษณะผูกขาดอำนาจอยู่กับองค์กร โดยฝ่ายตุลาการหรือศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจตีความและวินิจฉัยชี้ขาดรัฐธรรมนูญด้วย เห็นว่าการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการขององค์กรฝ่ายปกครองเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งต่อมาก็ได้ผ่อนคลายลง และเห็นว่าการใช้อำนาจดังกล่าวขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล และอาจกล่าวได้ว่าศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกามีลักษณะเป็นอำนาจ (power) ที่แท้จริงได้เพราะมีส่วนที่ยึดโยงกับประชาชนทั้งโดยทางตรงและโดยทางอ้อม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมในระดับมลรัฐจะใช้ทั้งระบบการเลือกตั้งและแต่งตั้ง ส่วนในระดับสหรัฐจะใช้ระบบการแต่งตั้งโดยให้ฝ่ายบริหาร (ประธานาธิบดี) แต่งตั้งโดยความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ (สภาเซเนท) และมีหลักประกันความเป็นอิสระคือ สามารถดำรงตำแหน่งได้ตลอดชีพโดยไม่ต้องพะวงถึงอำนาจในการให้ทุนให้โทษของผู้แต่งตั้ง เว้นเสียแต่ว่าจะไปกระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็อาจถูกถอดถอนด้วยมาตรการ impeachment โดยรัฐสภา (congress) จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาไม่ใช่อาชีพถาวรเหมือนยุโรปหรือในประเทศไทย และไม่มีระบบองค์กรกลางบริหารงานบุคคลที่เทียบได้กับคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ของประเทศไทย⁵⁹

การตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจของประเทศไทยในระยะต้นๆ ก็ได้แนวคิดจากทฤษฎีแบ่งแยกสามอำนาจ (Les theories trialistes) เช่นเดียวกัน โดยเริ่มมีการกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม (ไทย) พุทธศักราช 2475 (ฉบับที่ 2) โดยบัญญัติไว้ว่าพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 6) ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี (มาตรา 7) ทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล (มาตรา 8) นับตั้งแต่นั้นก็เป็นที่พึงใจของนักกฎหมายไทยในการแบ่งแยกเป็นสามอำนาจ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2490 (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2492 (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2511 (ฉบับที่ 8) มีการแบ่งหมวดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ความพึงใจในการแบ่งแยกอำนาจมีไปจนกระทั่งถึงธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 (ฉบับที่ 12) ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือ คำว่า “อำนาจ” นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง ในส่วนขององค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหารโดยปกติจะมีที่มาจากประชาชนจึงเข้าองค์ประกอบที่มีลักษณะเป็นอำนาจ แต่ในส่วนขององค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม ถ้าพิจารณาจากโครงสร้างการจัดองค์กรแล้วเป็นแบบระบบปิด ศาลยุติธรรมไทยจึงไม่มี

⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2537). “โครงสร้างการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาในบางประเทศ.”

ในกรอบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์. หน้า 17.

ลักษณะเป็นอำนาจ ดังนั้น การตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจของไทยโดยเฉพาะอำนาจตุลาการในทำนองเดียวกับสหรัฐอเมริกา จึงเป็นเรื่องที่อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ต่างกัน ระบบการเมืองการปกครองและระบบกฎหมายที่ต่างกัน ผลที่ออกมาจึงกลายเป็นข้อจำกัดอย่างมากแก่ศาลยุติธรรมไทยในช่วงระยะเวลาที่ใช้ระบบศาลเดียวในการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยขาดเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอในการหาทางออกให้แก่ปัญหานี้ได้อย่างไร้ข้อกังขา

สำหรับประเทศฝรั่งเศสเองในช่วงที่มีการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 ก็มีความเข้าใจความคิดของมองเตสกีเออเป็น 3 อำนาจเช่นเดียวกัน จะต่างกันก็ตรงที่ว่าสหรัฐอเมริกาตีความอำนาจตุลาการว่าเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมในการตัดสินคดีทุกประเภทรวมถึงคดีปกครองด้วยจึงเกิดเป็นระบบศาลเดียว ส่วนฝรั่งเศสตีความอำนาจตุลาการว่าเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเอกชน ส่วนคดีแพ่งมหาชนหรือคดีปกครองก็สงวนไว้ให้ฝ่ายบริหารตัดสินเอง ตามหลักการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ (Séparation des autorités) ซึ่งมีมาแต่ดั้งเดิมแล้ว เนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์การเมืองของฝรั่งเศสโดยที่ฝ่ายบริหารไม่ไว้วางใจการปฏิบัติงานของศาลยุติธรรมที่มักจะเข้าก้าวก่ายการทำงานของฝ่ายบริหารอยู่เสมอ จึงตัดอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองของศาลยุติธรรมออกไป บังเอิญไปตรงกับแนวคิดของมองเตสกีเออในการแบ่งแยกอำนาจบริหารให้มีความเป็นอิสระจากอำนาจตุลาการ จึงได้นำไปกำหนดเป็นหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญ (la loi) ลงวันที่ 16-24 สิงหาคม 1790 โดยสภารัฐธรรมนูญ (L'Assemblée Constituante) เรียกว่า “หลักแบ่งแยกผู้มีอำนาจหน้าที่ฝ่ายบริหารออกจากผู้มีอำนาจหน้าที่ฝ่ายตุลาการ” (Le principe de separation des autorités administrative et judiciaire) ซึ่งต่อมาฝ่ายบริหารที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดสามารถแยกตัวออกมาเป็นอิสระไม่ต้องส่งให้หัวหน้าฝ่ายบริหารทำคำสั่งอีกชั้นหนึ่ง จึงเกิดเป็นระบบศาลคู่ โดยมีศาลปกครองทำหน้าที่คู่ไปกับศาลยุติธรรม

ความจริงแล้วประเทศฝรั่งเศสมีศาลปกครองซึ่งมีที่มาจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ไม่ได้มีลักษณะเป็นอำนาจแต่อย่างใด ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารเพียงแต่มีความเป็นอิสระ ส่วนอำนาจตุลาการซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเช่นเดียวกัน ต่างกันตรงที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชน ดังนั้น คำว่า “อำนาจตุลาการ” ต่อมาก็ถูกลดความสำคัญลงมาเป็นเพียงเจ้าหน้าที่ประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน โดยในรัฐธรรมนูญ 1958 หมวด 8 ใช้คำว่า “de l' autorité judiciaire” (judicial authority) แทนคำว่า le pouvoir judiciaire (judicial power) ที่ปรากฏอยู่แต่เดิมในรัฐธรรมนูญ 1791 แต่อย่างไรก็ตามก็ยังเป็นที่กล่าวขวัญถึงอำนาจตุลาการใน

ฐานะที่เป็นอำนาจๆ หนึ่งอยู่ทั่วๆ ไป เพราะการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจเป็นสิ่งที่เข้าใจง่าย และได้รับการสนับสนุนจากวงการตุลาการ⁶⁰

ในท้ายที่สุดแล้วถ้ามองโดยภาพรวม จะเห็นว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ใช่สิ่งสำคัญ เพียงประการเดียวในการก่อให้เกิดระบบศาลที่แตกต่างกัน เนื่องจากจะต้องประกอบไปด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ระบอบการเมืองการปกครอง ระบบเศรษฐกิจและบริบทของสังคม ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละภูมิภาค ในระดับของกฎหมายปกครอง หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงน่าจะเป็นเพียงเหตุผลในการหาข้อสนับสนุนในการใช้ระบบศาลตามความต้องการของแต่ละประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกานั่นให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่พลเมือง ป้องกันมิให้อำนาจของรัฐบาลล่วงล้ำเข้าไปเขตอำนาจของมลรัฐ วินิจฉัยชี้ขาดกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันก็คอยควบคุมกฎหมายของมลรัฐมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญกลางของสหรัฐ จึงแปลความอำนาจตุลาการว่าเป็นอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีทุกประเภท ส่วนประเทศฝรั่งเศสก็มีประวัติศาสตร์ความขัดแย้งระหว่างอำนาจของกษัตริย์ (ซึ่งควบอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารไว้ด้วยกัน) กับศาลยุติธรรมซึ่งเป็นอำนาจตุลาการจึงได้เกิดหลักการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองออกจากฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นไปตามทัศนะของพวกปฏิวัติในขณะนั้นที่ยังไม่ไว้วางใจต่อการใช้อำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งก็ไปสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออที่ต้องการให้อำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการเป็นอิสระซึ่งกันและกัน สภารัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า การที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิพากษาคดีที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องนั้น ย่อมทำให้อำนาจบริหารไม่เป็นอิสระจากอำนาจตุลาการ ดังนั้น เพื่อให้อำนาจบริหารเป็นอิสระจากอำนาจตุลาการจึงต้องห้ามศาลยุติธรรมพิพากษาคดีที่ฝ่ายปกครองเกี่ยวข้องด้วย⁶¹

