บทที่ 2
ความหมาย แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับ การพิจารณาทางปกครอง

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หน่วยงานของรัฐที่จะพิจารณาและออกคำสั่งจะต้องดำเนินการพิจารณาตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบฉบับนี้ เนื่องจากเป็นระเบียบที่กำหนดขั้นตอนในการเตรียมการและดำเนินการของหน่วยงานของรัฐเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เพื่อให้มีความเข้าใจถึงการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งดังกล่าว จึงสมควรศึกษาความหมาย แนวความคิด และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนขอนำเสนอเป็นลำดับ ดังนี้

2.1 ความหมาย แนวคิด และหลักการของหลักนิติรัฐ

2.1.1 ความหมายของหลักนิติรัฐ

“หลักนิติรัฐ” เป็นศัพท์บัญญัติมาจากคำว่า Legal State ในภาษาอังกฤษและคำว่า Rechtsstaat ในภาษาเยอรมัน ซึ่งถือกำเนิดขึ้นครั้งแรกในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีช่วงศตวรรษที่ 17 ซึ่งใกล้เคียงกับการเกิดขึ้นของหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ โดยหลักนิติรัฐเป็นหลักการที่เรียกร้องให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยที่การดำเนินภารกิจด้านต่าง ๆ ของรัฐต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม[1] ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบนั้น คำว่านิติรัฐไม่นิยมใช้ แต่จะใช้คำว่า Rule of Law หรือ “นิติธรรม” มากกว่า แต่ก็มีความหมายใกล้เคียงกัน คือ ถือกฎหมายเป็นใหญ่ในการบริหารจัดการรัฐ[2] แต่อย่างไรก็ตามหลักนิติธรรมจะมีรายละเอียดที่แตกต่างจากหลักนิติรัฐในแง่ของที่มาและในแง่ของบริบทของระบบกฎหมาย กล่าวคือ หลักนิติธรรมของ

---

[1] จาก *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (น.144), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

[2] จาก *กฎหมายมหาชนแนวประยุกต์* (น.115), โดย ดิเรก ควรสมาคม, 2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

อังกฤษเกิดจากการต่อสู้ของเหล่านักกฎหมายที่มีพื้นฐานการศึกษาที่มิได้มาจากมหาวิทยาลัย หากแต่มาจากการศึกษาอบรมใน Inn of Courts ที่อาจกล่าวได้ว่ามีการรวมกลุ่มกันจนเป็นฐานันดร ที่ทำหน้าที่ร่วมกันในการรักษากฎหมายของประเทศนั้น ซึ่งเป็นระบบที่หลักกฎหมายมาจากแนวคำพิพากษาของศาลหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าระบบ Common Law[3]

หลักนิติรัฐเป็นผลพวงของความปรารถนาพื้นฐานของมนุษย์ ในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและสมาชิกในประชาคมมนุษย์ที่ไขว่คว้าหาความยุติธรรม และความแน่นอนของกฎหมาย แต่โดยเหตุที่การบรรลุถึงซึ่งความปรารถนาดังกล่าว ยังขึ้นกับปัจจัยทางด้านแนวความคิด ความคาดหวังและสถานการณ์ทางสังคมเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้เราจึงไม่อาจกำหนดความหมายของหลักนิติรัฐเป็นการทั่วไปใช้ได้กับทุกสังคมได้ สำหรับกรณีของประเทศไทยย่อมต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทย แต่ทั้งนี้เราก็ยังอาจอาศัยประวัติความเป็นมาของหลักการในต่างประเทศมาประกอบการพิจารณาเพื่อหาแนวทางที่ดีที่สุดสำหรับประเทศไทยได้ เนื่องจากประสบการณ์ของต่างประเทศจะช่วยให้เราสามารถหลีกเลี่ยงข้อผิดพลาดต่าง ๆ ที่ในต่างประเทศเคยดำเนินการมาได้ ซึ่งคำว่านิติรัฐได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย[4] ได้อธิบายว่า หลักนิติรัฐ คือ รัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง ความคิดเรื่องนิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในสิทธิปัจเจกชน และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดอยู่เสมอ และโดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดย (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรง) หรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ[5] ได้ให้คำจำกัดความของหลักนิติรัฐไว้ว่า หมายถึง รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้น โดยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

---

[3] จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ.* (น.417), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2553, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

[4] จาก *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.* (น.123) โดย หยุด แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[5] จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 3.* (น.52-53), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ก 2538, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

(1) การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องมีกฎหมายเป็นรากฐานซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากผิดไปจากที่กำหนดไว้ ถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

(2) หากรัฐหรือองค์กรของรัฐฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้น ต้องมีกลไกและกระบวนการที่บุคคลสามารถทำให้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นสิ้นผลไป และหากเกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคล บุคคลนั้นสามารถเรียกให้รัฐหรือองค์กรของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ เรียกว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งหลายได้มอบอำนาจในการควบคุมนี้ไว้ที่ศาลซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ได้

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ [6] ได้อธิบายหลักนิติรัฐว่ามีสาระสำคัญและหลักการพื้นฐาน 2 ประการ ดังนี้

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (The Principle of Legality of Administrative Action) หมายถึง ฝ่ายปกครอง ได้แก่ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับของรัฐบาลกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Principle of the Constitutionality of Legislation) หมายถึง กฎหมายที่รัฐตราขึ้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ [7] ได้อธิบายว่า ประเทศที่มีการปกครองตามหลักนิติรัฐนั้นนอกจากจะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองด้วยกันแล้ว ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง และความสัมพันธ์ทั้งหลายภายในรัฐอีกด้วย และอาจกล่าวได้ว่าลักษณะเฉพาะของความเป็นนิติรัฐก็คือ ในรัฐดังกล่าวการใช้อำนาจรัฐถูกผูกพันโดยกฎหมาย ซึ่งจุดนี้จะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับการปกครองตามหลักอำนาจนิยม หรือรัฐตำรวจ (police state) โดยรัฐที่ปกครองลักษณะดังกล่าวจะไม่มีกฎหมายหรือมีกฎหมายน้อยและแม้จะมีกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าวก็มักจะไม่ได้รับการยึดถือและปฏิบัติตามจากผู้ทรงอำนาจในรัฐนั้น ๆ

---

[6] จาก *สิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. (น.52-53) โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก 2542, กรุงเทพฯ : ม.ป.พ.

[7] *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น.417) เล่มเดิม.

รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล [8] ได้ให้คำจำกัดความว่า หลักนิติรัฐ หมายถึง รัฐที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐเป็นที่รวมของประชาชนที่ต่างยอมอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของรัฐโดยกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การปกครองของรัฐต่อประชาชนหรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐที่ปกครองตามหลักนิติรัฐ จึงต้องเป็นรัฐที่มีการปกครองในลักษณะต่อไปนี้

(1) การปกครองต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย การกระทำของรัฐ เจ้าพนักงานของรัฐ ประชาชนต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการปกครองโดยกฎหมายต้องประกอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ รวมทั้งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หากการกระทำใดขององค์กรของรัฐไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นความผิด

(2) มีการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐและประชาชนไว้อย่างแน่นอนเป็นการควบคุมไม่ให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต

(3) ผู้มีอำนาจตัดสินคดีหรือศาล ต้องมีอำนาจและมีความเป็นอิสระในการควบคุมการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐ และมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทุกประเภทภายใต้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาดู [9] อธิบายว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) หมายความว่า นิติกรรมทุกอย่างของรัฐที่กระทำโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญสำหรับ “ผู้อยู่ใต้ปกครอง” และก่อให้เกิด “นิติรัฐ” (l’Etat de droit) ขึ้น การเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายก็คือการเคารพต่อลำดับชั้นของนิติกรรมซึ่งมีกฎหมายอยู่ในลำดับสูงสุด ภารกิจของศาลก็คือทำให้ “ผู้ปกครอง” และ “ผู้ใต้ปกครอง” เคารพลำดับชั้นดังกล่าว ในรัฐเสรีประชาธิปไตย ปัจเจกชนมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย

---

[8] จาก *หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”* (น.15-16) โดย ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[9] Charles Cadoux. Droit constitutionnel et institutions politiques : Théorie générale des institutions politiques. 4e edition, Cujas, 1995 pp.207. (อ้างใน *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ* (น.275), โดย ชาญชัย แสวงศักดิ์. ก, 2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.)

Maunz[10] นักกฎหมายชาวเยอรมันได้อธิบายไว้ว่า นิติรัฐประกอบด้วย องค์ประกอบที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

1) การแบ่งแยกอำนาจ
2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
3) ความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง
4) ความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
5) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
6) หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต) [11] ท่านได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับนิติรัฐ นิติธรรม โดยแปลคำว่า Rule of law ว่าแท้จริงคือส่วนหนึ่งหรือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักธรรมาธิปไตยนั่นเอง ไม่ต้องแปลว่า นิติธรรม ให้แปลกประหลาดแต่อย่างใด ธรรมาธิปไตย แปลว่า การที่บุคคลยึดถือความจริง ความถูกต้อง ความดีงาม เหตุผล หลักการ กฎกติกาที่ชอบธรรมเป็นบรรทัดฐาน เคารพธรรม เชิดชูธรรม นิยมธรรม ตั้งตนอยู่ในธรรม ประพฤติธรรมด้วยตนเอง หรืออาจกล่าวง่าย ๆ ได้ว่า ถือความถูกต้องชอบธรรมเป็นเกณฑ์เป็นใหญ่ในการตัดสินใจ ธรรมาธิปไตยไม่ใช่ระบอบหรือระบบการปกครอง แต่เป็นแก่นของการปกครองทั้งหลายในโลกที่มีอยู่

สำหรับหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นที่มาของหลักการดังกล่าวได้มีความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรถูกปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งต่อมาได้มีนักกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ A.V.Dicey เป็นผู้มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน โดยอธิบายขยายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ในหนังสือ “Introduction to the study of the Law of constitution” เห็นว่า หลักนิติธรรมต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและมีสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันไม่ว่าในชนชั้นใด ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดิน และบรรดาศาลทั้งหลายต้องเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดที่ยกเว้นไม่ให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่อยู่เหนือกฎหมายได้ อาจกล่าวโดยสรุปว่า A.V.Dicey เห็นว่า ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ กล่าวคือ บุคคลไม่อาจถูกลงโทษหรือ

---

[10] จาก *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ* (น.23-34) โดย บรรเจิด สิงคะเนติ. ก, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[11] จาก *สลายความขัดแย้ง*. (น.20), โดย พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), 2548, กรุงเทพฯ : บริษัทพิมพ์สวยจำกัด.

ถูกบังคับให้ต้องรับโทษทางร่างกายหรือทางทรัพย์สิน เว้นแต่เป็นผลของการละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยได้รับการพิสูจน์การกระทำตามวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรม [12] และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนผู้ได้รับความเสียหายในการฟ้องร้องฝ่ายปกครองได้

2.1.2 แนวความคิดของหลักนิติรัฐ

แนวความคิดของหลักนิติรัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งมีค่าสูงสุด [13] หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ หลักสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักแบ่งแยกอำนาจ

กรณีหลักสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยอาจจำแนกสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภท คือ [14]

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง สิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องธำรงไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กร

---

[12] From Introduction to the study of the Law of constitution. (p.202), by A.V.Dicey. 1959, London: Macmillan.

[13] จาก *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. (น.171) โดย สมยศ เชื้อไทย, 2554, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[14] K. Loewenstein, "Political Power and the Government Process" , U.S.A The University of Chicago Press, 1957, p.376. (อ้างใน *หลักนิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย. ในหนังสือ "ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. (น.1) โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.)

หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร [15]

สำหรับกรณีของหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการในการจัดวางโครงสร้างขององค์กรของรัฐไม่ให้มีอำนาจเด็ดขาดเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เนื่องจากอำนาจเด็ดขาดนั้นทำให้ผู้ปกครองใช้อำนาจเกินเลยเสมอจนกลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจ หลักแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักประกันสิทธิในแง่การจัดองค์กรซึ่งเป็นหลักการในเชิงรูปแบบของนิติรัฐเพราะหลักการสำคัญ ๆ ของนิติรัฐที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลย ถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายหรืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรืออำนาจบริหาร และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ รวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้ว่าบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากราษฎรตามวิธีทางแห่งประชาธิปไตยก็ตาม ก็มิอาจไว้ใจผู้ปกครองที่มีอำนาจได้ดังที่ Montesquieu กล่าวไว้ว่า ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติให้บทเรียนว่า บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ มีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ ๆ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์การของรัฐในลักษณะที่ให้ “อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง” การแบ่งแยกอำนาจในความหมายของการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้ต่างองค์กัน และเป็นอิสระจากกัน โดยให้องค์กรเหล่านั้นคอยตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balances) กลไกดังกล่าวเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนานิติรัฐ ด้วยเหตุนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของหลักนิติรัฐ ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดองค์กรของรัฐในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพื่อมิให้รัฐมีอำนาจเด็ดขาดนั่นเอง [16]

---

[15] P. Bockelmann, “The Principle of the Rule of Law” , in “Law and State” , Tubingen, Institute for Scientific Cooperation, Vol. 4, 1971, หน้า 98. (อ้างใน แหล่งเดิม. น.3)

[16] *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (น.174). เล่มเดิม.

2.1.3 หลักการของหลักนิติรัฐ

หลักการของหลักนิติรัฐมีอยู่ 3 ประการ [17] ดังนี้

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และต้องใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น ต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างใด และกฎหมายดังกล่าวต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรฝ่ายตุลาการจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

2.2 ความหมาย แนวคิด และหลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

2.2.1 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายเดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนเท่านั้น เพราะในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีหลัก “The King can do no wrong” ซึ่งทำให้รัฐและเจ้าหน้าที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาเมื่อเกิดแนวความคิด “นิติรัฐ” ในทศวรรษที่ 18 การกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้แทนของ

---

[17] จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (น.66), โดย ชาญชัย แสวงศักดิ์ ข 2552, กรุงเทพฯ : วิญญชน.