สำหรับประเทศไทยก็มีอยู่ช่วงระยะเวลาหนึ่งที่ตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจในลักษณะที่เคร่งครัดในทำนองเดียวกับสหรัฐอเมริกาซึ่งปกครองในระบบประธานาธิบดี กล่าวคือ แบ่งแยกเป็นสามอำนาจ แต่ละอำนาจผูกขาดอยู่กับองค์กร โดยสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหาร ศาลใช้อำนาจตุลาการ แต่ต่อมาก็เริ่มมีการผ่อนคลายนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 โดยไม่มีการแบ่งแยกเป็นสามอำนาจ แต่จะใช้คำรวมว่า “อำนาจอธิปไตย” โดยรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยนั้น แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยปกครองในระบบรัฐสภา ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีอยู่ในลักษณะตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน การแบ่งแยกอำนาจของสององค์กรนี้จึงเป็นไปอย่าง

⁶⁰ อมร จันทรมานูรณ. เล่มเดิม. หน้า 75.

⁶¹ อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ. (2523). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. หน้า 25.

ไม่เคร่งครัดนัก แม้จะเป็นช่วงระยะเวลาก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 จะประกาศใช้ก็ตาม แต่สำหรับองค์กรศาลแล้วการใช้อำนาจก็ยังคงเป็นไปอย่างเคร่งครัด โดยดูจากรัฐธรรมนูญหลายๆ ฉบับ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฉบับปัจจุบัน ก็ยังยืนยันอยู่ในหลักการเดิมในมาตรา 197 ว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์...” ซึ่งแสดงว่าศาลยังผูกขาดการใช้อำนาจอธิปไตยโดยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีไม่มีโอกาสเข้าร่วมในการใช้อำนาจนี้กับศาลได้ เพียงแต่ศาลที่ผูกขาดอำนาจดังกล่าวไม่ใช่ศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวดังแต่ก่อน เพราะศาลตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังประกอบไปด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองและศาลทหาร ทำให้ประเทศไทยก้าวเข้าสู่ระบบศาลปกครองในลักษณะของการตีความอำนาจตุลาการว่าเป็นอำนาจของศาลแต่ไม่ได้ผูกขาดว่าจะต้องเป็นศาลอะไร และในแต่ละศาลก็จะมีความเป็นอิสระต่างหากจากกันในการทำงานคล้ายกับสหพันธรัฐเยอรมนีที่แยกศาลออกไปถึง 6 ศาลด้วยกันคือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลภาษีอากร

1.3) จุดมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

จุดมุ่งหมายดั้งเดิมของการแบ่งแยกอำนาจเป็นเพียงการแยกแยะให้เห็นว่ารัฐมีอำนาจในทางใดบ้าง เช่น อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการเก็บภาษีอากร อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ให้อภัยโทษ เป็นต้น เป็นการบ่งบอกให้เห็นถึงกลไกในการใช้อำนาจรัฐบังคับกับประชาชนให้ศิโรราบต่อการใช้อำนาจรัฐ และมีผลต่อความมีตัวตนและดำรงอยู่ของรัฐ เพื่อประกาศยืนยันยืนยันความเป็นอิสระจากฝ่ายศาสนจักรหรือจากบรรดารัฐอื่นๆ เกิดรูปแบบการปกครองขึ้นใหม่ที่เรียกว่าระบอบราชาธิปไตย หรือสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจแบบรวมศูนย์อยู่ที่สถาบันกษัตริย์ ไม่มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจ ปฏิเสธอำนาจของพวกเจ้าขุนมูลนายหรือเจ้านครในระบบศักดินา (feudalism) ที่สืบทอดกันมาตั้งแต่สมัยกลาง

ต่อมาเมื่อประชาชนเริ่มเบียดเบียนกับระบบกษัตริย์ จุดมุ่งหมายของการแบ่งแยกอำนาจก็เริ่มเปลี่ยนไปในลักษณะลดทอนอำนาจของกษัตริย์ลง กล่าวคือ นอกจากจะมีการแบ่งแยกอำนาจแล้วก็ต้องมีการแบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจด้วยเพื่อมิให้มีการผูกขาดการใช้อำนาจโดยกษัตริย์ตามแนวคิดของมองเตสกีเออ ที่เห็นว่าหากอำนาจไปรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงพ้ององค์กรเดียว สิทธิเสรีภาพของประชาชนก็จะไม่หลงเหลืออยู่เลย ซึ่งต่อมาแนวความคิดนี้ก็ได้รับการเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคมและระบบเศรษฐกิจที่สลับซับซ้อนขึ้นในรูปของรัฐสวัสดิการ (Welfare State) จุดมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเน้นไปที่การวิเคราะห์ภาระหน้าที่ (function) ขององค์กรของรัฐมากกว่าอำนาจของรัฐ

ดังนั้น แท้ที่จริงแล้วหลักการแบ่งแยกอำนาจ ไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแบ่งแยกมิได้ หรือการแบ่งแยกลักษณะของการใช้อำนาจอธิปไตย แต่หมายถึงการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยไม่ให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยไปรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง และองค์กรต่างๆ เหล่านั้น (ซึ่งอาจจะมากกว่าสามองค์กรขึ้นไป) ก็มีเพียงภาระหน้าที่ (function) ในการไปใช้อำนาจอธิปไตยในลักษณะที่ไม่ใช่การผูกขาดอำนาจ นอกจากนี้ในด้านกฎหมายปกครอง หลักการแบ่งแยกอำนาจมุ่งไปสู่การแบ่งแยกหน้าที่ (separation of function) และการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ (separation of authorities) โดยสรุปแล้วในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปโดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจก็คือ การแบ่งแยกองค์กร แบ่งแยกเจ้าหน้าที่ไปกระทำการกิจหรือภาระหน้าที่ในการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อให้เกิดความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (specialization) นั่นเอง

2) หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย⁶²

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายหรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง” ถือว่าเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐหลักหนึ่ง หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นการเชื่อมโยงหลักนิติรัฐเข้ากับหลักประชาธิปไตยกล่าวคือ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะต้องผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน และจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

จากหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย จึงมีข้อเรียกร้องว่าการที่จะบอกได้ว่าการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การกระทำดังกล่าวจะต้องสามารถถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่นได้ เพื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าว การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงอาจเป็นการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง หรือการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกก็ได้ แต่หลักเกณฑ์ที่ถือเป็นสาระสำคัญ คือ หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ อาศัยหลักเกณฑ์ของกฎหมายเป็นเกณฑ์สำหรับการตรวจสอบ

⁶² บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 22.

3) หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁶³

หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐอีกหลักหนึ่ง ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายต่างยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้นๆ ดังนั้น เพื่อความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละคน รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อแดนของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐ จะกระทำได้นั้นต้องมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนให้อำนาจกระทำการดังกล่าว

หากพิจารณาหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับการควบคุมฝ่ายปกครองแล้ว อาจกล่าวได้ว่าฝ่ายปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับประชาชนมากที่สุด ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงมีโอกาสที่จะกระทบต่อสิทธิของประชาชนมากเช่นกัน ข้อเรียกร้องจากหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงเรียกร้องให้สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองตามข้อเรียกร้องนี้อาจจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง หรืออาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอกก็ได้ แต่การที่จะทำให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิได้นั้นจะต้องให้สิทธิแก่ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการได้ องค์กรตุลาการจะพิจารณาเรื่องของตนอย่างถูกต้องและเป็นธรรม โดยปราศจากการมีอิทธิพลจากองค์กรอื่นๆ โดยหลักนี้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงเรียกร้องว่าอย่างน้อยประชาชนจะต้องสามารถได้รับความคุ้มครองจากองค์กรตุลาการได้

2.2.4 ระบบการควบคุมฝ่ายปกครอง

ในบรรดาองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งมีอยู่สามองค์กรหลักได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ องค์กรบริหารนับว่าเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีขนาดใหญ่ที่สุด มีการจัดระเบียบราชการบริหารตามหลักการรวมอำนาจ (centralization) และหลักการกระจายอำนาจ (decentralization) มีทั้งการกระจายอำนาจเขตทางแดน เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ และการกระจายอำนาจทางบริการ เช่น รัฐวิสาหกิจ รวมถึงองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจในการบริการสาธารณะจากรัฐไป องค์กรฝ่ายบริหารมีการจัดโครงสร้างที่มีความสลับซับซ้อน มีบุคลากรเป็นจำนวนมาก เป็นองค์กรริเริ่มในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งย่อมมีผลกระทบกับ

⁶³ แหล่งเดิม, หน้า 22-23.

ประชาชนโดยตรง ปัญหาในการควบคุมจึงมุ่งเน้นมาที่องค์กรนี้ ซึ่งมีทั้งการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ เช่น บรรณานิติกรรมที่มีลักษณะเป็นกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ การใช้อำนาจทางบริหาร เช่น การกระทำของรัฐบาล การกระทำของฝ่ายปกครอง และการใช้อำนาจทางตุลาการ ซึ่งอยู่ในรูปของ คณะกรรมการที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือองค์กรบริหารทางตุลาการขององค์กรบริหารนั่นเอง

ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองนั้นที่จะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องมีลักษณะที่ครอบคลุมกิจกรรมสำคัญของฝ่ายปกครองทุกประเภทให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม ซึ่งเป็นพื้นฐานของหลักนิติรัฐ ซึ่งผู้เขียนขอแยกระบบการควบคุมฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ 1) การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน และ 2) การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข

1) การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน⁶⁴

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน หมายถึง การควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำทางปกครอง อันเป็นการควบคุมในระยะเตรียมการก่อนที่จะมีคำสั่งหรือมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจแยกการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันได้ ดังนี้

1.1) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ

หากพิจารณาจากระบบกฎหมายของไทยแล้ว องค์กรของรัฐที่มีบทบาทอย่างสำคัญในการทำหน้าทีในการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันคือ คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน คือ

(1) การตรวจสอบร่างกฎหมายต่างๆ เป็นการตรวจสอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และความชอบด้วยกฎหมายแม่บท นอกจากนี้ยังอาจจะมีปัญหาถึงการกระทำทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้นๆ ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้ การตรวจสอบร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงมีส่วนช่วยอย่างสำคัญที่จะทำให้กฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองทั้งหลายไม่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า

(2) การให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ ถือว่าเป็นบทบาทหน้าที่ที่สำคัญในการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชน เพราะหากหน่วยงานของรัฐไม่ใส่ใจการตีความกฎหมายของตนว่าถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ หรือไม่

⁶⁴ แหล่งเดิม. หน้า 68-73.

ดังนั้น หน่วยงานของรัฐก็จะส่งเรื่องให้คณะกรรมการกฤษฎีกาช่วยให้ความเห็นทางกฎหมายในเรื่องนั้น เพื่อให้เกิดความรอบคอบและความแน่ใจในความชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม นอกจากคณะกรรมการกฤษฎีกาจะมีบทบาทสำคัญในการมีส่วนช่วยป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนแล้ว พระราชบัญญัติฉบับต่างๆ มักจะกำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นโดยให้คณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินั้นๆ มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นทางกฎหมาย หรือเป็นองค์กรที่ให้คำปรึกษาแก่องค์กรฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้นๆ การกำหนดให้มีคณะกรรมการในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายปกครองที่ให้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบเฉพาะเรื่อง ซึ่งตามพระราชบัญญัติต่างๆ ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นตามพระราชบัญญัตินั้นๆ มากมาย เช่น คณะกรรมการควบคุมอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่ให้อำนาจคณะกรรมการควบคุมอาคารเป็นผู้ให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลำดับรอง หรือให้ความเห็นชอบในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งเท่ากับให้คณะกรรมการควบคุมอาคารเข้ามามีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบความถูกต้องก่อนที่จะกระทำการในเรื่องนั้นๆ เป็นต้น

1.2) การควบคุมโดยประชาชน⁶⁵

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันโดยให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการขึ้นเตรียมการหรือในขั้นการพิจารณาของฝ่ายปกครองนั้น อาจจำแนกการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้หลายลักษณะ วัตถุประสงค์ประการสำคัญในการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อให้บุคคลที่อาจเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้เข้าปกป้องผลประโยชน์จากการกระทำของฝ่ายปกครอง และเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถจะประเมินความต้องการและความรู้สึกของผู้มีส่วนได้เสียได้ถูกต้องยิ่งขึ้น

การควบคุมโดยการให้ประชาชนอาจแยกรูปแบบการควบคุมที่สำคัญได้ 2 รูปแบบ คือ การควบคุมโดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมและการควบคุมโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ

(1) การควบคุมโดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วม

หลักในการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการตัดสินใจโดยองค์กรของรัฐย่อมสอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 57 ซึ่งหลักการว่า บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการ

⁶⁵ แหล่งเดิม, หน้า 77-80.

ดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพ สิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้ มาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ยังมีหลักอีกว่า บุคคลย่อมมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน

(2) การควบคุมโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ

การทำให้ประชาชนทราบถึงกิจกรรมและการกระทำในทางปกครองต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นโดยการแจ้งให้ทราบ พิมพ์เผยแพร่ หรือการที่ประชาชนจะสามารถรับรู้ข้อความในเอกสารราชการ ความเห็นของฝ่ายปกครองในเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของประชาชน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้คำว่า “ความลับทางราชการ” คลายความศักดิ์สิทธิ์ลง และฝ่ายปกครองต้องมีเหตุผลสามารถอธิบายทั้งในแง่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแก่ประชาชนได้ มิฉะนั้นฝ่ายปกครองจะอาศัยคำว่า “ความลับทางราชการ” มาทำให้การดำเนินงานปกครองเป็นไปโดยอำพราง ขาดความถูกต้อง อันเป็นต้นเหตุสำคัญของการใช้อำนาจในทางที่มีขอบและปัญหาการทุจริตในวงราชการ

สิทธิที่จะให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการนั้น ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน มาตรา 56 ซึ่งมีหลักการว่า บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ต่อมาจึงได้มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติออกมาบัญญัติหลักการตามรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนยิ่งขึ้น คือ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย 4 ประการ คือ 1) การปกครองที่โปร่งใส 2) การปกครองที่ประชาชนมีส่วนร่วม 3) การปกครองที่ประชาชนตรวจสอบได้ และ 4) การปกครองที่ประชาชนได้รับความเป็นธรรมในการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพ

2) การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไข⁶⁶

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขเป็นการควบคุมภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อบุคคลแล้ว เช่น ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ดังนั้น การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขจึงเป็นการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมาย

⁶⁶ แหล่งเดิม. หน้า 86.

ต่อบุคคลแล้ว ด้วยเหตุนี้ จึงเรียกการควบคุมฝ่ายปกครองภายหลังจากการกระทำทางปกครองแล้วว่า การควบคุมแบบแก้ไข ซึ่งย่อมาหมายความว่า การกระทำทางปกรองนั้นเป็นการกระทำที่มีข้อบกพร่องหรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลก็จะต้องใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกรองนั้นๆ

2.1) การควบคุมแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง เป็นการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายปกครองภายหลังจากการกระทำทางปกรองอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยอาจมีการกำหนดให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งอาจจำแนกลักษณะการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองได้ ดังนี้

(1) การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ

การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนืออาจแยกผู้มีอำนาจเหนือออกเป็นผู้บังคับบัญชาและโดยผู้กำกับดูแล ซึ่งถือว่าเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่ง

อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ปกครองผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใดๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมสามารถกลับแก้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นประการอื่น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ต้องชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะใช้ในทางที่เหมาะสมแต่ขัดต่อกฎหมายได้⁶⁷

อำนาจควบคุมกำกับ คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติขององค์กรปกครองที่สูงกว่าเหนือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป⁶⁸

(2) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นกระบวนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจแก้ไขบรรดาข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนให้หมดสิ้นไป โดย

⁶⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 89.

⁶⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2531). “ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง.” ในหนังสือรวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์. หน้า 211. อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 82.