ปวงชน การที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายก็เท่ากับเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน ต่อมาในทศวรรษที่ 20 จึงเกิดแนวคิดว่า ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักนี้ด้วย โดยสืบเนื่องมาจากคำตัดสินของศาลฎีกาอเมริกาในคดี Marbury V. Madison ใน ค.ศ. 1803 ในปัจจุบันจึงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า การกระทำของรัฐทุกฝ่ายต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย [18]

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองใด ๆ อันเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้ [19] หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและในขณะเดียวกันก็เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ซึ่งสอดคล้องกับหลักมหาชนทั่วไปที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ (รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ) ไว้จะทำมิได้ (โดยเฉพาะเมื่อกระทบสิทธิเสรีภาพปัจเจกชน)” [20] ที่ถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองนั้น หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจ และการกระทำทางปกครองที่ออกนั้นต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย ซึ่งในนัยนี้จะเห็นว่ากฎหมายเป็นทั้งรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกการกระทำทางปกครอง ในขณะเดียวกันกฎหมายก็เป็นขอบเขตของการกระทำทางปกครองด้วย ส่วนที่ถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น หมายความว่า หากการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดสิ้นไป เช่น การขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น [21]

2.2.2 แนวคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การบริหารงานของฝ่ายปกครองในปัจจุบันนอกจากฝ่ายปกครองจะมีหน้าที่บำบัดทุกข์บำรุงสุขของราษฎรแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีหน้าที่สำคัญในการพัฒนาประเทศชาติในด้านต่าง ๆ ตามแนวนโยบายของรัฐบาล ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ฝ่ายปกครองจำต้องเข้ามากระทำการบางอย่างที่จำเป็นต่อประโยชน์ส่วนรวมและเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงในกิจกรรมต่าง ๆ ของเอกชน ซึ่งอาจจะโดยวางกฎระเบียบ ๆ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อประเทศชาติได้มีการพัฒนาขึ้น กิจกรรมต่าง ๆ และการเกี่ยวพันของรัฐกับเอกชนในด้านต่าง ๆ ย่อมจะทวีขึ้นเป็นเงาตามตัว ความขัดแย้งหรือผลประโยชน์ที่ขัดกัน

---

[18] *กฎหมายมหาชน เล่ม 3* (น.275). เล่มเดิม.

[19] จาก *หลักกฎหมายปกครอง* (น.135), โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ก, 2554, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[20] จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 2* (น.51) โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข, 2538, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

[21] จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1.* (น.457) โดย มานิตย์ จุมปา. 2554, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ระหว่างผลประโยชน์ส่วนรวมกับผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน จึงเป็นสิ่งที่หลักเลี่ยงไม่พ้นปัญหาที่เกี่ยวกับความยุติธรรมในทางปกครอง จึงเป็นสิ่งสำคัญและน่าจะต้องมีการกระทำการวิเคราะห์และศึกษากันอย่างจริงจังเพื่อแก้ไขปัญหาเหล่านี้ [22]

การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองถูกชี้นำโดยหลักสำคัญของความชอบด้วยกฎหมาย หลักการนี้หมายถึงว่า ฝ่ายปกครองต้องยึดถือปฏิบัติการให้สอดคล้องกับหลักกฎหมาย หรือถ้าจะกล่าวให้ชัดเจนก็คือฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยหรือตัดสินโดยยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายจะปรากฏเป็นเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปจะบัญญัติไว้ในกฎหมายแบบพิธี (lois formelles) หลักนี้เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทุกอย่างของฝ่ายปกครอง กล่าวคือในประการแรกเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่มีผลเฉพาะบุคคล (les décisions administrative individuelles) ซึ่งหมายความว่า คำสั่งในลักษณะที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับหลักทั่วไปที่ถูกกำหนดไว้ก่อนแล้วนั่นเอง ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับทั่วไป (les actes adminisstratifs règlementaires) ต้องยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมาย [23]

หลักการที่ว่าการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวพันถึงบทกฎหมายที่วางระเบียบจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และที่จริงแล้วหลักนี้มิได้ใช้บังคับแต่เฉพาะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น เพราะหลักดังกล่าวเป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งของหลักใหญ่ทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันในประเทศต่าง ๆ ว่า “กิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย” หรือที่เรียกว่า นิติรัฐ (L’Etat de droit) นั่นเอง ซึ่งมีความหมายตรงกันข้ามกับรัฐตำรวจ (L’Etat de police) การที่ว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย คำว่า “กฎหมาย” ที่เราหมายถึงในที่นี้มีความหมายอย่างกว้างเป็นเช่นเดียวกับที่เรากล่าวว่า “บุคคลจะปฏิเสธว่าไม่รู้กฎหมายไม่ได้” นั่นเอง ซึ่งคำว่า กฎหมายในที่นี้นั้นมิได้มีความหมายเฉพาะรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่หมายถึง “สิ่งที่รวมเป็นภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด” (L’ensemble des sources de la légalité) ซึ่งเราอาจนิยามโดยย่อด้วยว่าหมายถึง “กฎหมาย (ในความหมายอย่างกว้าง) และนิติกรรมทางปกครอง (Les actes jurisdiques) ทั้งปวงที่มีผลบังคับต่อฝ่ายปกครอง” นอกจากนี้กฎหมายและนิติกรรมทางปกครองทั้งหมดนี้ยังมีการจัดความสำคัญตามลำดับชั้นหรือที่เรียกว่า ระบบชั้นกฎหมาย (La hiérarchie des règles jurisdiques) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า กฎหมายแต่ละชั้นจะต้องเคารพกฎหมายซึ่งอยู่ในระดับชั้นที่สูงกว่า

---

[22] จาก *หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย* (เล่ม 44 ตอน 4), โดย ขวัญชัย สันตสว่าง, 2531, บทบัณฑิตย์.

[23] จาก *หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย*. (เล่ม 6 ตอน 3 น.573.) มนตรี รูปสุวรรณ, 2530, วารสารกฎหมายปกครอง.

และในขณะเดียวกันก็มีผลบังคับแก่กฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าด้วย กล่าวโดยย่อก็คือว่า กฎหมายในระดับหรือชั้นที่ต่ำกว่า จะไปขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในระดับที่สูงกว่ามิได้ กฎหมายเหล่านี้อาจเป็นไปได้ทั้งที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ รัฐบัญญัติและกฎหมายอื่น ๆ ตลอดจนนิติกรรมในทางปกครองต่าง ๆ ส่วนกฎหมายที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นก็มีเช่น ประเพณีบัญญัติ และกฎหมายที่มีกำเนิดมาจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นไปในรูปของการกำหนดหลักเกณฑ์ลงในคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานต่อคดีอื่น ๆ ในภายหลัง หรือบางครั้งผู้พิพากษาก็กำหนดหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองด้วย [24]

หลักการที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่างประโยชน์ 2 ฝ่าย ประโยชน์ฝ่ายหนึ่งคือ การให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และเพื่อให้มีหลักประกันดังกล่าวอย่างสูงสุดจึงมักจะทำให้เกิดมีการขยายหลักที่ให้ใช้บังคับอยู่เดิมให้กว้างขวางออกไปเรื่อย ๆ ซึ่งจะไปขัดกับประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งคือ การให้อิสระแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงานตามที่เห็นสมควร เพราะในบางกรณีฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับอำนาจอิสระบางอย่างเพื่อดำเนินงานของฝ่ายปกครอง “ให้เหมาะสมกับสถานการณ์” เช่น การให้ฝ่ายปกครองได้สามารถใช้ดุลพินิจ (L’opportunité) ได้ตามควรแก่กรณีเป็นต้น ดังนั้น การใช้หลักนี้บังคับแก่ฝ่ายปกครองจึงจำต้องมีข้อผ่อนผันและข้อยกเว้นบางประการ ทั้งนี้ก็เพื่อรักษาผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย คือทั้งฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และทั้งฝ่ายปกครองนั่นเอง นอกจากนี้ในกรณีที่เกิดภาวะสงครามหรือในยามที่มีสถานการณ์ไม่ปกตินั้น ฝ่ายปกครองก็อาจกระทำการที่ในยามปกติถือว่ามิชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ก็เพราะเห็นว่า ฝ่ายปกครองจำต้องดำเนินการบางประการโดยเร่งด่วนในยามคับขันหรือฉุกเฉิน เพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้อยู่ใต้ปกครองโดยส่วนรวมนั่นเอง [25]

2.2.3 หลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ

---

[24] *หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย* (ตอน 4) เล่มเดิม.

[25] แหล่งเดิม.

การกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ ดังนี้ [26]

(1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หลักการนี้กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนั้นให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

(2) หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ หลักนี้กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจเรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจอาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มีข้อพึงสังเกตว่า โดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง

---

[26] จาก *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (น.47), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข, 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์.

ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

ข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ หมายถึง สิ่งที่ทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่อาจบังคับได้โดยสมบูรณ์ ซึ่งมีอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ เรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองกับทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ กรณีของดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองก็เพราะหากการกระทำทางปกครองใดออกโดยฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหลักความชอบด้วยกฎหมายจะครอบคลุมเฉพาะขอบเขตของการใช้ดุลพินิจกับการใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่คลุมถึงความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจ[27]

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (La Theorie des circonstances)

แนวคิดของทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ ในบางกรณีที่ไม่ปกติ การจะให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเหมือนในภาวะการณ์ปกติไม่ได้เพราะเป็นการเสี่ยงต่อการที่จะทำให้การดำเนินงานในทางปกครองเป็นอัมพาต ดังนั้นในสถานการณ์ที่ไม่ปกติจำเป็นย่อมเป็นกฎหมาย[28] ฝ่ายปกครองจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายเหมือนในสถานการณ์ปกติ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำทางปกครองที่ออกมาในสถานการณ์ไม่ปกติต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ

ลักษณะของสถานการณ์ไม่ปกติ อำนาจของฝ่ายปกครองที่ได้รับในเมื่อมีสถานการณ์ไม่ปกติบางครั้งก็กำหนดไว้ในกฎหมายโดยตรง เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1958 มาตรา 16 ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีในสถานการณ์ไม่ปกติ หรือในประเทศไทยก็มีพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นอกจากนั้น หลักว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติอาจเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาล เช่น Conseil d' Etat เคยวินิจฉัยไว้ว่า ในยามสงครามฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษเพิ่มมากขึ้นเช่น อำนาจในการเรียกเกณฑ์บุคคลและทรัพย์สิน นอกจากนี้ สถานการณ์ไม่ปกติอาจเกิดจากความไม่สงบหรือเกิดการจลาจลในทางการเมืองหรือสังคม เช่น สถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์คับขัน[29]

---

[27] *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1* (น.515). เล่มเดิม.

[28] *กฎหมายมหาชน เล่ม 3* (น.286). เล่มเดิม.

[29] จาก *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (น.126), โดย ขวัญชัย สันตสว่าง, 2537, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ผลในทางกฎหมายของสถานการณ์ไม่ปกติ คือ เป็นการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองออกไป ทำให้การกระทำหรือคำสั่งทางปกครองบางอย่างที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ไปนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้ง ๆ ที่หากเป็นในภาวการณ์ปกติการกระทำหรือคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่โดยพฤตินัยทำการแทนเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากสถานการณ์จำเป็นและรีบด่วนต้องดำเนินการบางอย่าง (C.E., 7 มกราคม 1944, Lecoq; 5 mars 1984, Marion) [30]

ขอบเขตของหลักว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติเป็นเพียงทฤษฎีที่ผ่อนคลายหลักความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิใช่เป็นข้อยกเว้นเด็ดขาดจึงมิได้หมายความว่าในสถานการณ์ไม่ปกติงดใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยสิ้นเชิง เป็นแต่เพียงว่าการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครอง โดยหลักการนี้มีการผ่อนคลายและมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในภาวะปกติ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติการให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไป [31] จึงอาจเรียกได้ว่าในสถานการณ์ไม่ปกติ ฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ (ไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในภาวการณ์ปกติ) กล่าวคือ การกระทำทางปกครองหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้น ต้องมีความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเช่นนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและจำเป็นที่จะต้องขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในภาวการณ์ปกติ อีกทั้งนิติกรรมทางปกครองหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้นต้องพอสมควรได้สัดส่วนกับความจำเป็นของเหตุการณ์เพียงพอ [32]

2.3 ความหมาย และประเภทของการกระทำทางปกครอง

2.2.2 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง (Act of Administrative) เป็นอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ (Public service) เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนซึ่งเป็นภารกิจของรัฐโดยทั่วไป โดยจะต้องปฏิบัติตามนโยบาย คำสั่ง และคำชี้แนะของรัฐบาลและจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย โดยปกติเป็นธุรการประจำวันที่ต้องปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง มิเช่นนั้นจะมีปัญหาต่อการดำรงชีวิตของประชาชน

---

[30] *กฎหมายมหาชน เล่ม 3* (น.127). เล่มเดิม.

[31] จาก *คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (น.31), โดย ประยูร กาญจนดุล ก, 2524, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

[32] จาก *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (น.127), โดย ขวัญชัย สันตสว่าง, 2537, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ [33] ได้ให้ความหมายของการกระทำทางปกครองว่า การกระทำทางปกครอง คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครองจึงเป็นเครื่องมือที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครองบรรลุผลลงได้ แต่เนื่องจากภารกิจในการปกครองมีความหลากหลายมาก รูปแบบและประเภทของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงหลากหลายตามไปด้วย ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าองค์กรฝ่ายปกครองมีความสามารถดำเนินกิจกรรมทางปกครองไม่เฉพาะแต่ในแดนของกฎหมายมหาชนซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนเท่านั้น หากแต่องค์กรฝ่ายปกครองยังอาจกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชน ในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชนคนอื่น ๆ ได้อีกด้วย [34] การกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้นในทางกฎหมายสามารถแยกออกได้ 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) และการกระทำทางข้อเท็จจริง (Real Act) หรือการกระทำที่เป็นการปฏิบัติการ

การกระทำทางปกครองที่เป็น “นิติกรรม” นั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐโดยผ่านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่นั้น อาจเทียบเทียงได้กับกฎหมายเอกชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149[35] การใด ๆ ที่จะเป็นนิติกรรมในทางแพ่งได้นั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิได้โดยการแสดงเจตนาของผู้นั้น เช่น การทำพินัยกรรม ตามหลักเรื่องการแสดงเจตนา (Autonomie de la Volonté) นิติกรรมจึงมีลักษณะแตกต่างจากนิติเหตุ นิติกรรมทางปกครองจึงอาจพอเทียบเคียงกับนิติกรรมในกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นการแสดงเจตนา

---

[33] จาก *การกระทำทางปกครอง. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่น 1.* (น.1) โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ก, 2543.