มีความมุ่งหมาย 3 ประการ⁶⁹ คือ 1) เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน 2) เพื่อการควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง และ 3) เพื่อลดการระคายเคืองในชั้นศาล

ระบบอุทธรณ์นั้น ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้แบ่งแยกระบบอุทธรณ์ไว้ 2 ระบบ คือ ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ และระบบอุทธรณ์บังคับ⁷⁰

1. ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ⁷¹

ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่า หากคู่กรณีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาล คู่กรณีจะต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน หากแต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะที่เป็นทางเลือกให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือจะนำคดีไปฟ้องร้องศาลได้โดยตรง ดังนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้ใช้ระบบอุทธรณ์เพื่อเลือก ด้วยเหตุนี้ จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ เป็นคำสำคัญ

2. ระบบอุทธรณ์บังคับ

ระบบอุทธรณ์บังคับเป็นระบบอุทธรณ์ที่บังคับให้คู่กรณีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาล หากคู่กรณีไม่ดำเนินการภายในฝ่ายปกครองก่อน ศาลย่อมไม่อาจรับพิจารณาคดีดังกล่าวได้ การอุทธรณ์ในระบบบังคับจึงกลายเป็นเงื่อนไขในการรับเรื่องไว้พิจารณา ด้วยเหตุนี้เอง จึงถือว่าสถานะในทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์เป็นกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ การอุทธรณ์เป็นจุดเชื่อมระหว่างการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลในขณะเดียวกัน

ระยะเวลาในการอุทธรณ์มีความสัมพันธ์กับเรื่องความมั่นคงของคำสั่งทางปกครองกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชน กล่าวคือ หากกำหนดให้ระยะเวลาในการอุทธรณ์สั้นเท่ากับเป็นการให้ความสำคัญกับหลักความมั่นคงของคำสั่งทางปกครอง เพราะหากมิได้อุทธรณ์ภายในเวลาที่กำหนด ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจถูกโต้แย้งโดยคู่กรณีได้อีกต่อไป แต่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชน เพราะประชาชนมีระยะเวลาที่ค่อนข้างสั้นในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง แต่ในทางตรงกันข้ามหากกำหนดให้มีระยะเวลาในการอุทธรณ์ยาว กรณีดังกล่าวก็จะกระทบต่อหลักความมั่นคงของคำสั่งทางปกครองได้⁷²

⁶⁹ Friedhelm Hufen, (1994). *Verwaltungsprozessrechts*. s.77. อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 99.

⁷⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 106-107.

⁷¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ก. เล่มเดิม. หน้า 398.

⁷² บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 119.

หากจะกล่าวในระบบกฎหมายไทยจะถือว่า ในระบบกฎหมายไทยใช้ระบบอุทธรณ์ บังคับหรือไม่นั้น อาจกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายไทยนั้นใช้ระบบอุทธรณ์บังคับในคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครองจะตรวจสอบเงื่อนไขตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมาย กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่ กฎหมายกำหนด” ศาลปกครองพิจารณาเงื่อนไขตามมาตรา 42 วรรคสอง ดังนี้⁷³

1) กฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ ได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้หรือไม่ หากกฎหมาย เฉพาะได้กำหนดให้อุทธรณ์ แต่หากผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการอุทธรณ์ ศาลปกครองจะไม่รับฟ้องคดี ดังกล่าว เพราะไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 42 วรรคสองดังกล่าว

2) กฎหมายเฉพาะในเรื่องๆ ไม่ได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้ ในกรณีนี้ศาลปกครอง เห็นว่า ในกรณีที่เป็นการฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองถึงแม้กฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดเรื่องการ อุทธรณ์ไว้ กรณีนี้ผู้ฟ้องคดีก็ต้องดำเนินการอุทธรณ์โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นเกณฑ์ในการอุทธรณ์

(3) การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาท⁷⁴

การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาทถือว่าเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายใน ฝ่ายปกครอง เพราะคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาทต่างๆ ล้วนแต่เป็นองค์กรที่อยู่ในโครงสร้างของ องค์กรฝ่ายปกครอง หากแต่เป็นองค์กรที่มีความอิสระในการวินิจัยข้อพิพาท เหตุผลที่มีการ กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาทเป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองมี เหตุผลที่สำคัญ ดังนี้

1. การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาทมักจะประกอบไปด้วย ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่มีความชำนาญในด้านนั้นๆ ดังนั้น การตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจัย ข้อพิพาท จึงเปรียบเสมือนการตรวจสอบในทางข้อเท็จจริงจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งหากเรื่อง ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจะมีส่วนช่วยให้การพิจารณาของศาลมีความรวดเร็วขึ้น

2. การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจัยข้อพิพาท เป็นการตรวจสอบโดย องค์กรภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความรอบคอบก่อนที่เรื่องดังกล่าวจะไปสู่การ

⁷³ แหล่งเดิม. หน้า 101.

⁷⁴ แหล่งเดิม. หน้า 131-132.

ตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก (ศาล) ซึ่งหากเรื่องใดคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าไม่ถูกต้อง ก็อาจวินิจฉัยแก้ไขให้ถูกต้องก่อนที่จะเรื่องไปสู่องค์กรศาล อันเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลอีกด้านหนึ่ง

3. การให้มีการตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีกระบวนการที่ไม่มีแบบพิธี ดังนั้น การเข้าถึงของประชาชนจึงสะดวกไม่มีความยุ่งยาก รวมทั้งค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการไปฟ้องร้องยังองค์กรศาล การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงเป็นการควบคุมภายในชั้นสุดท้ายก่อนที่จะไปสู่องค์กรภายนอกที่มีกระบวนการเป็นแบบพิธี และมีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่าการควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

2.2) การควบคุมทางการเมือง⁷⁵

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา อาจกล่าวได้ว่ารัฐสภาและคณะรัฐมนตรีมีการตรวจสอบซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเด็ดขาด โดยรัฐสภามีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรวจสอบคณะรัฐมนตรีว่าได้ดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือไม่ และมากน้อยเพียงใด

เหตุผลที่องค์กรทางการเมืองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครองได้ เพราะนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง ถือว่าเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น องค์กรทางการเมืองจึงควบคุมฝ่ายปกครองได้โดยผ่านฝ่ายการเมืองดังกล่าว

การควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองในทางการเมืองมีวิธีการที่สำคัญ คือ

(1) การตั้งกระทู้ถาม

การตั้งกระทู้ถาม คือ คำถามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตั้งขึ้นเพื่อให้รัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีตอบ โดยนัยนั้นกระทู้จึงเป็นข้อสงสัยหรือคำถามในข้อเท็จจริงหรือนโยบายซึ่งรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีจะต้องตอบ โดยอาจจะตอบในที่ประชุมสภาของตน คือ สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา แล้วแต่กรณี หรืออาจตอบเป็นลายลักษณ์อักษรในราชกิจจานุเบกษาก็ได้⁷⁶

กระทู้ถามจึงเป็นวิธีการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะจะทำให้ฝ่ายบริหารมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ดียิ่งขึ้น

⁷⁵ แหล่งเดิม. หน้า 150-162.

⁷⁶ วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 512.

เพราะการที่ถูกสมาชิกสภาตั้งกระทู้ถามย่อมแสดงถึงความผิดพลาดหรือบกพร่องในการปฏิบัติงานของรัฐมนตรี⁷⁷

(2) การใช้กลไกคณะกรรมการ⁷⁸

กรรมการ หมายถึง บุคคลที่สภาแต่งตั้งขึ้นประกอบเป็นคณะกรรมการ เพื่อให้กระทำการใดๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภา แล้วรายงานต่อสภา คณะกรรมการอาจจำแนกได้เป็นคณะกรรมการสามัญประจำสภา และคณะกรรมการวิสามัญ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจเรียกเอกสารจากบุคคลใด หรือเรียกบุคคลมาแถลงข้อเท็จจริง หรือแสดงความคิดเห็นในกิจการที่กระทำหรือในเรื่องที่พิจารณาสอบสวนหรือศึกษาอยู่นั้นได้ โดยได้รับเอกสิทธิ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับสมาชิกสภา ในกรณีที่บุคคลที่คณะกรรมการดังกล่าวออกคำสั่งเรียกบุคคลที่เป็นข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ให้ประธานคณะกรรมการแจ้งให้รัฐมนตรีซึ่งบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหน่วยงานที่บุคคลนั้นสังกัดทราบ และมีคำสั่งให้บุคคลนั้นดำเนินการตามที่มีคำสั่งเรียก เว้นแต่เป็นกรณีที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน ซึ่งให้ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นการปฏิบัติตามคำสั่งเรียก