[34] จาก *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง.* (น.69) โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค, 2546, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[35] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติว่า นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

หรือการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่รัฐ นิติกรรมทางปกครองจึงมีลักษณะต่างจากสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาเป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้จึงจำต้องมีคำเสนอและคำสนองหรือการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป[36]

ส่วนการกระทำทางปกครองที่เป็น “ปฏิบัติการ” นั้น เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถยกรถยนต์ที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในคูคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมายหรือการใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำผิดกฎหมาย เป็นต้น ถือเป็นการกระทำที่เป็นการปฏิบัติการทางปกครองหรือการกระทำทางข้อเท็จจริง มิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม และเฉพาะการกระทำที่เป็นนิติกรรมเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความสมบูรณ์และไม่สมบูรณ์หรือในเรื่องโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรมขึ้นได้ ส่วนการปฏิบัติการหรือการกระทำทางข้อเท็จจริงนั้นไม่มีปัญหาในเรื่องนี้ เพราะการกระทำได้เกิดขึ้นจริง ๆ แล้ว มีปัญหาก็เฉพาะเรื่องการชดใช้ค่าเสียหาย หรือการการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น[37]

2.3.2 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำที่เป็นนิติกรรมนั้นแยกออกได้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมสองฝ่าย นิติกรรมฝ่ายเดียว หมายถึง นิติกรรมที่ทำลงโดยบุคคลฝ่ายเดียว ส่วนนิติกรรมสองฝ่ายเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย กล่าวคือ ต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกันและเมื่อถูกต้องสอดคล้องต้องกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น ในทางกฎหมายปกครองก็คือสัญญาทางปกครองนั่นเอง ดังนั้น เราจึงอาจให้ความหมายของคำว่านิติกรรมทางปกครองว่า หมายถึง การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงหน่วยงานเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่า ตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลคนนั้นหรือบุคคลคณะนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือบุคคลคณะนั้นไม่จำต้องให้ความยินยอม[38]

---

[36] จาก *“นิติกรรมทางปกครอง : ความหมายและขอบเขต.”* (ดุลพาห, 43, 2. น. 108), โดย ฤทัย หงส์สิริ. 2539.

[37] *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (น.251). เล่มเดิม.

[38] จาก *“การกระทำทางปกครอง.” อาจารียบูชา ศ. ดร. อมร จันทรสมบูรณ์* (น.147), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข, 2545, กรุงเทพฯ : เดือนตุลา

เนื่องจากการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวทางเอกชนหรือนิติกรรมในทางกฎหมายแพ่งในทางปฏิบัติและในทางวิชาการกฎหมายปกครองในบางประเทศ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงกำหนดให้เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakt) กล่าวคือ นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนากำหนดสิทธิหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย ซึ่งต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชน ที่เอกชนไม่สามารถกำหนดสิทธิหน้าที่ให้บุคคลอื่นโดยที่เขาไม่ยินยอม ทั้งนี้เพราะว่าในทางกฎหมายเอกชนนั้น เอกชนมีฐานะที่เท่าเทียมกัน แต่ในทางกฎหมายมหาชนรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรของรัฐหรือนัยหนึ่งก็คือรัฐย่อมมีฐานะเหนือกว่าเอกชน เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม โดยใช้อำนาจให้บรรลุภารกิจของรัฐ ส่วนเอกชนนั้นกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนตัวจึงมีฐานะที่ต่ำกว่า ด้วยเหตุนี้นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายปกครองส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะเป็นการสั่งการหรือคำสั่งให้เอกชนกระทำหรือละเว้นการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งก็คือการกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่บุคคลฝ่ายเดียวนั่นเอง นอกจากนี้ในฐานะที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจที่จะใช้กำลังทางกายภาพเข้าบังคับการให้เป็นตามนิติกรรมฝ่ายเดียวของตนได้โดยไม่ต้องไปขออำนาจของศาล แต่ทั้งนี้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่งเท่านั้น

นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองนั้น ปรากฏใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะทั่วไปที่เป็นนามธรรม (abstract) และลักษณะเฉพาะที่เป็นรูปธรรม (concrete) นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะทั่วไปจะอยู่ในรูปของข้อกำหนดความประพฤติของบุคคลทั่วไป ไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคลและในขณะเดียวกันข้อกำหนดนั้นมีลักษณะนามธรรมด้วย กล่าวคือกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่บุคคลในลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไป ได้แก่กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือ ประกาศกระทรวง เป็นต้น แต่นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะเฉพาะนั้นมีลักษณะเป็นรูปธรรม คือ เป็นข้อกำหนดสำหรับบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจงจนสามารถทราบได้ว่าเป็นใครและเป็นข้อกำหนดเฉพาะที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเป็นรูปธรรมที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้น นิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไป หรือกฎเกณฑ์ทั่วไป จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม กฎเกณฑ์ทั่วไปนี้ความจริงก็คือกฎหมายลำดับรองหรือ “กฎ” ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกนั่นเอง และเมื่อพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นก็คือการบังคับใช้กฎหมายในกรณีเฉพาะราย ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้อำนาจตาม

อำเภอใจ หรือใช้อำนาจในทางที่ผิด (abuse of power) เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเอกชน ในกรณีเหล่านี้ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเองก็ดี หรือการควบคุมภายนอกก็ดี โดยทั่วไปแล้วต้องถือว่าการกระทำในทางกฎหมายที่เป็นความสัมพันธ์ภายนอกเป็นวัตถุแห่งการกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรทั้งภายในและภายนอกฝ่ายปกครอง [39]

นอกจากนี้หากจำแนกประเภทของการกระทำทางปกครองในลักษณะของกฎหมายสามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภท ดังนี้ [40]

(1) การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายเอกชน ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เนื่องจากแดนของกฎหมายมหาชนเป็นแดนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน ฝ่ายปกครองจึงสามารถดำเนินการต่าง ๆ ได้ภายในกรอบของกฎหมายโดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้นในหลายกรณีฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะเลือกกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนได้เลย ได้แต่กระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติภารกิจที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ เช่น การออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและอยู่ลักษณะที่น่าจะเป็นอันตราย หรือภารกิจในทางการเงินการคลัง เช่น การจัดเก็บภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองซึ่งจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะ มีอำนาจพิเศษที่สำคัญที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากวิธีการทางกฎหมายเอกชน ซึ่งเรียกว่า อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธ์ของฝ่ายปกครอง (les prerogatives de la puissance publique) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ [41] อย่างไรก็ตามมีภารกิจทางปกครองในหลายกรณีที่หากฝ่ายปกครองกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนแล้วจะสะดวกและเป็นประโยชน์มากกว่าการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียวสั่งการ ในกรณีเช่นนี้องค์กรฝ่ายปกครองจะลงจากเวทีแห่งกฎหมายมหาชน มาเคลื่อนไหวก่อตั้งสิทธิหน้าที่ในแดนขอกฎหมายเอกชน การเคลื่อนไหวก่อตั้งสิทธิหน้าที่ในแดนของกฎหมายเอกชนอาจมีได้ในหลายกรณีและหลาย

---

[39] จาก *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (น.15), โดย บรรเจิด สิงคเนติ, 2551, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

[40] *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น.68). เล่มเดิม.

[41] จาก *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (น.133), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

รูปแบบ แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามต้องถือว่าการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายเอกชนเป็นส่วนเสริมการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น ไม่ใช่เป็นการกระทำที่เป็นหลักการในการปฏิบัติภารกิจทางปกครอง

(2) การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครอง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองมีความหลากหลายทำนองเดียวกับความซับซ้อนหลากหลายขององค์กรฝ่ายปกครองเอง ในทางวิชาการเราอาจจำแนกประเภทของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หลายรูปแบบ เช่น จำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมาย ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง หรือจำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเป็นการทั่วไป และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเฉพาะราย แต่การจำแนกที่น่าจะทำให้เราเห็นภาพของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองได้ดีกว่าการจำแนกอย่างอื่น ได้แก่ การจำแนกการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองออกเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงและกากระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย [42]

การกระทำในทางข้อเท็จจริง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จัดอยู่ในแดนของกฎหมายปกครอง ซึ่งเรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (administrative real act; Realakt) นั้น เป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพ (real act) เข้าไปดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงมีการเคลื่อนไหวร่างกายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มุ่งหมายปฏิบัติงานที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนให้สำเร็จ [43] กล่าวคือ ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันในรูปของสัญญาทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง เช่น การออกประกาศเตือนประชาชนให้ระวังอันตรายจากสารตะกั่วที่ปนเปื้อนในอาหารบางอย่าง การแจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลที่ถูกสอบสวนความผิดวินัยทราบ ในหลายกรณีการปฏิบัติการทางปกครองจำเป็นต้องใช้กำลังทางกายภาพ เช่นการยกรถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอดไปไว้ที่สถานีตำรวจ การใช้

---

[42] *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น.73). เล่มเดิม.

[43] จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครอง ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1.* (น.6) โดย มานิตย์ จุมปา, 2549, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กำลังเข้ารื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย การใช้กำลังขับไล่บุคคลที่อยู่อาศัยในบริเวณป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ออกไปจากเขตป่าสงวน เป็นต้น

การกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมาย ในส่วนของการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครองนั้น เราอาจแยกได้สองประเภท ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติเป็นการภายใน เกี่ยวกับการจัดองค์กรภายใน การแบ่งภาระหน้าที่ภายในหน่วยงาน การกำหนดเกี่ยวกับการทำงาน การวางแนวทางในการตีความกฎหมาย หรือใช้ดุลพินิจ [44] ซึ่งก่อให้เกิดผลภายในฝ่ายปกครองนั้นใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ทุกคนทุกประเภทในฝ่ายปกครองนั้น เรียกว่า “ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง” ประการหนึ่ง และกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและกำหนดให้กฎเกณฑ์นั้นใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่เฉพาะรายคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่เรียกว่า “คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง” อีกประการหนึ่ง การกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้อยู่ภายในฝ่ายปกครองนี้ ไม่ใช่เป็นเรื่องที่กระทบกับประชาชนทั่วไป แต่เป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองเอง ดังนั้น โดยปกติแล้ว ประชาชนจึงไม่มีสิทธิที่จะโต้แย้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้ภายในฝ่ายปกครองได้ อย่างไรก็ตามเมื่อฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นใช้บังคับแล้ว แม้กฎเกณฑ์นั้นจะเป็นกฎเกณฑ์ภายใน ฝ่ายปกครองก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้นนั้นด้วย หากฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อประชาชนคนหนึ่งตามกฎเกณฑ์ภายในที่ตนกำหนดขึ้น แต่ปฏิบัติต่อประชาชนอีกคนหนึ่งเป็นอย่างอื่น ประชาชนคนที่ถูกเลือกปฏิบัตินั้นย่อมมีสิทธิโต้แย้งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยขัดกับหลักความเสมอภาค กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ระเบียบภายในฝ่ายปกครองจะไม่ได้มีผลกับประชาชนโดยตรง แต่มีผลทางอ้อมผ่านหลักความเสมอภาคบังคับฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามระเบียบภายในที่ตนกำหนดขึ้นเองเสมอภาคกับประชาชนทุกคนได้

ประเภทที่สอง การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง การกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่มีผลกระทบกับสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยตรง ซึ่งความหมายว่าการกระทำลักษณะดังกล่าวฝ่ายปกครองสามารถกำหนดบังคับประชาชนได้ว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไร สามารถชี้สิทธิหน้าที่ของประชาชนได้ว่ามีอยู่หรือไม่หรือมีอยู่ลักษณะอย่างไร การกระทำในทางกฎหมายที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองอาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ จำแนกออกเป็นการกระทำที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นนามธรรมมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป ซึ่งได้แก่

---

[44] *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (น.24). เล่มเดิม.

“กฎ” และจำแนกออกเป็นการกระทำที่ก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นรูปธรรมมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับเฉพาะกรณี ได้แก่ “คำสั่งทางปกครอง” และ “สัญญาทางปกครอง” และในบรรดาการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบการกระทำที่เกิดมากที่สุด และสำคัญที่สุด[45]

2.4 ความหมาย องค์ประกอบและผลของคำสั่งทางปกครอง

2.4.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองจำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือที่ต้องใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครอง โดยเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองมีอยู่หลายอย่างด้วยกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองอาจกระทำการที่มุ่งผลในทางข้อเท็จจริงโดยไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่อันเป็นการกระทำทางกายภาพที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” หรือฝ่ายปกครองอาจกระทำการที่ต้องการมุ่งผลในทางกฎหมายโดยก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของเอกชนซึ่งได้แก่ การออกกฎหรือการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองนิยมใช้มากที่สุด คือ การออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายกลางในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่าฝ่ายปกครองจะต้องเตรียมการและดำเนินการอย่างไร เพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปโดยถูกต้องและไม่เกิดความเสียหายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งต่อมาได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง

การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่าซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

---

[45] *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. (น.102). เล่มเดิม.

การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

การสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงาน

การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

ดังนั้น ในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมีสองความหมาย คือ ความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีไปในกฎกระทรวง ประการหนึ่ง และความหมายโดยแท้อีกประการหนึ่ง เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดว่า การใดหรือคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้ ก็เนื่องจากบางกรณีอาจมีข้อโต้เถียงกันได้ว่าคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้เอง ย่อมจะช่วยขจัดความไม่แน่นอนชัดเจน และทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งทราบสิทธิหน้าที่ของตนว่าตนจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป อย่างไรก็ตามองค์กรฝ่ายปกครองพึงใช้อำนาจนี้ด้วยความระมัดระวังและควรพิจารณาความหมายโดยแท้ของคำสั่งทางปกครองประกอบ ตลอดจนผลที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการกำหนดให้การใดการหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเสมอ

2.4.2 องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สามารถอธิบายแยกเป็นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

(1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่

เจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครองหรือองค์กรฝ่ายปกครอง เพราะกิจการทั้งหลายที่อยู่ในความอำนวยการหรือในความควบคุมนั้นจะเป็นผลสำเร็จได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการเป็นสำคัญ หากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ขององค์กรฝ่ายปกครองโดยชอบ กิจการบริการสาธารณะย่อมเป็นผลสำเร็จด้วยดี หากเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครอง ผลเสียย่อมตกอยู่กับผู้รับบริการสาธารณะนั้น ๆ [46] ซึ่งตามมาตรา 5 ได้กำหนดความหมายของคำสั่งทางปกครองว่า “เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่” ดังนั้น การทำคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ และมาตรา 5 ก็ได้กำหนดคำนิยามของคำว่าเจ้าหน้าที่ไว้ว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือ นิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้ง

---

[46] จาก *กฎหมายปกครอง*. (น.168) โดย ถาวร เกียรติทับทิว, 2532, กรุงเทพฯ : ชวนพิมพ์.

ขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอย่างอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น โดยสรุปเจ้าหน้าที่จึงหมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการบริหารทั้งที่สังกัดราชการบริหารส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค (จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้าน) และราชการส่วนท้องถิ่น (เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และองค์การส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ) [47] นอกจากนี้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น” จึงเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่นั้นอาจจะเป็น บุคคล เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี หรืออาจจะเป็น คณะบุคคล เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น ดังนั้น เอกชนจึงไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ เว้นแต่เอกชนนั้นจะได้รับมอบอำนาจปกครองให้กระทำการบางอย่าง การกระทำของเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจึงอาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น บริษัทเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้มีอำนาจตรวจสภาพรถยนต์และออกใบรับรองว่ารถยนต์คันที่มารับการตรวจสภาพผ่านการตรวจสภาพ หรือกรณีมหาวิทยาลัยเอกชนอนุมัติปริญญาบัตรให้แก่นักศึกษาที่เรียนจบหลักสูตร เป็นต้น

(2) เป็นการใช้อำนาจปกครอง

มาตรการที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่อันจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ และต้องเป็นอำนาจรัฐอันเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็นอำนาจปกครอง องค์ประกอบข้อนี้บ่งบอกถึงการกระทำหลายประการของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นการจำกัดว่าคำสั่งทางปกครองจะต้องอยู่ในของเขตกฎหมายปกครองเท่านั้น กฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่ได้อยู่ในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง [48] กล่าวคือ

1) การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่กระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชน เช่น การแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาเช่าอาคาร การริบมัดจำ มาตรการทางปกครองที่มีผลทางแพ่ง (Verwaltungsprivat-rechtliche Maβnahmen) ถือว่าเรื่องในกฎหมายเอกชนไม่อาจใช้กฎเกณฑ์ข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนการที่รัฐให้เงินช่วยเหลือเอกชน (Subvention) นั้นจะต้องแยกพิจารณาเป็นสองขั้นตอน ขั้นตอนแรกเป็นการพิจารณาว่าผู้ใดเหมาะสมและควรจะอนุมัติเงินช่วยเหลือดังกล่าวนี้หรือไม่เป็นการใช้อำนาจปกครองจึงเป็นนิติกรรมทางปกครอง และ

---

[47] จาก *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น.19), โดย ประยูร กาญจนดุล ข, 2523, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

[48] *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น.102). เล่มเดิม.

ขั้นตอนต่อมาเป็นการให้เงินช่วยเหลือซึ่งเป็นเรื่องในทางแพ่ง [49] ในกรณีที่คู่สัญญาเอกชนผิดสัญญาทางแพ่ง การกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำที่ไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจรัฐแต่อย่างใด แต่เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนเหมือนเอกชนอื่น ๆ

2) การกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐย่อมเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาศัยอำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าวินิจฉัยสั่งการโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือบุคคลที่รับคำสั่ง การที่เจ้าหน้าที่เข้าตกลงกับเอกชนก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์แม้จะเป็นนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายปกครองก็ตาม การเข้าตกลงของเจ้าหน้าที่ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้

3) อำนาจรัฐที่เจ้าหน้าที่แสดงออกมาอันเป็นเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครองนั้นต้องเป็นอำนาจปกครอง ดังนั้น มาตรการใด ๆ อันเกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารในลักษณะที่เป็นอำนาจรัฐบาล หรืออำนาจตุลาการ จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

อำนาจประเภทที่เป็นอำนาจตุลาการ ได้แก่อำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังนั้น คำพิพากษาของศาลจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง อำนาจรัฐบาลเป็นอำนาจในทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา ตลอดจนอำนาจในการติดต่อสัมพันธ์กับต่างประเทศ ส่วนอำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจของรัฐสภาในกระบวนการตรากฎหมาย การพิจารณาว่าอำนาจรัฐซึ่งเป็นอำนาจมหาชนที่องค์กรของรัฐใช้หรือแสดงออกไปนั้นเป็นอำนาจปกครองหรือไม่ให้พิจารณาจากเนื้อหาหรือธรรมชาติของอำนาจดังกล่าวเป็นสำคัญว่าเป็นเรื่องที่จัดให้อยู่ในขอบเขตของกำหมายปกครองได้หรือไม่ไม่ใช่พิจารณาจากองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจ องค์กรย่อยที่สังกัดอยู่ในองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ อาจจะเป็นองค์เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองหรือเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่อำนาจปกครองก็ได้ เช่น นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่สังกัดอยู่ในฝ่ายบริหารนั้น อาจจะกระทำการในทางการเมืองหรือในทางรัฐธรรมนูญหรือในทางปกครองก็ได้ การกระทำทางรัฐธรรมนูญบางอย่างบางประการของนายกรัฐมนตรีอาจตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบในทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยศาลรัฐธรรมนูญอาศัยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นมาตรการในทางกฎหมายวัดการกระทำดังกล่าวว่าถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องแยกความแตกต่างของการใช้อำนาจ เนื่องจากเฉพาะการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้นที่อยู่ภายใต้บังคับของ

---

[49] จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น.148), โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ข, 2544, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กฎหมายปกครองและภายใต้การควบคุมขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง เช่น ศาลปกครอง เป็นต้น [50]

(3) เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล โดยที่การกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์เป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายเช่นนี้ คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการแสดงในทางกฎหมาย และด้วยเหตุนี้จึงทำให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะแตกต่างจากการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งแตกต่างจากปฏิบัติการทางปกครอง เพราะปฏิบัติการทางปกครองโดยทั่วไปแล้วไม่ค่อยมีผลในทางปกครองมากเท่าใดนัก แต่ถ้าหากเป็นการกระทำละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชนก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเรียกว่า “ปฏิบัติการในทางปกครอง” หรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ซึ่งไม่มีผลอะไรไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง แต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีการกระทบสิทธิ เพราะฉะนั้นการปฏิบัติการในทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาท แต่อาจมีการร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาได้ [51]

ในขณะที่คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครองโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของตนมุ่งกำหนดกฎเกณฑ์และนิติสัมพันธ์ กล่าวคือ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายนั้น ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่มุ่งหมายผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุผลทางข้อเท็จจริงบางอย่างบางประการ ทั้งนี้มิพักต้องคำนึงว่าผลในทางข้อเท็จจริงนั้นจะนำไปสู่ความรับผิดในทางกฎหมายหรือไม่ ในส่วนของการก่อนิติสัมพันธ์หรือกำหนดกฎเกณฑ์นั้นมีข้อสังเกตว่า การกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนพิจารณาทางปกครอง ดังนั้น มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจปกครองหากเป็นเพียงการตระเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายแล้ว แม้มาตรการดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อบุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองในท้ายที่สุดก็ยังไม่ถือว่ามาตรการนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่มาตรการนั้นจะส่งผลกระทบในระดับที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายได้และดำรงอยู่โดยตัวของตัวเอง กรณีที่ถือว่าการแสดงเจตนา

---

[50] *นิติกรรมทางปกครอง : ความหมายและขอบเขต* (น.117). เล่มเดิม.

[51] จาก *กฎหมายปกครอง* (น.36) โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ค, 2554, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ขององค์เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การมีหนังสือแจ้งให้มาสอบสัมภาษณ์ การออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัย เป็นต้น [52]

(4) มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง

ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองนี้ เป็นการกำหนดถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก้าวไปสู่ขอบเขตสิทธิหน้าที่ของประชาชน และหากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเอกชนย่อมฟ้องร้องต่อศาลโต้แย้งการกระทำดังกล่าวได้ แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ยังไม่มีผลโดยตรงสู่ภายนอก เช่น กฎเกณฑ์ภายในที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานหรือแนวทางในการใช้ดุลพินิจ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือเวียน คำสั่งภายในหรือในรูปแบบอื่นก็ตาม ย่อมเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง ประชาชนไม่มีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลเพื่อโต้แย้งกฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองดังกล่าวทันทีไม่ได้ ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ระดับกลางรับเรื่องมาจากเจ้าหน้าที่ชั้นต้น สั่งให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นรื้อถอนบ้านพักที่สร้างโดยมิชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งนี้มีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ชั้นต้น ซึ่งเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครอง เจ้าของบ้านพักไม่อาจฟ้องต่อศาลเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามหากต่อมาเจ้าหน้าที่ชั้นต้นได้มีคำสั่งให้เจ้าของบ้านพักรื้อถอนตามคำสั่ง คำสั่งของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นนี้ย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เจ้าของบ้านพักสามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งได้ ในการนี้ ศาลชอบที่จะควบคุมตรวจสอบถึงคำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับกลางได้ว่ามีการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในส่วนของหนังสือเวียนนั้น ส่วนใหญ่เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการแจ้งเรื่องให้ฝ่ายปกครองอื่น ๆ ทราบ เช่น ระหว่างกระทรวงต่าง ๆ หรือภายในกระทรวง หนังสือเวียนจะออกโดยเจ้าของเรื่องซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเจ้ากระทรวง โดยมีจุดมุ่งหมายสำคัญคือเพื่อให้ผู้ใต้บังคับบัญชาเข้าใจถึงกฎหมายหรือนโยบายของหน่วยงานในเรื่องต่าง ๆ หรือในบางครั้งหนังสือเวียนก็มีขึ้นเพื่ออธิบายแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาเพื่อให้ทราบถึงสาระสำคัญต่าง ๆ ของกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ ให้ชัดเจน [53] อย่างไรก็ตาม การมีผลออกไปนอกฝ่ายปกครองนี้ไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจจะเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ใต้บังคับบัญชาก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติในฐานะที่องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชามีสภานะเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชา

---

[52] *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น.119). เล่มเดิม.

[53] จาก *กฎหมายปกครอง*. (น.235) โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข, 2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ออกคำสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาและคำสั่งกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรงแล้ว คำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 364/2544 คำสั่งของประธานสภาเทศบาลที่ไม่อนุญาตให้สมาชิกสภาเทศบาลลาประชุมเป็นการใช้อำนาจตามข้อ 22 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการลาของคณะผู้บริหารท้องถิ่นฯ และข้อ 6 วรรคหนึ่ง ของข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจ่ายเงินค่าป่วยการของประธานสภา รองประธานสภา สมาชิกสภาเทศบาลฯ ซึ่งมีผลให้สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นต้องเสียสิทธิในการรับเงินค่าป่วยการประจำเดือนตามข้อ 8 (ก) ของข้อบังคับดังกล่าว และอาจต้องตัดขาดสมาชิกภาพตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เนื่องจากการไม่ได้รับอนุญาตให้ลาจะมีผลทำให้สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นเป็นผู้ที่ขาดประชุมโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งหากขาดประชุม 3 ครั้ง ติดต่อกัน ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจพิจารณาวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นสิ้นสุดลงได้ ดังนั้น คำสั่งของประธานสภาเทศบาลที่ไม่อนุญาตให้สมาชิกสภาเทศบาลลาประชุม ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 818/2551 คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามคำสั่งมหาวิทยาลัย ศ. ที่1885/2549 ลงวันที่ 7 กันยายน 2549 ที่สั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีทางวินัยโดยให้ตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดี ร้อยละห้า เป็นเวลา 3 เดือน ตามมติของ อ.ก.ม มหาวิทยาลัย เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.453/2551 คำสั่งกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธ์พืช ที่ 1978/2556 ลงวันที่ 25 กันยายน 2546 ลงโทษตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดี ร้อยละ 5 เป็นเวลา 3 เดือน ตั้งแต่เดือนตุลาคม 2556 เป็นต้นไป ถือว่าคำสั่งลงโทษดังกล่าวมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(5) มีผลเฉพาะกรณี

องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้ได้มาจากการพิจารณานิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” กับ “กฎ” โดยมาตรา 5 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายรวมถึงการออกกฎ และให้คำนิยามของคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดว่าคำสั่งทางปกครองไม่หมายรวมกฎ โดยนัยกลับกันสิ่งใดที่ไม่ใช่กฎก็จะเป็นคำสั่งทางปกครอง ความมีผลเฉพาะกรณีของคำสั่งทางปกครองจึงเป็นองค์ประกอบที่เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากกฎได้อย่างชัดแจ้ง กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองโดยสภาพต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง ตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่มีผลเฉพาะกรณีและเป็นรูปธรรม ในขณะที่กฎเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

กรณีเฉพาะเรื่องอาจแยกพิจารณาได้สองกรณี คือ กรณีแรก การระบุตัวบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องนี้ไว้ โดยรวมถึงระบุกลุ่มบุคคลที่เจาะจงไว้ด้วย ตัวอย่างเช่น การออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยระบุชื่อเจาะจงไว้ในใบอนุญาต กรณีที่สอง คำสั่งทางปกครองทั่วไป[54] สำหรับกรณีคำสั่งทางปกครองทั่วไป (Allgemeinverfügung) นั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่มิได้มีความหมายเฉพาะต่อเมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยในขณะที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองทั่วไป บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองทั่วไปดังกล่าวยังมีจำนวนไม่แน่นอน แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งนั้น เนื่องจากได้มีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่แน่นอนเกิดขึ้นในเวลาใดเวลาหนึ่ง คำสั่งหรือข้อกำหนดนี้จึงมีลักษณะทั่วไปเป็นรูปธรรม (generell-konkret) ตัวอย่างเช่น การมีคำสั่งให้ปิดกั้นถนนสายใดสายหนึ่งที่เฉพาะเจาะจงเพราะมีภยันตรายเกิดขึ้นจากการวางระเบิดในบริเวณนั้น หรือการมีคำสั่งห้ามการชุมนุมประท้วงสำหรับวันเวลาที่ผู้ชุมนุมประท้วงนัดหมายไว้แล้ว[55] อย่างไรก็ตาม กลุ่มบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิจากการกำหนดหลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง หากเป็นกรณีที่ไม่อาจกำหนดเป็นที่แน่นอนได้ เช่น มาตรการที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปหรือนามธรรม (abstrakt) กรณีดังกล่าวก็มิใช่เรื่องของคำสั่งทางปกครองทั่วไป หากเป็นการกระทำที่เป็นการออกกฎหมาย เช่น การออกระเบียบว่าด้วยการขออนุญาตเข้าใช้หอประชุมของเมือง ด้วยเหตุว่าไม่อาจระบุกลุ่มคนที่แน่นอนได้ จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองทั่วไป แต่ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

---

[54] *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1* (น.98) เล่มเดิม.

[55] จาก *คำสั่งทางปกครองทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมัน. รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ* โดย เพ็ญฐศรี วงศ์เสรี, น.44

กรณีความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป คือ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น จำนวนของผู้ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติโดยตรงยังไม่แน่นอนว่าเป็นบุคคลใดบ้าง อันมีลักษณะไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ หรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนี้จึงมีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองนี้ ได้แก่ กฎหมายลำดับรอง หรือ สอดคล้องกับคำนิยามว่า “กฎ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.4.3 ผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

(1) การเกิดผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะเกิดขึ้นเมื่อใดยังมีความเห็นในทางทฤษฎีแตกต่างกัน ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่า คำสั่งทางปกครองย่อมเกิดขึ้นเมื่อปรากฏว่ากระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นพ้นจากขั้นตอนของการร่างคำสั่งทางปกครองแล้ว กล่าวคือ เมื่อการร่างคำสั่งทางปกครองได้ยุติลงและมีการส่งคำสั่งทางปกครองออกไปจากองค์กรฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองก็เกิดขึ้น อีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าคำสั่งทางปกครองย่อมเกิดขึ้น เมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว [56] อย่างไรก็ตาม การถกเถียงดังกล่าวถือเป็นเรื่องในทางทฤษฎีเท่านั้น ไม่ได้มีความหมายพิเศษในทางปฏิบัติแต่อย่างใด

ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนเวลาหรือโดยเหตุอื่น

เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลในทางกฎหมายใช้ยันบุคคลผู้รับคำสั่งตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งตามวรรคหนึ่งเท่านั้น ไม่ใช่เวลาที่ผู้นั้นทราบคำสั่งทางปกครอง ทั้งการทราบโดยบังเอิญก็ไม่ถือว่าเป็นการแจ้งโดยชอบ จะใช้ยันบุคคลนั้นไม่ได้เช่นกัน การที่คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันบุคคลภายนอกตั้งแต่คณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

---

[56] *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น.132). เล่มเดิม.

สามารถมีความหมายในทางกลับกันได้ว่า หากยังไม่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองย่อมไม่มีผลใช้ยันบุคคลได้ การแจ้งในที่นี้ต้องเป็นการแจ้งอย่างเป็นทางการตามวิธีที่กฎหมายบัญญัติไว้เมื่อเปรียบเทียบกับการแสดงเจตนาในทางแพ่งแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าการแจ้งคำสั่งทางปกครองจะมีผลในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไปถึงผู้รับ เมื่อพิจารณาหลักดังกล่าว คำสั่งทางปกครองจะเกิดขึ้นได้ในทางกฎหมาย ก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองและผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องทราบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น [57] ด้วยเหตุนี้หากคำสั่งทางปกครองไปไม่ถึงผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ กรณีย่อมต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นยังไม่เกิดมีขึ้นในทางกฎหมาย ทำนองเดียวกับการเกิดขึ้นของกฎหรือกฎหมาย กฎกระทรวงฉบับใด แม้ร่างเสร็จเรียบร้อยแล้ว ตลอดจนผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงลงนามแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการนำเอากฎกระทรวงฉบับนั้นไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก็ต้องถือว่ากฎกระทรวงดังกล่าวยังไม่ได้เกิดขึ้นในทางกฎหมาย และเรื่องนี้ได้มีนักวิชาการอธิบายหลักการของการมีผลของคำสั่งทางปกครองไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ [58] ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นไม่ผลทางกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองอื่นทั้งหมดจะมีผลทางกฎหมายทันทีที่ได้รับแจ้ง มาตรา 42 ก็ได้ยึดหลักการ “ได้รับแจ้ง” เป็นต้นไปไม่ว่าผู้นั้นจะรู้เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือไม่เพราะเท่ากับกระบวนพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองจบสิ้นลงแล้ว ก่อนการแจ้งยังถือเป็นกระบวนการภายในฝ่ายปกครองอยู่ จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อแจ้งไปถึงแล้วเป็นอันครบกระบวนการเป็นคำสั่งทางปกครอง และมีผลทางกฎหมายออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ส่วนผู้รับคำสั่งได้ปฏิบัติหรือรู้ภายหลังจะเป็นข้อแก้ตัวได้ในชั้นต้องปฏิบัติตามคำสั่ง ส่วนการแจ้งจะต้องปฏิบัติอย่างไรนั้นมีอยู่หลายวิธีตามแต่สถานการณ์ แต่อย่างไรก็ตามในการแจ้งคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขที่สำคัญอย่างน้อยสองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง การแจ้งคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ทรงอำนาจและเป็นการแจ้งที่เป็นทางการโดยความมุ่งหมายที่จะให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบเนื้อความในคำสั่งทางปกครองนั้น การแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจเรียกหรือการแจ้งเป็นส่วนตัวหรือการแจ้งโดยที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ต้องการแจ้ง เช่น นำคำสั่งทางปกครองที่ตนไม่ต้องการส่ง

---

[57] จาก *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.222), โดย ชาญชัย แสวงศักดิ์ ค, 2549, กรุงเทพฯ : วิญญชน.

[58] จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.258), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ก, 2540, กรุงเทพฯ : จิรรัชการพิมพ์.

ใส่ซองจดหมายเพราะความไม่ระมัดระวังได้ส่งจดหมายนั้นไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง ไม่ถือว่าเป็นการแจ้งคำสั่งทางปกครองตามความหมายของกฎหมายปกครอง

ประการที่สอง ในการแจ้งคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งคำสั่งดังกล่าวไปยังบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง จะแจ้งลอย ๆ ในที่สาธารณะไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น [59] ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักการแจ้งคำสั่งทางปกครองอาจทำได้หลายวิธี ดังนี้

ก. การแจ้งเป็นหนังสือ การแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบโดยใช้วิธีการแจ้งเป็นหนังสือนี้ เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักเพราะ โดยปกติแล้วการแจ้งเป็นหนังสือจะมีความชัดเจนและมีหลักฐานสนับสนุนไว้พิสูจน์ต่อไปได้ ซึ่งวิธีการนี้อาจกระทำโดยแจ้งให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรง ตามมาตรา 69 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การแจ้งเป็นหนังสือให้ส่งหนังสือแจ้งต่อผู้นั้น หรือถ้าได้ส่งไปยังภูมิลำเนาของผู้นั้นก็ให้ถือว่าได้รับแจ้งตั้งแต่ในขณะที่ไปถึง” เป็นวิธีการการแจ้งให้กับตัวผู้รับคำสั่ง หรือกระทำโดยแจ้งไปยังภูมิลำเนาที่กำหนดไว้ในมาตรา 69 วรรคสองเช่นกัน วิธีการนี้จะเป็นการส่งไปที่ภูมิลำเนาอันเป็นถิ่นที่อยู่ของผู้รับคำสั่ง ซึ่งกรณีนี้คำสั่งทางปกครองจะมีผลต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไปถึงผู้รับคำสั่ง โดยไม่คำนึงว่าผู้รับคำสั่งจะทราบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ อีกกรณีคือ การแจ้งโดยการปิดประกาศ โดยในกรณีที่มีผู้รับเกินห้าสิบคนเจ้าหน้าที่จะแจ้งให้ทราบตั้งแต่เริ่มดำเนินการในเรื่องนั้นว่าการแจ้งต่อบุคคลเหล่านั้นจะกระทำโดยวิธีปิดประกาศไว้ ณ ที่ทำการของเจ้าหน้าที่และที่ว่าการอำเภอที่ผู้รับมีภูมิลำเนาก็ได้ ในกรณีนี้ให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้แจ้งโดยวิธีการดังกล่าว ประการสุดท้าย คือ การแจ้งโดยการประกาศในหนังสือพิมพ์ ในกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้รับ หรือรู้ตัวแต่ไม่รู้ภูมิลำเนาแต่มีผู้รับเกินหนึ่งร้อยคน การแจ้งเป็นหนังสือจะกระทำโดยการประกาศในหนังสือพิมพ์ซึ่งแพร่หลายในท้องถิ่นนั้นก็ได้ ในกรณีนี้ให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งโดยวิธีการดังกล่าว การแจ้งในหนังสือพิมพ์นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นหนังสือพิมพ์จากส่วนกลางเท่านั้น อาจเป็นหนังสือพิมพ์ในท้องถิ่นก็ได้ แต่ต้องได้ความว่าหนังสือพิมพ์ดังกล่าวมีจำนวนพิมพ์แพร่หลายมากเพียงพอในท้องถิ่น ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีการจำหน่ายหนังสือพิมพ์ฉบับนั้นอย่างแพร่หลายเพียงพอจะนำมาลงปิดประกาศไม่ได้ [60] และหากได้มีการปิดประกาศในหนังสือพิมพ์เช่นนั้นก็ต้องไม่ถือว่ามีการแจ้งตามกฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองจึงยังไม่เกิดผลในทางกฎหมายขึ้น

---

[59] *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.224) เล่มเดิม.

[60] *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.365). เล่มเดิม.

ข. การแจ้งด้วยวิธีการอื่น หลักการแจ้งคำสั่งทางปกครองด้วยวิธีการอื่นนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 68 วรรคสอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่า “ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่แสดงให้ทราบโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ให้มีผลเมื่อได้แจ้ง” ซึ่งต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่า “ให้คำสั่งทางปกครองที่แสดงให้ทราบโดยทางเสียง แสงหรือสัญญาณที่สามารถทำให้รับรู้ถึงคำสั่งทางปกครองนั้นได้ทันที เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเมื่อได้แจ้ง”

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกันมีผลกระทบกับบุคคลหลายคน องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปยังบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นทุกคน กรณีอาจเป็นไปได้ว่าองค์กรฝ่ายปกครองแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปยังบุคคลผู้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นบางคนเท่านั้น เช่นนี้ ย่อมต้องมีปัญหาให้พิเคราะห์ว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นในทางกฎหมายเมื่อใด เมื่อบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเมื่อใด ก็ถือว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นและมีผลใช้ยันบุคคลดังกล่าวตั้งแต่เวลานั้น อาจกล่าวได้ว่าในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดมีผลกระทบกับบุคคลหลายคน เมื่อบุคคลเหล่านั้นเพียงคนใดคนหนึ่งได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองก็เกิดขึ้นในทางกฎหมายทันที แต่ในเบื้องต้นคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะมีผลใช้ยันเฉพาะบุคคลที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเท่านั้น สำหรับบุคคลอื่นที่ยังไม่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังไม่มีผลใช้ยันบุคคลดังกล่าวได้ ความสำคัญของการมีผลใช้ยันบุคคลของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 42 นี้ อยู่ที่โดยหลักแล้วเมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลใช้ยันบุคคล ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองก็เริ่มนับทันที ทั้งนี้ โดยมิพักต้องคำนึงว่าบุคคลดังกล่าวทราบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแล้วหรือไม่ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น [61]

การแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้หรือฝ่าฝืนหลักการทั่วไป อาจส่งผลในทางกฎหมายได้ในหลายลักษณะที่แตกต่างกันหลายประการ กล่าวคือ ในกรณีที่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้กระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่ทรงอำนาจในลักษณะที่เป็นทางการ หรือในกรณีที่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยขัดกับเจตจำนงขององค์กรที่ทำคำสั่งทางปกครองย่อมต้องถือว่าไม่ได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองตามความหมายของกฎหมาย และส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้เกิดมีขึ้นในทางกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองดำเนินการแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยหลักแล้วถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว หากได้มีการแจ้งจริงแต่เพราะเหตุที่ดำเนินการแจ้งโดย

---

[61] *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.222). เล่มเดิม.

ไม่ถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กฎหมายกำหนดให้ต้องทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ แต่เจ้าหน้าที่ซึ่งทรงอำนาจทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาและแจ้งคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ โดยที่การทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ เป็นแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้กระทำผิดแบบ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ในกรณีอื่นต้องพิเคราะห์ว่าการแจ้งคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดต้องด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะหรือไม่ถ้าต้องด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะ ก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้[62]

(2) การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อคำสั่งทางปกครองได้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมายเรื่อยไป จนกว่าจะมีการกระทำอื่นมาลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้น หรือจนกว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะสิ้นผลด้วยตัวเอง เช่น คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่เป็นเงื่อนเวลาสิ้นสุด[63] ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่ออกมาในลักษณะดังกล่าว ได้แก่ใบอนุญาตที่มีกำหนดอายุการใช้งาน เป็นต้น การกระทำที่มาลบล้างคำสั่งทางปกครอง (actus contrarius) อาจเป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางตุลาการก็ได้ เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายออกคำสั่งทางใหม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือศาลปกครองอาศัยอำนาจตุลาการทำคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

คำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายอาจสิ้นผลลงได้ในสามลักษณะ คือ

1) การสิ้นผลโดยการลบล้างโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจนั้น องค์กรผู้ทรงอำนาจในการลบล้างคำสั่งทางปกครองมีด้วยกันสององค์กร คือ องค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครอง โดยหากผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นสามารถดำเนินการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองด้วยวิธีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เว้นแต่นิติกรรมนั้นออกโดยผู้บังคับบัญชาสูงสุดซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นจะไม่สามารถอุทธรณ์ได้ จะต้องให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบเพื่อลบล้าง แต่อำนาจตรวจสอบขององค์กรตุลาการกับองค์กรผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในฝ่ายบริหารนั้น จะต่างกันตรงที่ผู้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหารจะตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและการใช้ดุลพินิจ ถ้ากรณีนั้นกฎหมายให้อำนาจในเรื่องดุลพินิจไว้ด้วย เพราะเป็น

---

[62] แหล่งเดิม. (น.224)

[63] *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น.201). เล่มเดิม.

ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจแก้ไขได้เต็มที่ โดยผูกพันกับหลักกฎหมายปกครองที่ว่าการกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ [64]

การลบล้างคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลโดยองค์กรฝ่ายปกครองในกระบวนพิจารณาชั้นอุทธรณ์นั้น มีความแตกต่างกับการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ ในการดำเนินการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครอง องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจที่จะตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ผู้อุทธรณ์โต้แย้งได้ในทุกมิติ ทั้งในแง่ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและในแง่ความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนการดำเนินการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยศาลปกครองนั้น ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งหากศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นวัตถุแห่งคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมต้องลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้น โดยการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หากศาลปกครองเห็นแต่เพียงว่าคำสั่งทางปกครองไม่เหมาะสมในเชิงนโยบาย แต่ไม่ถึงขนาดที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมไม่อาจเข้ามาดำเนินการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้

2) การสิ้นผลโดยเงื่อนเวลา ตามที่มาตรา 39 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติว่า “การออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น” กล่าวคือ ในการมีคำสั่งทางปกครององค์กรฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดไว้ในคำสั่งทางปกครองได้ เพื่อให้คำสั่งทางปกครองเกิดผลอย่างใด ๆ ตามที่เงื่อนไขกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องมากขึ้น ที่เรียกว่า “ข้อกำหนดประกอบในคำสั่งทางปกครอง” และข้อกำหนดประกอบในคำสั่งทางปกครองอย่างที่อาจใช้กำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครอง คือ เงื่อนเวลาในคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีอยู่ด้วยกันสองประเภท ดังนี้ [65]

ก. เงื่อนเวลาเริ่มต้นในคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนเวลาเริ่มต้น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลต่อเมื่อถึงกำหนดเวลานั้น

ข. เงื่อนเวลาสิ้นสุดในคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนเวลาสิ้นสุดประกอบมาด้วย คำสั่งนั้นย่อมสิ้นผลเมื่อถึงกำหนดเวลาที่ระบุไว้ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองใดที่มีเงื่อนเวลาสิ้นสุดอยู่ในคำสั่ง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมสิ้นผลลง ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง

---

[64] *กฎหมายปกครอง* (น.44). เล่มเดิม.

[65] *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น.124). เล่มเดิม.

ที่กำหนดไว้โดยอัตโนมัติ เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาหรือกระทำการในทางทำลายผลของคำสั่งทางปกครองนั้นอีก เช่น ใบอนุญาตที่กำหนดวันหมดอายุไว้ในใบอนุญาตนั้น ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนเวลาสิ้นสุด เป็นต้น

3) การสิ้นผลโดยเหตุอื่น คำสั่งทางปกครองอาจสิ้นผลลงโดยเหตุอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้นบรรลุผลแล้วและไม่จำเป็นต้องดำเนินการอื่นใดอีก เช่น เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ชุมนุมประท้วงบริเวณท้องสนามหลวงสลายการชุมนุม และผู้ชุมนุมประท้วงได้สลายการชุมนุมแล้ว คำสั่งทางปกครองก็สิ้นผลลง

ตัวอย่างการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง เช่น

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 644/2546 เมื่อพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มิได้บัญญัติเรื่องการเพิกถอนใบอนุญาตไว้ การเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งพระราชวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ตามมาตรา 3 และ โดยที่มาตรา 42 บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนเวลาหรือโดยเหตุอื่น เมื่อใบอนุญาตก่อสร้างอาคารของนางสาว ซ. ซึ่งได้โอนไปเป็นของบริษัท อ. ได้หมดอายุลงแล้ว ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงสิ้นผลลง ดังนั้น กรุงเทพมหานครจึงไม่จำต้องเพิกใบอนุญาตก่อสร้างที่สิ้นผลลงไปแล้วอีก

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 786/2548 เมื่อใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยรถขนาดเล็กของบริษัท ว. ได้หมดอายุลงเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2547 จึงถือว่าใบอนุญาตนี้ได้สิ้นผลโดยเงื่อนเวลาตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว การที่นายทะเบียนมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตที่สิ้นผลไปแล้วย่อมไม่มีเหตุผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบริษัท ว. แต่อย่างใด ดังนั้น คำสั่งเพิกถอนดังกล่าวจึงไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น เพราะบริษัท ว. ไม่มีสิทธิเดินรถตั้งแต่วันที่ใบอนุญาตสิ้นอายุ กรณีจึงไม่จำต้องเพิกถอนคำสั่งของนายทะเบียนที่สั่งเพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าวอีก

2.5 กระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง

2.5.1 ขั้นตอนการริเริ่มใช้อำนาจ

การเริ่มกระบวนพิจารณาเพื่อมีคำสั่งทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ คือ เจ้าหน้าที่เริ่มกระบวนพิจารณาเอง เช่น เจ้าหน้าที่ตรวจพบว่าอาคารแห่งหนึ่งมีสภาพที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้สัญจรไปมา เจ้าหน้าที่อาจเริ่มกระบวนพิจารณาออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารปรับปรุงซ่อมแซมอาคารนั้นได้เอง หรือผู้บังคับบัญชาพบว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำผิดวินัย ก็ต้อง

ดำเนินการทางวินัยทันทีโดยไม่จำเป็นต้องให้ใครมาร้องเรียนกล่าวโทษเพราะริเริ่มกระบวนการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ด้วยตนเอง อีกกรณีหนึ่งเจ้าหน้าที่จะเริ่มกระบวนพิจารณาทางได้ต่อเมื่อมีคำขอ [66] เช่น บุคคลจำนวนหนึ่งต้องการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท เมื่อบุคคลกลุ่มนี้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท เจ้าหน้าที่จะต้องเริ่มกระบวนพิจารณาทางปกครอง คือ พิจารณาคำขอจดทะเบียนดังกล่าวนั้นว่าครบเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งการที่องค์กรฝ่ายปกครองสามารถริเริ่มพิจารณาเพื่อมีคำสั่งทางปกครองได้เองนี้จะมีความแตกต่างกับการพิจารณาของศาล เนื่องจากโดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะริเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งได้ด้วยตนเอง ไม่จำต้องมีผู้ใดมาร้องขอต่างกับศาลซึ่งถ้าไม่มีโจทก์มายื่นคำฟ้องหรือไม่มีผู้ร้องมายื่นคำขอ ศาลจะหยิบคดีหรือข้อพิพาทขึ้นมาพิจารณาเองไม่ได้ [67]

อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น กล่าวคือ มีคำสั่งทางปกครองบางประเภทซึ่งโดยสภาพแล้วเจ้าหน้าที่จะริเริ่มกระบวนพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองไม่ได้ แต่ต้องรอให้เอกชนร้องขอเสียก่อน จึงเริ่มกระบวนพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองประเภทนั้นได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ การออกใบอนุญาตทั้งหลาย เช่น ใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ ใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ เป็นต้น ซึ่งถ้าหากเจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตดังกล่าวโดยที่ไม่มีผู้ใดร้องขอ ก็เป็นการออกใบอนุญาตที่ผิดขั้นตอนและไม่ชอบด้วยกฎหมาย [68]

2.5.2 ขั้นตอนการพิจารณา

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในการค้นหาความจริงโดยสามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้ตามความเหมาะสม โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันกับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการดำเนินการค้นหาความจริงของเรื่อง เจ้าหน้าที่สามารถแสวงหาข้อเท็จจริงได้เอง สามารถรับฟังพยานหลักฐาน คำชี้แจงของคู่กรณี สอบถามพยาน หรือขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ ขอให้ผู้ครอบครองส่งเอกสารตลอดจนสามารถออกไปตรวจสอบสถานที่ได้ ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาทางปกครองเจ้าหน้าที่จึงไม่ใช่ผู้ที่เป็นปรปักษ์กับคู่กรณีในกระบวนพิจารณา ตัวอย่างที่อาจแสดงภาพการทำงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ต้องดำเนินการค้นหาความจริง เช่น กรณีการสอบสวนความผิดทางวินัย ในการสอบสวนความผิดทางวินัย คณะกรรมการสอบสวนไม่ได้มีหน้าที่แต่เพียงหาพยานหลักฐานที่จะเอาผิดแก่ผู้ถูก

---

[66] *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น.314). เล่มเดิม.

[67] จาก *"เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง" รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539* (น.39), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2541,

[68] *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.153). เล่มเดิม.

สอบสวนเท่านั้น แต่ต้องดำเนินการหาพยานหลักฐานทั้งปวงที่จะทำให้ทราบข้อเท็จจริงของเรื่องได้ว่าเป็นอย่างไร ความเข้าใจที่ว่าคณะกรรมการสอบสวนได้แต่เปิดโอกาสให้ผู้ถูกสอบสวนชี้แจงหักล้างข้อกล่าวหา แต่ไม่มีหน้าที่ต้องค้นหาข้อเท็จจริงที่อาจเป็นประโยชน์แก่ผู้ถูกสอบสวนจึงเป็นความเข้าใจที่ผิด หลักการทางกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ค้นหาความจริงที่กล่าวมานี้ ใช้บังคับทั่วไปในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองทุกประเภท ดังนั้น ในการพิจารณาคำขอออกใบอนุญาตพกพาอาวุธปืน การพิจารณาเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การพิจารณาสั่งการให้รื้อถอนอาคาร ฯลฯ เจ้าหน้าที่ย่อมมีหน้าที่ค้นพยานหลักฐานทั้งปวงทั้งที่เป็นประโยชน์และเป็นโทษแก่คู่กรณี ทั้งนี้ เพื่อที่จะทราบความจริงของเรื่อง อันจะทำให้เจ้าหน้าที่มีข้อมูลถูกต้องครบถ้วนในการตัดสินใจทางปกครอง [69] ซึ่งการรู้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเท่านั้นที่เป็นพื้นฐานให้การทำคำสั่งทางปกครองเป็นไปโดยถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และในชั้นที่สุดเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการทำคำสั่งทางปกครอง [70] เจ้าหน้าที่จึงต้องดำเนินการทุกอย่างตามที่เห็นว่าเหมาะสมที่ตนจะได้ความจริงที่ถูกต้องครบถ้วน โดยจะจำกัดตนเองอยู่กับข้อเท็จจริงที่คู่กรณีให้ไม่ได้ แต่ต้องพิเคราะห์ด้วยว่าควรหาข้อเท็จจริงจากที่ใดบ้างหรือจะรับฟังความเห็นจากผู้ใด หรือจากผู้เชี่ยวชาญหรือควรตรวจสอบเอกสารหลักฐานใด อย่างไร [71] เช่น ในการที่เอกชนยื่นคำขอรับใบอนุญาตจัดตั้งโรงงาน จะเห็นได้ว่าข้อมูลต่าง ๆ จะรับฟังจากผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตเท่านั้นไม่ได้ สำหรับการตรวจสอบที่ตั้งนั้นอาจต้องหาข้อมูลจากกรมการผังเมืองราชการส่วนท้องถิ่น กรมที่ดิน ส่วนการตรวจสอบผังโรงงานอาจต้องหาข้อมูลจากกรมโยธาธิการหรือฝ่ายวิชาการด้านวิศวกรรมของสถาบันอุดมศึกษา การตรวจสอบกิจกรรมในโรงงานอาจต้องหาข้อมูลจากกรมควบคุมมลพิษ กรมวิทยาศาสตร์บริการ กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข หรือสถาบันอุดมศึกษา เป็นต้น [72]

การที่เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องพิจารณาเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามมาตรา 29 นี้เองย่อมแสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาทั้งส่วนที่เป็นคุณแก่คู่กรณีให้ด้วยเพราะเป็นความจริงของเรื่องเพื่อให้การทุกอย่างเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อผู้ใดเข้ามาเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองแล้ว กฎหมายถือเป็นหน้าที่ของผู้นั้นที่จะต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ถ้าคู่กรณีไม่ให้ความร่วมมือหรือไม่แจ้งสิ่งที่ตนทราบอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่

---

[69] *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น.315). เล่มเดิม.

[70] *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.259). เล่มเดิม.

[71] Mahendra P.Singh. (1985). German Administrative Law : In Common Law Perspective p.32 (อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น.259)

[72] *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.160). เล่มเดิม.

ก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ได้พิจารณาครบตามหน้าที่แล้ว หากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดเพราะเหตุดังกล่าวและถูกเพิกถอนในภายหลังคู่กรณีผู้นั้นก็จะเรียกร้องเอาประโยชน์มิได้

2.5.3 ขั้นตอนการปิดกระบวนพิจารณา

กระบวนพิจารณาทางปกครองย่อมยุติลงโดยการที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิเสธคำขอของคู่กรณีที่เรียกร้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อเจ้าหน้าที่ตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปยังคู่กรณี เมื่อเจ้าหน้าที่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังคู่กรณีแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลใช้ยันคู่กรณี คู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อมีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ในชั้นอุทธรณ์ก็จะเปิดกระบวนพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ซึ่งก็จะเป็นการเริ่มกระบวนพิจารณาทางปกครองใหม่อีกครั้งในชั้นอุทธรณ์นั่นเอง [73]

2.6 ความหมาย แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง

2.6.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง

ในการปกครองรัฐนั้น รัฐบาลเป็นองค์กรที่สำคัญที่สุดที่ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อบริหารกิจกรรมของรัฐ รัฐบาลได้แก่คณะบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อดำเนินการปกครองประเทศ รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแนวทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้นได้แก่ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่าบริการสาธารณะ กล่าวคือ ไม่มีแต่รัฐบาลเท่านั้นที่เป็นผู้ปกครองประเทศ แต่ยังมีฝ่ายปกครองซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่อีกเป็นจำนวนมากซึ่งเป็นกำลังในการปกครองประเทศอยู่ด้วย [74] และคำว่าฝ่ายปกครองนี้ได้มีนักวิชาการได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

Jean Rivero ได้อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการ คือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” (L’Exécutif) และ

---

[73] *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น.183). เล่มเดิม.

[74] *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น.30). เล่มเดิม.