(3) การเปิดอภิปรายทั่วไป

การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินที่สำคัญและให้ผลที่เด็ดขาดตรงกับความหมายและความประสงค์ของการควบคุมฝ่ายบริหารที่สุด คือ การเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ กล่าวคือ เป็นการนำเอาหัวใจหรือแก่นสำคัญของระบบรัฐสภา อันได้แก่ หลักการที่ว่าคณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินอยู่ได้ก็ด้วยความไว้วางใจของสภามาใช้ เมื่อสภาสิ้นสุดความไว้วางใจ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้นั้นก็ย่อมไม่อาจบริหารราชการแผ่นดินได้ต่อไป การเปิดอภิปรายนี้บางครั้งก็เรียกว่า กระทู้หมูซึ่งก็มีลักษณะดังกล่าว เพราะเมื่อเปิดอภิปรายแล้ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใดจะขออภิปรายก็ได้ จะถามหรือวิพากษ์วิจารณ์หรือแม้แต่เสนอข้อมูลหักล้างอย่างไรก็ได้ โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นสมาชิกผู้เข้าชื่อขอเปิดอภิปรายเท่านั้น จึงนับว่าแตกต่างจากกรณีควบคุมโดยการตั้งกระทู้ถาม⁷⁹

⁷⁷ จิตพร จำนาคู. (2540). *หลักประชาธิปไตยทางผู้แทนกับระบบพรรคการเมืองไทย*. หน้า 37-39.

⁷⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 154-157.

⁷⁹ วิษณุ เครืองาม. เล่มเดิม. หน้า 520.

การอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะเป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีอีกวิธีหนึ่ง ซึ่งมักกระทำต่อเมื่อสมาชิกเห็นว่าการบริหารงานของรัฐบาลไม่เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือบริหารงานผิดพลาด ซึ่งการเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนั้นถือว่าเป็นมาตรการควบคุมขั้นสุดท้าย เพราะอาจมีผลทำให้รัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะต้องพ้นจากตำแหน่งได้ หรือฝ่ายบริหารอาจจะยุบสภาเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ก็ได้ การอภิปรายทั่วไปจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพราะเป็นเครื่องมือถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

2.3) การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมฝ่ายองค์กรโดยองค์กรตุลาการอาจเป็นศาลยุติธรรม หรือศาลปกครองก็ได้ ลักษณะที่สำคัญของวิธีการนี้ คือผู้มีอำนาจวินิจฉัยมีความเป็นอิสระ มีกระบวนการพิจารณาแน่นอน มีเงื่อนไขการฟ้อง และกำหนดอายุความศาลมีอำนาจวินิจฉัยทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แต่ตามหลักการศาลไม่อาจพิจารณาไปไกลจนถึงจะควบคุม “ดุลพินิจที่แท้จริง” (opportunity) ได้ การควบคุมดุลพินิจที่แท้จริง เป็นเรื่องการควบคุมภายในของฝ่ายบริหารด้วยตนเอง⁸⁰ ไม่เช่นนั้นแล้วศาลจะกลายเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองไป

ความสำคัญและความจำเป็นของการควบคุมโดยวิธีการนี้นั้นเป็นวิธีการที่ผูกพันอย่างลึกซึ้งกับระบอบเสรีประชาธิปไตย กล่าวคือ ระบบนี้ต้องการให้มีองค์กรที่อิสระ ปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจทางการเมือง เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ผู้ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยตัดสินจะต้องเป็นอิสระปราศจากอคติและเป็นกลาง

(1) ระบบของศาล

(1.1) ระบบศาลเดี่ยวหรือระบบที่ศาลยุติธรรมเป็นศาลหลัก

ระบบศาลเดี่ยวเป็นระบบที่ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครอง ไม่มีการแยกศาลปกครองออกมาทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งใช้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอน (Anglo-Saxon) หรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) โดยกลุ่มประเทศเหล่านี้ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน⁸¹ โดยยึดมั่นเชื่อมั่นในความเป็นเอกภาพของหลักกฎหมายและระบบศาลเป็นสำคัญ กล่าวคือ ใช้หลักกฎหมายเอกชน⁸²

⁸⁰ อมร จันทสมบุญ, เล่มเดิม, หน้า 100.

⁸¹ ระบบกฎหมายของอังกฤษแยกเป็นคอมมอนลอว์ (Common Law) และ เอคควิตี้ (Equity).

⁸² หลักกฎหมายเอกชนยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่กรณี การทำนิติกรรมจะต้องเกิดขึ้นจากความสมัครใจ จะใช้อำนาจบังคับอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้เพราะอยู่ในสถานะที่เท่า

บังคับใช้กับฝ่ายปกครองด้วยภายใต้ศาลเดียวกัน ทั้งนี้เพราะกลุ่มประเทศเหล่านี้ไม่มีหลักกฎหมายปกครอง ไม่มีศาลปกครองแยกเป็นอิสระจากศาลยุติธรรม ดังเช่นกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในสกุลโรมานอ-เยอรมันนิค (Romano-Germanique) หรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาททางปกครองขึ้น ก็เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาพิพากษา แม้จะมีองค์กรตุลาการในฝ่ายปกครองอื่นๆ เช่น Administrative Tribunals ในประเทศอังกฤษ หรือ Administrative Agencies ในสหรัฐอเมริกาก็ล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกานับเป็นประเทศตัวอย่างที่สำคัญที่ใช้ระบบศาลยุติธรรมในการควบคุมฝ่ายปกครอง

(1.2) ระบบศาลคู่

ระบบศาลคู่เป็นระบบที่มีการแยกศาลปกครองออกมาทำหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองต่างหากจากศาลยุติธรรม และหลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้เป็นหลักกฎหมายมหาชน ที่แยกเป็นเอกเทศออกจากกฎหมายเอกชน มักใช้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายสกุลโรมานอ-เยอรมันนิค (Romano-Germanique) หรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งเป็นยุคต้นของการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น นักกฎหมายมหาชนทั้งหลายเห็นว่าเป็นเอกเทศของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีความหมายว่าศาลปกครองจะไม่นำกฎหมายเอกชนทั้งหมดมาใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นหลักที่ได้จากคำพิพากษาของศาลระดับความขัดแย้ง (Tribunal des Conflits) ในคดีบลองโก (arret Blanco) ซึ่งตัดสินไว้เมื่อปี ค.ศ. 1873 ซึ่งมีข้อความตอนหนึ่งว่า “...ความรับผิดชอบซึ่งจะตกแก่รัฐอันเนื่องมาจากการที่บุคคลซึ่งรัฐได้จ้างไว้ในหน่วยงานของรัฐได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนไม่อาจอยู่ภายใต้บังคับของหลักการซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน...” อย่างไรก็ดี นักกฎหมายมหาชนในสมัยนั้นก็ยอมรับว่าในบางกรณีศาลปกครองอาจนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองได้ แต่เป็นกรณีข้อยกเว้น ต่อมานักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสบางท่านไม่เห็นด้วยกับความเห็นนี้โดยให้เหตุผลว่าศาลปกครองนำกฎหมายเอกชนมาปรับแก้คดีปกครองมากขึ้นจนไม่น่าจะเป็นเพียงข้อยกเว้นดังที่นักกฎหมายรุ่นเก่าเข้าใจกัน⁸³

เทียมกัน เมื่อมีข้อพิพาทกันก็ต้องนำคดีไปสู่ศาลเพื่อบังคับให้เป็นไปตามนิติกรรมนั้น แต่ในกรณีที่เป็นการปกครอง ศาลยุติธรรมจะใช้กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับเฉพาะเรื่องที่เป็นปัญหานั้นประกอบการพิจารณาด้วย.

⁸³ อิศระ นิติทัศน์ประกาศ. เล่มเดิม. หน้า 17-18.

อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์ ยอร์จ เวเดิล (Goerges Vedel) แห่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงปารีส ซึ่งเป็นนักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียงคนหนึ่ง มีความเห็นว่า ความเป็นเอกเทศของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีความหมายว่าศาลปกครองมีอำนาจเด็ดขาดที่จะวินิจฉัยว่าควรจะนำกฎหมายเอกชนมาปรับแก้เรื่องใดๆ ในคดีซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ศาลปกครองอาจสร้างหลักกฎหมายขึ้นเองเพื่อใช้บังคับแก้เรื่องนั้นๆ หรืออาจเห็นว่า การสร้างหลักกฎหมายซึ่งแตกต่างกับหลักกฎหมายเอกชนเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นก็ได้ ทั้งนี้ ศาลปกครองจะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ซึ่งแตกต่างกับศาลยุติธรรมซึ่งไม่มีอำนาจวินิจฉัยเช่นนั้น⁸⁴ ซึ่งความเห็นดังกล่าวเป็นที่ยอมรับของนักกฎหมายมหาชนโดยทั่วไป

(2) ระบบการพิจารณาของศาล⁸⁵

(2.1) ระบบกล่าวหา (Accusatorial System)

ระบบนี้ศาลหรือลูกขุนต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด ศาลใช้ดุลพินิจได้น้อยโดยทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ตัดสินคดี การพิสูจน์หรือแสวงหาข้อเท็จจริงตกเป็นภาระหน้าที่ของคู่ความพยานหลักฐานทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ เป็นของคู่ความที่จะนำมาสู่ศาลและถือว่าเป็นพยานหลักฐานของฝ่ายที่นำเสนอ คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงจะต้องนำพยานหลักฐานมานำสืบพิสูจน์ให้ศาลเชื่อ ส่วนคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็จะถามค้านเพื่อทำลายน้ำหนักพยานหลักฐานของฝ่ายตรงข้าม ดังนั้น การถามค้านจึงมีความสำคัญมากในระบบนี้ในการค้นหาความจริง การถามพยานมีทั้งการถามพยานของตนเอง การถามค้านคู่ความฝ่ายตรงข้ามและปิดท้ายด้วยการถามถึงพยานของตนเองอีกครั้งหนึ่ง ระบบกล่าวหาแบบดั้งเดิมแท้ๆ จะใช้ลูกขุนซึ่งไม่ใช่ นักกฎหมายทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงจึงมีกฎเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดมาก มีบทตัดพยาน (Exclusionary rule) ที่เด็ดขาด เพราะไม่ต้องการให้ข้อเท็จจริงบางอย่างที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นในคดีโดยตรงเข้าสู่การรับรู้ของคณะลูกขุนซึ่งอาจทำให้เสียความเป็นกลางได้ ในปัจจุบันประเทศในกลุ่ม Common Law ได้ยกเลิกระบบลูกขุนไปหลายประเทศแล้ว เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ มาเลเซีย เพราะสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย

(2.2) ระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

ระบบนี้ศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี ศาลมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางและยืดหยุ่นมาก ไม่มีกฎเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดนัก ไม่มี

⁸⁴ แหล่งเดิม, หน้า 18.

⁸⁵ คงรัช ภาคพร. (2545). *การควบคุมคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยศาลปกครองในประเทศไทย*. หน้า 65-66.

บทคัดพยานที่เด็ดขาด เปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดมาสู่ศาลได้ พยานหลักฐานทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุที่คู่ความนำมาสู่ศาลจะไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่จะถือว่าเป็นพยานหลักฐานของศาลทั้งสิ้น โจทก์เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือศาลในการค้นคว้าหาพยานหลักฐาน ศาลจะทำหน้าที่ซึ่งนำพยานที่น่าเชื่อถือหรือไม่เพียงใด โดยปกติจะใช้ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ไต่สวนข้อเท็จจริงแยกต่างหากจากผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินข้อกฎหมาย ทั้งนี้ก็มีจุดมุ่งหมายร่วมกันกับระบบกล่าวหา คือไม่ต้องให้คนๆ เดียวกันหรือคณะเดียวกันตัดสินได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งเป็นการถ่วงดุลในระดับหนึ่ง ส่วนการซักถามพยาน ศาลจะเป็นผู้ซักถามเอง ไม่มีระบบการถามค้านและถามติง เว้นแต่ศาลจะอนุญาต ส่วนใหญ่เป็นเรื่องระหว่างศาลกับจำเลย

จากที่กล่าวมาโดยสรุปแล้วจะเห็นว่าระบบกล่าวหาเป็นระบบที่เหมาะสมกับคดีที่คู่ความมีสถานะเท่าเทียมกัน เช่น คดีแพ่ง โดยศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางคอยควบคุมวิธีพิจารณาให้เป็นไปโดยชอบ (เปรียบเสมือนกรรมการในสนามกีฬา) ไม่ให้มีการเอารัดเอาเปรียบกัน คอยรับฟังการสืบพยานตามข้ออ้างข้อเถียงของโจทก์และจำเลย ส่วนในระบบไต่สวนนั้นศาลจะต้องลงไปแสวงหาข้อเท็จจริงจากทุกฝ่ายโดยเฉพาะจากฝ่ายปกครองซึ่งมักครอบครองเอกสารหลักฐานซึ่งอ้างว่าเป็นความลับอยู่เสมอ ทำให้เอกชนผู้ฟ้องคดีเกิดความท้อถอยในการแสวงหาพยานหลักฐาน ดังนั้นระบบการพิจารณาแบบไต่สวนจึงเหมาะสมกับคดีปกครองที่รัฐหรือฝ่ายปกครองมีสถานะที่เหนือกว่าเอกชน

(3) หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ⁸⁶

การควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้น ฝ่ายตุลาการนั้นก็มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งที่จะเป็นฝ่ายควบคุมฝ่ายปกครอง ฝ่ายตุลาการจึงมีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาด ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทระหว่างประชาชนกับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งนอกจากจะคำนึงถึง การให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนและประสิทธิภาพในการบริหารราชการของรัฐ ควบคู่กันไปแล้ว ยังจำเป็นต้องให้ระบบการวินิจฉัยดังกล่าวสามารถสร้างหลักเกณฑ์หรือแนวทางเพื่อกำหนดระเบียบแบบแผนการปฏิบัติงานที่เหมาะสมโดยจะต้องไม่เป็นการขัดแย้งหรือทำให้การบริหารราชการแผ่นดินกระทบกระเทือนอีกด้วย ผู้ที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองจึงมิใช่พนักงานเอกชนทั่วไปที่จะทำหน้าที่ได้อย่างเป็นผล แต่จะต้องเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในทางบริหารและสามารถคาดหมายถึง ผลกระทบและปัญหาต่อเนื่องที่จะเกิดในทางบริหาร ซึ่งจะสามารถสร้างคำวินิจฉัย คดีปกครองที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนไว้ได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ไม่ถูกต้อง และให้ความคุ้มครอง

⁸⁶ เริงชัย นาคแก้ว. (2546). *การกำหนดคุณสมบัติและการคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง*. หน้า 19-26.

แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ไม่ถูกต้อง และให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการโดยสุจริตและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะโดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้หนึ่งผู้ใดแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากช่องโหว่ของกฎหมายหรือจากความไม่ชัดเจนในถ้อยคำของตัวบทกฎหมายอันจะเป็นการละเลยต่อประโยชน์สาธารณะ

ดังนั้น ระบบการคัดเลือกตุลาการจึงเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งตัวแทนขององค์กรที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องมีการดำเนินไปอย่างมีความเป็นอิสระและไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจอื่นได้นั้น โดยทั่วไปแล้ว วิธีการในการแต่งตั้งหรือคัดคนเข้ามาเป็นตุลาการนั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 5 วิธี⁸⁷ คือ

(3.1) การสืบทอดทางมรดกและการซื้อขายตำแหน่ง

วิธีการนี้เป็นวิธีการเก่าแก่ที่จะพบได้ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ในประเทศฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติใหญ่ ปี ค.ศ. 1789 วิธีการนี้ทำให้ผู้พิพากษามีอิสระมากโดยเฉพาะเมื่อเผชิญกับอำนาจกษัตริย์

(3.2) การคัดเลือกโดยองค์กรบริหารงานบุคคลของตุลาการ

วิธีการนี้เป็นการให้บรรดาตุลาการด้วยกันเอง (ในรูปขององค์กร) เป็นผู้พิจารณาที่จะรับคนใหม่เข้ามา ระบบตุลาการของไทยอาจนับได้ว่าเป็นตัวอย่างอันหนึ่งในเรื่องนี้ ดังจะเห็นได้จากวิธีการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ ในกรณีการบรรจุข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะเป็นผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้งโดยวิธีการสอบคัดเลือก แต่วิธีการสอบคัดเลือก (มาตรา 28) หรือวิธีทดสอบความรู้ นั้น คณะกรรมการตุลาการจะเป็นผู้กำหนดและทดสอบทั้งสิ้น การที่ให้รัฐมนตรีดำรงตำแหน่งจึงเป็นเรื่องของรูปแบบ (form) เท่านั้น ในกรณีแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ นอกจากตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาก็เช่นกัน กฎหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเสนอชื่อเพื่อให้คณะกรรมการตุลาการให้ความเห็นชอบก่อน จึงจะนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งได้

วิธีการเลือกโดยผู้พิพากษานี้ ถ้าระบอบการเมืองเป็นประชาธิปไตยแบบตะวันตกแล้ว ก็จะเป็นวิธีการที่ให้หลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่ดีมาก ทำให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระจากอำนาจทางการเมือง แต่ก็มีข้อเสียคือจะก่อให้เกิดความรู้สึกสูงส่งที่เกินควรของการเป็นผู้พิพากษา ศาสตราจารย์กาดาร์ (Cadart)⁸⁸ จึงกล่าวว่า “ผู้พิพากษาอาจจะกลายเป็นผู้มีอำนาจมากเมื่อ

⁸⁷ โกลิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2541). *หลักกฎหมายมหาชน (เล่ม 1)*. หน้า 104-119.