องค์กรทีมีอำนาจหน้าที่ในการตระเตรียมการและการปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวได้กำหนดไว้ องค์ประกอบนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” [75]

Hartmut Maurer ได้อธิบายว่า การให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” อาจให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา (Verwaltung im materiellen Sinn) และฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ (Verwaltung im formellen Sinn) [76]

(1) ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา หมายถึง องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทำภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ โดยถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาอาจให้ความหมายได้2 ลักษณะ คือ การให้ความหมายทางปฏิเสธ (negative) กับการให้ความหมายในทางพรรณนา (positive)

1) การให้ความหมายในทางปฏิเสธ การให้ความหมายในทางปฏิเสธมีพื้นฐานมาจากหลักคำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งมีการแบ่งแยกระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ ภารกิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง ภารกิจที่ไม่ใช่ภารกิจในทางนิติบัญญัติ และไม่ใช่ภารกิจในทางตุลาการ โดย Otto Mayer และ Jellinek ได้ให้ความหมายของฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธว่า ฝ่ายปกครองคือองค์กรที่ทำภารกิจของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจมหาชนที่ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธทำให้ทราบว่าฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีความเกี่ยวพันกับการทำภารกิจของรัฐ และจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่ได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธก็ไม่อาจก่อให้เกิดความชัดเจน ทั้งนี้ เพราะ อำนาจฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการนั้น มิได้มีเพียงแต่ฝ่ายปกครองเท่านั้น ยังมีรัฐบาลประกอบอยู่ในอำนาจฝ่ายบริหารด้วย การให้คำนิยามในทางปฏิเสธที่จะนำไปสู่การให้ความหมายฝ่ายปกครองที่ชัดเจนได้นั้น จะต้องสามารถให้ความหมายขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติอำนาจตุลาการได้อย่างชัดเจน

2) การให้ความหมายในทางพรรณนา โดยเหตุที่การให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธไม่สามารถทำให้เข้าใจความหมายของฝ่ายปกครองได้ จึงมีความพยายามที่ให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางพรรณนา เช่น Peters ให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐมีผลในทางความเป็นจริงขึ้นกรณีหนึ่ง Forsthoff ให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์ของรัฐที่มีหน้าที่ในทางสังคมในขอบเขตของกฎหมายและอยู่บน

---

[75] Jean Rivero (อ้างใน *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (น.89) เล่มเดิม.)

[76] Hartmut Maurer. (1992). Allgemeines Verwaltungsrecht p. 2 (อ้างใน *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (น.13) เล่มเดิม.)

พื้นฐานของกฎหมาย Giacometti ให้ความหมายว่า องค์กรที่ใช้กฎหมาย โดยที่การใช้กฎหมายนั้นมิใช่การวินิจฉัยข้อพิพาทและไม่ใช่การใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา Thieme ให้ความหมายว่า องค์กรที่มีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการดำเนินการที่มีการตัดสินใจแล้วโดยฝ่ายการเมือง และ Luhmann ให้ความหมายว่าองค์กรที่การวินิจฉัยขององค์กรนั้นผูกพันต่อกฎหมาย การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาที่ได้รับการยอมรับคือ การให้ความหมายโดย Wolff ซึ่งให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ โดยทั่วไปแล้วเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเป็นองค์กรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ [77]

องค์กรที่อาจเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา ได้แก่

ก. องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ในความหมายอย่างกว้าง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารประกอบไปด้วยพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ตลอดจน บรรดาองค์กรรัฐฝ่ายปกครองทั้งปวงที่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นองค์กรซึ่งกำหนดนโยบายอำนวยการบริหารราชการแผ่นดินและกระทำการในทางรัฐธรรมนูญซึ่งได้แก่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งองค์กรของรัฐเหล่านี้อาจเป็นองค์กรฝ่ายปกครองได้ หากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจกรรมทางปกครอง

ข. องค์กรอิสระ หมายถึง องค์กรซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง องค์กรอิสระที่ดำเนินกิจกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย เช่น คณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ซึ่งถือเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ นอกจากองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระแล้วยังมีองค์กรบางประเภทที่เป็นระบบกฎหมายไทยกำหนดให้มีขึ้น เรียกว่าองค์อิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น องค์กรเหล่านี้หากใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ย่อมถือว่าเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาเช่นเดียวกัน

ค. องค์กรย่อยขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ องค์กรย่อยเหล่านี้คือตำแหน่งที่ระบบกฎหมายจัดตั้งขึ้นเพื่อให้ดำเนินกิจกรรมขององค์กรของรัฐ เช่นประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด โดยปกติเราไม่ถือว่าองค์กรต่าง ๆ เหล่านี้เป็นองค์กรฝ่ายปกครองเนื่องจากองค์กรเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ให้แก่

---

[77] *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (น.14). เล่มเดิม.

องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ เช่น ประธานศาลฎีกา ในกรณีที่พิจารณาพิพากษาคดีถือว่าใช้อำนาจตุลาการเป็นองค์กรในตุลาการ อย่างไรก็ตามอาจมีบางกรณีที่องค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติที่รัฐสภาก่อตั้งขึ้นดำเนินภารกิจในทางปกครอง เช่นประธานศาลฎีกาเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ในกรณีนี้ต้องถือว่าการดำเนินภารกิจดังกล่าวเป็นการดำเนินภารกิจทางปกครอง ในกรณีหลังนี้จึงต้องถือว่าประธานศาลฎีกาเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา

ง. เอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครอง ในกรณีที่มีกำหมายกำหนดให้เอกชนมีอำนาจทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ย่อมต้องถือว่าในกรณีนั้นเอกชนเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาเช่นเดียวกัน [78]

(2) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ หมายถึง ฝ่ายปกครองที่ทำภาระหน้าที่ในทางปกครองโดยรวม ภาระหน้าที่ที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวนั้นไม่จำต้องพิจารณาว่า ภาระหน้าที่นั้นเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาความหมายของฝ่ายปกครองอาจให้สาระสำคัญขององค์กรฝ่ายปกครองได้ว่ามีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ ดังนี้

ก. พิจารณาในแง่ของภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวโยงกับเรื่องของการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของส่วนรวมและเรื่องของมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม

ข. พิจารณาในแง่ผลประโยชน์ การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์สาธารณะในบางกรณีย่อมสอดคล้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และในบางกรณีอาจขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย

ค. พิจารณาจากการดำเนินการ การดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการโดยมีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป ฝ่ายปกครองจะต้องทำให้สิ่งที่เป็นนามธรรมทั่วไปเหล่านั้นเป็นรูปธรรมที่เป็นจริงขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการทำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกับการปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะอื่น ๆ อีกได้แต่จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายและต้องผูกพันต่อแนวนโยบายของรัฐบาล

---

[78] *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น.10). เล่มเดิม.

ง. พิจารณาจากลักษณะการกระทำ ลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการที่เป็นรูปธรรมในกรณีใดกรณีหนึ่ง และเป็นการทำให้เกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ด้วยเหตุนี้การกระทำของฝ่ายปกครองจึงแตกต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป ซึ่งเกี่ยวพันกับกรณีที่ไม่อาจจะกำหนดจำนวนได้[79]

2.6.2 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

โดยที่ภารกิจของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายมาก เราจึงสามารถจัดแบ่งประเภทของฝ่ายปกครองได้ในหลายลักษณะขึ้นอยู่กับว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ ในที่นี้จะแยกประเภทของฝ่ายปกครองจากภารกิจและวัตถุประสงค์ของการปกครองและประเภทของฝ่ายปกครองจากลักษณะของการกระทำและระดับความผูกพันต่อกฎหมาย เพื่อให้เห็นลักษณะเด่นของฝ่ายปกครอง

(1) ประเภทของฝ่ายปกครองที่พิจารณาจากภารกิจและวัตถุประสงค์ของการปกครอง หากพิจารณาภารกิจตลอดจนวัตถุประสงค์ของการปกครองแล้ว เราอาจแยกแยะฝ่ายปกครองได้ดังต่อไปนี้[80]

ก. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่รักษาความเป็นระเบียบในสังคม หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จะทำหน้าที่รักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ความปลอดภัยสาธารณะ การป้องกันปัดภยันตรายที่มีต่อสาธารณะ เช่น รักษาความเป็นระเบียบของถนนหนทาง รักษากฎจราจร ควบคุมดูแลการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ ป้องปรามโรคระบาด เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ในลักษณะเช่นนี้มักจะใช้อำนาจตามกฎหมายดำเนินการล่วงสิทธิของราษฎรในรูปของการกำหนดหน้าที่หรือภาระบางประการให้แก่ราษฎร

ข. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ส่งเสริมคุณภาพชีวิตของราษฎร หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จะทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน ตลอดจนส่งเสริมให้ราษฎรมีชีวิตเป็นอยู่ที่ดีขึ้น เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับการประกันสังคม การสงเคราะห์คนชรา การให้ทุนการศึกษา นอกจากนี้หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ยังดำเนินการเกี่ยวกับการสร้างสิ่งสาธารณูปโภค หรือสิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ ที่จำเป็นแก่การส่งเสริมคุณภาพชีวิต เช่น การสร้างถนน การวางท่อประปา การเดินสายไฟ การสร้างโรงเรียน การสร้างโรงพยาบาล เป็นต้น

ค. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่กำกับกิจการของรัฐที่แปรรูปเป็นเอกชน แรกเริ่มเดิมทีนั้นรัฐเป็นผู้ดำเนินกิจการที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค การอุตสาหกรรม หรือการพาณิชยกรรมบางประเภทด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมารัฐได้ดำเนินการแปรรูปหน่วยงานของรัฐที่ดำเนิน

---

[79] แหล่งเดิม. (น.16).

[80] Hartmut Maurer. Allgemeines Verwaltungsrecht. S 6 ff. (อ้างใน *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* น.13. เล่มเดิม.)

กิจกรรมดังกล่าวไปเป็นเอกชน และเปิดโอกาสให้เอกชนรายอื่นเข้ามาดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจเหล่านี้แข่งขันกันเอง โดยรัฐจะเป็นเพียงผู้กำกับ โดยกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เอกชนที่ดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจเหล่านี้ และเพื่อคุ้มครองมิให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบแก่ราษฎรซึ่งมาใช้บริการเท่านั้น หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จึงเป็นฝ่ายปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์การแข่งขัน การออกใบอนุญาตประกอบกิจการ ตลอดจนการวินิจฉัยชี้ขาดในชั้นต้นเมื่อเกิดข้อพิพาทหรือการร้องเรียนจากราษฎรซึ่งมาใช้บริการกิจกรรมทางเศรษฐกิจในกลุ่มนี้ ได้แก่กิจการพลังงาน กิจการโทรคมนาคม กิจการไปรษณีย์ กิจการขนส่งมวลชน เป็นต้น มีข้อสังเกตว่าหน่วยงานทางปกครองที่ทำหน้าที่กำกับการประกอบกิจการเหล่านี้ ในหลายกรณีไม่ได้เป็นหน่วยงานทางปกครองที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง แต่จะได้รับการจัดตั้งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ เช่น คณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) เป็นต้น

ง. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่สนับสนุนและควบคุมกิจการในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จะทำหน้าที่วางมาตรการที่สำคัญในการกำหนดทิศทางเศรษฐกิจ เช่น การให้เงินอุดหนุนผู้ประกอบการที่รัฐต้องการการสนับสนุนกิจการในด้านนั้นเพื่อผลประโยชน์ในระดับมหภาค การส่งเสริมกิจกรรมทางวัฒนธรรม เช่น การอนุรักษ์ภาพยนตร์เก่า เป็นต้น

จ. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ในทางการคลังและภาษีอากร หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ทำหน้าที่ในด้านการจัดเก็บรายได้เข้าคลังไม่ว่าจะในรูปของภาษี อากรค่าธรรมเนียมต่าง ๆ

ฉ. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่สนับสนุนฝ่ายปกครองด้วยกันเอง หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ทำหน้าที่ในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ ตลอดจนบุคลากรให้แก่ฝ่ายปกครองรวมทั้งการจัดการระบบบริหารบุคลากรในฝ่ายปกครอง

(2) ประเภทของฝ่ายปกครองที่พิจารณาจากลักษณะของการกระทำและระดับความผูกพันต่อกฎหมาย หากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำและผลในทางกฎหมายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ตลอดจนพิจารณาจากระดับของความผูกพันที่ฝ่ายปกครองมีต่อกฎหมายแล้ว เราอาจแยกแยะฝ่ายปกครองออกเป็นประเภทต่าง ๆ โดยสังเขปได้ ดังนี้ [81]

ก. ฝ่ายปกครองซึ่งใช้อำนาจทางปกครองกระทบสิทธิของราษฎร ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะกระทำการทางกฎหมายโดยกำหนดภาระหน้าที่ให้แก่ราษฎรคือกำหนดให้ราษฎรกระทำการงดเว้นกระทำการ หรือให้ราษฎรยอมให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นผลร้ายแก่ตนโดยจะต้องไม่หน่วงเหนี่ยว

---

[81] *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น.15). เล่มเดิม.

ขัดขวาง การใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะเช่นนี้ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการออกคำสั่งอันเป็นการสั่งการฝ่ายเดียว ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้ตกอยู่ภายใต้คำสั่ง เช่น สั่งให้ชำระค่าธรรมเนียม สั่งให้รื้อถอนอาคาร สั่งห้ามการประกอบธุรกิจ สั่งให้สลายการชุมนุม เป็นต้น

ข. ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะกระทำโดยให้ประโยชน์ในลักษณะต่าง ๆ แก่ราษฎร เช่น การให้เงินอุดหนุน การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร การให้ทุนการศึกษา การให้ข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น

ค. ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินกิจกรรมในรูปลักษณ์ของนิติบุคคลเอกชน ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนให้เป็นผู้กระทำการในหลายกรณีมักจะมีการแปรรูปหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนให้เป็นบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนโดยรัฐจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือกำกับการกระทำอยู่เบื้องหลัง โดยทั่วไปแล้วการดำเนินการโดยวิธีเช่นนี้จะมีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะ เช่น การดำเนินกิจการของบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

จ. ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินการบังคับการตามกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากระดับความผูกพันต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองประเภทนี้เป็นฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ในการบังคับการตามกฎหมาย กล่าวคือ ใช้และตีความกฎหมาย ตลอดจนใช้อำนาจจากรากฐานของกฎหมายที่ชัดเจนเข้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระหรือประโยชน์แก่ผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย แล้วแต่กรณี

ฉ. ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยไม่ต้องอาศัยฐานอำนาจทางกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากระดับความผูกพันต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองประเภทนี้สามารถดำเนินกิจกรรมทางปกครองได้ โดยไม่จำเป็นต้องอ้างอิงหรืออาศัยฐานอำนาจทางกฎหมาย โดยปกติทั่วไปฝ่ายปกครองประเภทนี้จะทำหน้าที่ส่งเสริมคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎร เช่น ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ผลิตและให้บริการน้ำประปา เป็นต้น

2.6.3 หลักการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองเพื่อให้มีประสิทธิภาพและประสบผลสำเร็จจำต้องมีการจัดองค์กรฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว ซึ่งการจัดองค์กรฝ่ายปกครองอาจแบ่งได้ ดังนี้