⁸⁸ แหล่งเดิม.

เปรียบเทียบกับอำนาจอื่นๆ แต่ในขณะเดียวกันก็จะไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะปรับคำพิพากษาให้เข้ากับความจำเป็นของประเทศ อันได้แก่ วัฒนาการของสังคมได้” ทั้งนี้ เพราะผู้พิพากษาจะถูกปิดให้อยู่แต่ในระบบและความรู้สึกแห่งความสำคัญของตน

(3.3) การเลือกตั้งตุลาการ

1. การเลือกโดยประชาชน

การเลือกตั้งตุลาการโดยประชาชนเป็นวิธีที่ใช้อยู่ระยะหนึ่งภายหลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ในปัจจุบันมลรัฐต่างๆ จำนวนไม่น้อยในสหรัฐอเมริกายังใช้วิธีนี้อยู่ ในทางทฤษฎีแล้ววิธีการนี้จัดว่าเป็นประชาธิปไตยมาก แต่ในทางปฏิบัติกลับเป็นการทำลายความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เพราะการเลือกตั้งโดยประชาชนจะทำให้ผู้พิพากษาอยู่ภายใต้อิทธิพลของอำนาจทางการเมืองและพรรคการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในเขตที่ผู้พิพากษานั้นได้รับเลือก

นอกจากนี้ในสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษาของมลรัฐที่มาจากการเลือกตั้ง⁸⁹ ได้รับการวิจารณ์อย่างมากว่ามีคุณภาพสู้ผู้พิพากษาของสหพันธ์ซึ่งมาจากการแต่งตั้งไม่ได้ ด้วยเหตุนี้เองจึงมีการพยายามหาทางแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยคำนึงถึงลักษณะและความนิยมที่เป็นอยู่ในอเมริกาสองประการ คือ การแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหารและการเลือกตั้งโดยประชาชนในปี ค.ศ. 1940 การพยายามประสานสองสิ่งดังกล่าวข้างต้นได้รับความสำเร็จเป็นครั้งแรกในรัฐ Missouri และวิธีการดังกล่าวซึ่งปัจจุบันรู้จักกันในชื่อว่า “Missouri Plan”⁹⁰ กำลังขยายออกไปสู่รัฐอื่นๆ มากขึ้นเรื่อยๆ

หลักการใหม่นี้ก็คือว่ามีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมา 1 ชุด เพื่อคัดเลือกผู้สมัครที่มีคุณสมบัติเหมาะสมจำนวนหนึ่งและเสนอให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้ง (เช่น ผู้ว่าการรัฐ) แต่งตั้งคนที่เหมาะสมในบัญชีรายชื่อที่เสนอโดยคณะกรรมการ เช่น ถ้ามีตำแหน่งผู้พิพากษาว่างลง 1 ตำแหน่งก็จะแต่งตั้งเข้าไป 1 ตำแหน่ง ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งใหม่จะมีวาระในเวลาที่จำกัด (ในรัฐ Missouri และทั่วๆ ไป คือ 1 ปี) และถือเป็นระยะเวลาแห่งการให้ทดสอบการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อได้ทำหน้าที่ครบระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้พิพากษานั้นจะเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้พิพากษาที่เลือกโดยประชาชนโดยอัตโนมัติ และคราวนี้ระยะเวลาแห่งการเป็นผู้พิพากษาจะยาวนานกว่า เช่น ถ้าในระดับศาลสูงหรือศาลอุทธรณ์ก็ 12 ปี เป็นต้น

⁸⁹ โดยทั่วๆ ไป ผู้พิพากษาที่มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนในมลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาจะมีวาระคราวละ 1 ปี.

⁹⁰ โกลิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. เล่มเดิม.

2. การเลือกโดยคนบางกลุ่ม

การเลือกโดยคนบางกลุ่มเป็นวิธีการที่ใช้เพื่อเลือกผู้พิพากษาสำหรับศาลพิเศษบางประเภทที่มีเขตอำนาจไม่มากนักและต้องการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง ผู้มีสิทธิเลือกตั้งถูกจำกัดเฉพาะสำหรับบุคคลบางประเภทที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ศาลพาณิชย์ของฝรั่งเศส ผู้พิพากษาจะได้รับเลือกโดยผู้ประกอบกิจการพาณิชย์ หรือศาลแรงงาน ผู้พิพากษาสมทบฝ่ายนายจ้างและผู้พิพากษาสมทบฝ่ายลูกจ้างอันมีจำนวนฝ่ายละเท่าๆ กัน จะได้รับเลือกโดยนายจ้างหรือลูกจ้าง แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม วิธีการเลือกโดยคนบางกลุ่มนี้ก็อาจได้ผู้พิพากษาที่มีคุณภาพ เช่น ศาลพาณิชย์ในเมืองใหญ่ ที่มีธุรกิจการค้ามาก แต่โดยทั่วไปแล้ว คุณภาพของผู้พิพากษายังอยู่ในระดับที่ไม่น่าพอใจนัก

3. การเลือกโดยรัฐสภา

วิธีการนี้จะใช้กับองค์กรศาลที่สูงและมีลักษณะพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้พิพากษาทั้งหมด 16 คน ครึ่งหนึ่งจะมาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) อีกครึ่งหนึ่งจะมาจากการเลือกของสภาสูง และเพื่อที่จะไม่ให้ผู้พิพากษาคงอยู่ได้อิทธิพลของพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง การเลือกของแต่ละสภาจะต้องมีเสียงเห็นชอบถึง 2 ใน 3

วิธีการนี้จะได้ผู้พิพากษาที่มีคุณภาพ ก็ต่อเมื่อมีการวางข้อกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับเลือกไว้ให้สูง เช่น ของเยอรมนีในบรรดาผู้พิพากษา 16 คนนั้น 6 คนมาจากผู้พิพากษาของสหพันธ์อีก 10 คนมาจากผู้ที่มีอายุกว่า 40 ปี ซึ่งได้ประกาศนียบัตรสำหรับการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย วาระของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญมี 12 ปี และจะเกษียณเมื่ออายุ 68 ปี

(3.4) การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายบริหาร

วิธีการนี้เป็นที่นิยมแพร่หลายในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะในประเทศเสรีนิยมตะวันตก และให้ผลออกมาเป็นที่น่าพอใจ แต่ก็มีจุดอ่อนคือฝ่ายบริหารอาจจะเลือกผู้พิพากษาที่ตนเห็นว่าคล้อยตามจุดยืนทางการเมืองของตนหรือยอมตามอำนาจทางการเมืองของตนได้

วิธีการนี้จะเห็นตัวอย่างได้จากระบบของอเมริกา อังกฤษ และศาลปกครองของฝรั่งเศส

(3.5) การแต่งตั้งโดยองค์กรพิเศษ⁹¹

วิธีการนี้เป็นวิธีการของประเทศฝรั่งเศสโดยเฉพาะองค์กรที่มีอำนาจ แต่งตั้งผู้พิพากษามีชื่อว่า “สภาสูงของฝ่ายตุลาการ” (Le Conseil Suprieur de la Magistrature) ซึ่งเป็นองค์กรพิเศษที่

⁹¹ เรียงชัย นาคแก้ว, เล่มเดิม, หน้า 23-26.

เป็นองค์คณะ โดยเริ่มมีครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 (มาตรา 83 และมาตรา 84)⁹² การจัดให้มีองค์กรลักษณะนี้ขึ้นก็เพื่อให้เป็นหลักประกันแก่ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาให้มากที่สุด

โดยเนื้อหาแล้ว “สภาสูงของฝ่ายตุลาการ” เป็นผู้แต่งตั้งข้าราชการตุลาการ⁹³ ในทุกระดับ เพราะเป็นคนทำเรื่องเสนอเพื่อให้ประธานาธิบดีตัดสินใจและลงนามในคำสั่งแต่งตั้ง (โดยมี

⁹² รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946

มาตรา 83 สภาสูงสุดของฝ่ายตุลาการประกอบด้วยสมาชิกสิบสี่คน ดังนี้
ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม รองประธาน
บุคคลอื่นหกคนซึ่งได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งคราวละหกปีโดยสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียง
ข้างมากสองในสามจากบุคคลที่มีใช้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้เลือกสมาชิกสำรองอีกหกคนภายใต้เงื่อนไข
เดียวกัน

บุคคลอื่นหกคนซึ่งได้รับการแต่งตั้งมีดังนี้
ข้าราชการตุลาการสี่คนซึ่งได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งคราวละหกปี โดยมาจากข้าราชการตุลาการ
แต่ละประเภท ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย ให้เลือกสมาชิกสำรองอีกสี่คนภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน
สมาชิกสองคนซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งคราวละหกปีโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ
จากบุคคลที่มีใช้สมาชิกของวุฒิสภา หรือข้าราชการตุลาการ แต่จากผู้ที่ประกอบวิชาชีพทางศาลยุติธรรมให้แต่งตั้ง
สมาชิกสำรองอีกสองคนภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน

การลงมติในคำวินิจฉัยของสภาสูงของฝ่ายตุลาการ ให้ถือเอาเสียงข้างมาก ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากัน
ให้ประธานาธิบดีออกเสียงเพิ่มเติมขึ้นอีก เสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา 84 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งข้าราชการตุลาการที่มีใช้ฝ่ายอัยการตามคำ
เสนอของฝ่ายตุลาการ

สภาสูงของฝ่ายตุลาการเป็นผู้สอดส่องดูแลวินัย ความเป็นอิสระของข้าราชการตุลาการและการ
บริหารงานศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามกฎหมาย

ข้าราชการตุลาการฝ่ายผู้พิพากษาไม่อาจถูกถอดถอนจากตำแหน่ง พักราชการ ลดชั้น หรือโยกย้าย
โดยที่ตนไม่ยินยอมให้.

⁹³ ในประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งข้าราชการตุลาการออกเป็น 2 ประเภท คือ ข้าราชการตุลาการฝ่าย
ผู้พิพากษา (le magistrat du Siege) และข้าราชการตุลาการฝ่ายอัยการ (le magistrat du Parquet) แต่เฉพาะ
ข้าราชการตุลาการฝ่ายผู้พิพากษาเท่านั้นที่ได้รับหลักประกันในเรื่องความเป็นอิสระ (l' inamovibilit) นั่นคือ ไม่
อาจถูกถอดถอน พักราชการ ลดชั้นหรือโยกย้าย โดยที่ตนไม่ยินยอมได้ เว้นแต่จะเข้า 2 กรณีนี้ คือ

1. ผู้พิพากษาที่กระทำความผิดอย่างร้ายแรง (les fautes graves) อาจถูกสภาสูงของฝ่ายตุลาการ
โยกย้ายหรือถอดถอนจากตำแหน่งได้

2. ผู้พิพากษาที่มีเหตุบกพร่อง (สุขภาพ) อย่างร้ายแรงและถาวร (les infirmités graves et
permanentes) จน ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ อาจถูกปลดออกเพื่อรับบำนาญได้

นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมลงนามรับสนอง) และประธานาธิบดีก็จะลงนามไปตามที่ “สภาสูงของฝ่ายตุลาการ” เสนอมา

ต่อมารัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958⁹⁴ ได้เปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของสภาสูงของฝ่ายตุลาการไป จนทำให้มีลักษณะในทางเป็นหลักคำประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษาด้อยลงไปกว่าตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งสมาชิกของสภาสูงของฝ่ายตุลาการทั้ง 9 คน (ยกเว้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นโดยตำแหน่ง) ซึ่งการแต่งตั้งนี้ก็มีนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมลงนามรับสนอง ดังนั้น จึงอาจจะมีลักษณะทางการเมืองไปในทางใดทางหนึ่งได้มาก ทั้งนี้ แล้วแต่ทิศทางและวิวัฒนาการของการเมืองในแต่ละช่วง

ข้อยกเว้นที่กล่าวมาเป็นไปตามกฎหมาย (Ordonnance) ลงวันที่ 13 เมษายน 1945 ซึ่งยังคงใช้มาจนถึงทุกวันนี้ โดยได้รับการยอมรับจากรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสทั้งฉบับ ค.ศ. 1946 และ ค.ศ. 1958.

⁹⁴ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

มาตรา 64 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้กำกับความเป็นอิสระของเจ้าหน้าที่ตุลาการ ประธานาธิบดี มีสภาสูงของฝ่ายตุลาการเป็นผู้ช่วย

สถานะของข้าราชการตุลาการเป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

ข้าราชการตุลาการฝ่ายผู้พิพากษาไม่อาจถูกถอดถอนจากตำแหน่ง พักราชการ ลดขั้นหรือโยกย้ายโดยที่ตนไม่ยินยอมได้

มาตรา 65 สภาสูงของฝ่ายตุลาการมีประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธานโดยตำแหน่ง และอาจทำหน้าที่ประธานแทนประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้ นอกจากนี้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐยังเป็นผู้แต่งตั้งสมาชิกของสภาสูงของฝ่ายตุลาการอีกเก้าคนภายในเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

สภาสูงของฝ่ายตุลาการเป็นผู้เสนอชื่อผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลฎีกาและประธานคนที่หนึ่งของศาลอุทธรณ์และเป็นผู้ให้ความเห็นภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ในคำเสนอของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเกี่ยวกับรายชื่อของผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอื่นๆ สภาสูงของฝ่ายตุลาการเป็นผู้ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการอภัยโทษภายในเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

สภาสูงของฝ่ายตุลาการเป็นสภาผู้พิจารณาในเรื่องวินัยของข้าราชการตุลาการ ฝ่ายผู้พิพากษาในฐานะเช่นนี้ให้ประธานคนหนึ่งของศาลฎีกาทำหน้าที่เป็นประธาน.

(4) ระบบการควบคุมทางกฎหมาย

(4.1) ระบบการตรวจสอบ (review)

การตรวจสอบเป็นอำนาจทั่วไปของสถาบันศาลซึ่งเป็นอำนาจดั้งเดิมของศาลโดยไม่จำกัดว่าจะมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ เนื่องจากนิติกรรมของฝ่ายปกครองต้องอยู่บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมาย และศาลเองก็มีหน้าที่ดูแลตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมาย ศาลจะเพียงแต่ควบคุมดูแล (Super vision) โดยพิจารณาว่าการที่นิติกรรมของฝ่ายปกครองที่ดำเนินมามีการใช้อำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยแทน หากปรากฏว่าเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจหรือมีการผิดพลาดสำคัญในกระบวนการพิจารณา ศาลก็จะพิพากษาแต่ว่านิติกรรมนั้นไม่มีผลในกฎหมายและให้ฝ่ายปกครองดำเนินการใหม่⁹⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือศาลจะเข้าไปตรวจสอบหรือทบทวนได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมาย (legality) เท่านั้น จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบในเรื่องของดุลพินิจหรือความเหมาะสม (opportunity) ซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงประการหนึ่ง หากศาลเห็นว่าคำวินิจฉัยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจพิพากษาว่าคำวินิจฉัยนั้นไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายและส่งกลับไปให้ฝ่ายปกครองวินิจฉัยใหม่ ศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยแทนฝ่ายปกครอง

(4.2) ระบบการอุทธรณ์ (appeal)

การอุทธรณ์นั้นจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้มีการอุทธรณ์ได้เท่านั้น ศาลจะมีอำนาจพิจารณาใหม่ทั้งหมดในผลแห่งคดี (merit) และวินิจฉัยไปเลยว่าองค์กรมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น มีความเห็นเช่นใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือศาลสามารถพิจารณาได้ถึงความต้องการของคำวินิจฉัย และมีอำนาจในการกลับแก้คำวินิจฉัยและตัดสินในเรื่องนั้นแทนฝ่ายปกครองไปได้เลย ไม่ต้องส่งกลับไปให้ฝ่ายปกครองทำคำวินิจฉัยใหม่

⁹⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์ ข. (2534, ธันวาคม). “นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง.” วารสารนิติศาสตร์, 21(2). หน้า 604.