(1) แบ่งตามลักษณะการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง หลักในการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินที่ใช้อยู่ในประเทศต่าง ๆ นั้นมีอยู่สองหลัก คือ หลักรวมอำนาจทางปกครอง (centralisation) และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง (decentralization) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จะเห็นได้ว่าการจัดระเบียบบริหารราชการในประเทศไทย ได้นำหลักการรวมอำนาจปกครองมาใช้ผสมกับหลักการกระจายอำนาจทาง

ปกครอง กล่าวคือ ในการจัดระเบียบบริหารราชกลางส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคได้ใช้หลักรวมอำนาจทางปกครอง ราชการส่วนกลางจัดเป็น กระทรวง ทบวง กรม และราชการส่วนภูมิภาคใช้หลักการแบ่งอำนาจซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักรวมอำนาจ จัดแบ่งเป็น จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล หมู่บ้าน มีเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลางซึ่งเป็นผู้แทนของกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ ไปประจำในเขตการปกครองนั้น ๆ เพื่อบริหารราชการภายใต้บังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลางตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา ส่วนการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่นได้ใช้หลักการกระจายอำนาจปกครอง โดยมอบราชการบริหารบางอย่างเกี่ยวกับการปกครองและการพัฒนาท้องถิ่นให้องค์กรส่วนท้องถิ่นที่เป็นนิติบุคคลต่างหากจากราชการส่วนกลางรับไปจัดทำโดยเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นนั้นเอง ซึ่งมิใช่เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง มีการเลือกตั้งเจ้าหน้าที่ จึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีการจัดระเบียบบริหารราชการ โดยใช้หลักการรวมอำนาจปกครองและหลักการกระจายอำนาจปกครอง [82]

ก. ราชการบริหารส่วนกลาง

การรวมอำนาจปกครองเป็นวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครองประเทศที่มีการรวมอำนาจในการปกครองทั้งหมดไว้ที่ “ส่วนกลาง” คือ กระทรวง ทบวง กรม ของรัฐ และมีเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางซึ่งขึ้นต่อกันตามลำดับชั้นการบังคับบัญชาเป็นผู้ดำเนินการปกครองตลอดจนอาณาเขตของประเทศ การรวมอำนาจปกครองมีลักษณะสำคัญสามประการ คือ มีการรวมกำลังในการบังคับต่าง ๆ คือ กำลังทหารและกำลังตำรวจให้ขึ้นต่อส่วนกลาง มีการรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลางและมีลำดับการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ [83] โดยปัจจุบันตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 เมื่อนับรวมสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งมีฐานะเป็นกระทรวงด้วยแล้ว ประเทศไทยมีกระทรวงทั้งสิ้น 20 กระทรวงด้วยกัน คือ

(1) สำนักนายกรัฐมนตรี

(2) กระทรวงกลาโหม

(3) กระทรวงการคลัง

(4) กระทรวงต่างประเทศ

(5) กระทรวงท่องเที่ยวและกีฬา

(6) กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์

(7) กระทรวงกระเกษตรและสหกรณ์

---

[82] จาก *หลักกฎหมายมหาชน* (น.420), โดย ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2552, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

[83] *กฎหมายปกครอง* (น.62). เล่มเดิม.

(8) กระทรวงคมนาคม

(9) กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

(10) กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

(11) กระทรวงพลังงาน

(12) กระทรวงพาณิชย์

(13) กระทรวงมหาดไทย

(14) กระทรวงยุติธรรม

(15) กระทรวงแรงงาน

(16) กระทรวงวัฒนธรรม

(17) กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี

(18) กระทรวงศึกษาธิการ

(19) กระทรวงสาธารณสุข

(20) กระทรวงอุตสาหกรรม

ข. ราชการบริหารส่วนภูมิภาค

ราชการบริหารภูมิภาคเป็นการจัดการปกครองโดยใช้หลักการกระจายการรวมศูนย์อำนาจหรือการแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาค โดยราชการบริหารส่วนกลางจะส่งเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางหรือตัวแทนจากส่วนกลางไปปฏิบัติราชการในส่วนภูมิภาค โดยเจ้าหน้าที่เหล่านี้ต้องรับคำสั่งจากส่วนกลาง คือ กระทรวง ทบวง กรม ไปปฏิบัติตามแผนและนโยบายของรัฐบาล แต่เจ้าหน้าที่เหล่านี้จะมีอำนาจการตัดสินใจในบางเรื่องบางระดับโดยไม่ต้องส่งเรื่องเข้ามาขออนุญาต อนุมัติจากส่วนกลางได้ อย่างไรก็ตามการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาคถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจเป็นหลักการที่แยกออกมาจากหลักรวมอำนาจและเจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคที่ถือว่าเป็นคนของส่วนกลางนั้นยังต้องอยู่ในบังคับบัญชาของส่วนกลาง กล่าวคือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของส่วนกลางในฐานะผู้บังคับบัญชานั้น มีอำนาจที่จะสั่งการให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามคำสั่งและมีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมการปฏิบัติงานของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา อีกทั้งมีอำนาจในการลงโทษทางวินัยและมีอำนาจให้บำเหน็จความดีความชอบ ราชการบริหารส่วนภูมิภาคของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้แก่ จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน

ค. ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

การที่รัฐจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็เพื่อมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินกิจการของตนเองได้โดยมีความเป็นอิสระตามสมควรและอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของรัฐ การปกครองส่วนท้องถิ่นมีองค์ประกอบที่สำคัญสามประการ คือ [84]

ประการที่หนึ่ง มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์การนิติบุคคล อิสระจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล ยิ่งมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่ามีการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเอง กับมีความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมาย โดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่คอยควบคุมให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้น มิได้เข้าบังคับบัญชาหรืออำนวยการเอง

ประการที่สอง มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการเลือกตั้งจากราษฎรในท้องถิ่นบางส่วน โดยเฉพาะองค์กรสำหรับเป็นที่ประชุมปรึกษากิจการ เช่น สภาเทศบาล สภาจังหวัดที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งขึ้นมา ทั้งนี้ เพื่อให้ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งเลยก็ไม่นับว่ามีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้หลักการกระจายอำนาจปกครอง จึงมีหลักการตรงกันข้ามกับหลักการรวมอำนาจปกครองซึ่งถือว่าการแต่งตั้งเป็นสาระสำคัญเจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่าง ๆ ผู้ดำเนินการปกครองได้รับการแต่งตั้งจากราชการบริหารส่วนกลาง มิใช่เป็นผู้ได้รับการเลือกตั้งจากราษฎรเหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น การเลือกตั้งถือว่าเป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่งของการกระจายอำนาจทางปกครอง ถ้ามีการเลือกตั้งทั้งองค์กรที่ประชุมและองค์กรที่มีหน้าที่บริหาร ก็นับว่ามีการกระจายอำนาจอย่างสมบูรณ์ ส่วนการกระจายอำนาจตามกิจการที่ให้แก่องค์การนั้น การเลือกตั้งไม่ถือว่าเป็นหลักสำคัญเหมือนการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น

ประการที่สาม องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจปกครองมีความเป็นอิสระในการดำเนินการตามหน้าที่ (Autonomy) กล่าวคือ อาจดำเนินการที่ได้รับมอบหมายได้เองโดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินกิจการได้ด้วยงบประมาณและด้วยเจ้าหน้าที่ของตนเอง ถ้าองค์การใดไม่มีความเป็นอิสระเช่นนี้หรือมีเพียงหน้าที่เสนอข้อแนะนำหรือให้คำปรึกษาแก่ราชการบริหารส่วนกลางหรือราชการบริหารส่วนภูมิภาคเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระจายอำนาจอย่างแท้จริง

---

[84] *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น.183). เล่มเดิม.

(2) แบ่งตามลักษณะขององค์กรฝ่ายปกครอง การจัดตั้งองค์กรของรัฐให้มีอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ เพื่อดำเนินภารกิจของรัฐโดยปกติจะตั้งจัดตั้งโดยกฎหมาย ส่วนจะเป็นกฎหมายในระดับใดนั้นขึ้นอยู่กับสถานะขององค์กรนั้น ๆ ว่ามีอำนาจหน้าที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยทั่วไปหรือไม่ถ้ามีจะต้องจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติแต่ถ้าอยู่ในลักษณะเป็นการจัดระเบียบภายในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐเองก็ไม่จำเป็นต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ อาจจัดตั้งโดยกฎหมายลำดับรองหรือระเบียบทางบริหารก็ได้ องค์กรฝ่ายปกครองแบ่งออกได้หลายประเภทแล้วแต่เกณฑ์ที่จะนำมา[85] ซึ่งหากแบ่งตามลักษณะขององค์กรอาจแบ่งได้ ดังนี้

ก. องค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่ม

องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้น ถ้าองค์กรนั้นประกอบด้วยสมาชิกเพียงคนเดียวก็จะเป็น “องค์กรเดี่ยว” ถ้าประกอบด้วยสมาชิกหลายคนก็จัดเป็น “องค์กรกลุ่ม” (Collective Organ) การแบ่งในลักษณะนี้ทำให้เห็นลักษณะในการแสดงเจตนาที่แตกต่างกัน การแสดงเจตนาขององค์กรเดี่ยวนั้นไม่ซับซ้อนเพราะสามารถตัดสินใจและการแสดงเจตนาโดยบุคคลคนเดียวไม่ต้องร่วมตัดสินใจกับองค์กรอื่น เพียงแต่พิจารณาเฉพาะขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นก็เพียงพอ เช่น ประมุขแห่งรัฐ นายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น ส่วนองค์กรกลุ่มนั้นการตัดสินใจและการแสดงเจตนามีความซับซ้อนกว่าองค์กรเดี่ยว เพราะองค์กรกลุ่มประกอบด้วยสมาชิกหลายคน ตัวอย่างเช่น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรลำดับรองลงมาที่อยู่ในรูปคณะกรรมการต่าง ๆ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการตัดสินใจและการแสดงเจตนาขององค์กรกลุ่มว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ดังต่อไปนี้[86]

1) พิจารณาจากองค์ประกอบ ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรกลุ่ม จะต้องระบุจำนวนสมาชิกขององค์กรกลุ่มไว้ว่ามีจำนวนเท่าใด เช่น คณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี 1 คน และรัฐมนตรีอีกไม่เกิน 35 คน หรือสภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 480 คน เป็นต้น โดยหลักแล้วมติขององค์กรกลุ่มจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อมีองค์ประกอบครบถ้วนในขณะประชุมมีมติเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หากสมาชิกขององค์กรกลุ่มตายหรือลาออกก็ต้องดำเนินการตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้มีสมาชิกครบถ้วนตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนจึงจะดำเนินการประชุมมีมติได้ อย่างไรก็ตามหากเห็นว่าจะเป็นปัญหาในการปฏิบัติโดยเฉพาะองค์กรกลุ่มที่ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนมาก หรือวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งซับซ้อน เช่น การเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในกรณีนั้นกฎหมายควรบัญญัติเป็นข้อยกเว้นให้ประชุมได้แม้ว่า

---

[85] *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (น.205). เล่มเดิม.

[86] แหล่งเดิม. (น.206).

สมาชิกขององค์กรกลุ่มนั้นยังมีไม่ครบตามองค์ประกอบก็ตาม โดยกำหนดให้มีองค์ประกอบเท่าที่สมาชิกมีอยู่ในปัจจุบัน

2) พิจารณาจากองค์ประชุม การแสดงเจตนาหรือมีมติใด ๆ ขององค์กรกลุ่มจะต้องเกิดขึ้นจากการประชุมปรึกษาหารือแลกเปลี่ยนเหตุผลซึ่งกันและกันในบรรดาสมาชิกขององค์กรกลุ่ม เพราะการจัดตั้งองค์กรกลุ่มซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวนหนึ่งนั้นมีความมุ่งหมายที่จะให้มีการแลกเปลี่ยนเหตุผลซึ่งกันและกันตามหลักการของประชาธิปไตย ซึ่งเชื่อว่าหลังจากแลกเปลี่ยนเหตุผลซึ่งกันและกันแล้วจะมีความคิดเห็นที่ถูกต้องร่วมกัน ด้วยเหตุนี้ก่อนการประชุมจะต้องมีหนังสือเรียกประชุม ระบุวัน เวลา สถานที่ที่จะประชุม เรื่องที่บรรจุเป็นระเบียบวาระที่จะพิจารณาไปถึงสมาชิกองค์กรกลุ่มทุกคน การไม่เรียกประชุมหรือใช้มติโดยหนังสือเวียนถามสมาชิกองค์กรทีละคน แล้วนำผลรวมเป็นมติย่อมเป็นมติที่ไม่ชอบ หรือมีการประชุมโดยไม่แจ้งให้สมาชิกบางคนได้ทราบก็ถือว่าเป็นการประชุมที่ไม่ชอบเช่นเดียวกัน นอกจากจะต้องมีการประชุมและเรียกประชุมถูกต้องแล้ว จะต้องมีสมาชิกเข้าร่วมประชุม “ครบองค์ประชุม” คือ ครบจำนวนตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งโดยปกติไม่เต็มตามจำนวนทั้งหมดหรือครบตามจำนวนองค์ประกอบ เพราะสมาชิกขององค์กรกลุ่มมีจำนวนมากยากที่จะให้มาประชุมทุกคนตามจำนวนที่กำหนดไว้เป็นองค์ประกอบได้ กฎหมายจึงกำหนดจำนวนสมาชิกขั้นต่ำที่เข้าร่วมประชุมซึ่งสามารถมีมติหรือแสดงเจตนาให้มีผลทางกฎหมายได้ จำนวนสมาชิกขั้นต่ำขององค์กรกลุ่มที่เข้าร่วมประชุมนี้เรียกว่า “องค์ประชุม” โดยปกติกฎหมายจะกำหนดจำนวนองค์ประชุมไว้ว่ามีจำนวนเท่าใด เช่น เกินกว่ากึ่งหนึ่ง ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมด มีกรณียกเว้นเท่านั้นที่กำหนดไว้เท่ากับองค์ประกอบ แต่ถ้าไม่กำหนดไว้เป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่าจะต้องมีสมาชิกเข้าร่วมประชุมอย่างน้อยกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

นอกจากนี้ยังมีหลักทั่วไปว่า ผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ประชุมขององค์กรกลุ่มพิจารณาย่อมไม่สามารถร่วมอยู่ในที่ประชุมได้ เพราะอาจจะทำให้สมาชิกองค์กรกลุ่มไม่กล้าอภิปรายแสดงเหตุผลหรือตัดสินใจโดยอิสระได้ ดังนั้น มติของที่ประชุมที่มีสมาชิกซึ่งมีส่วนได้เสียในผลของการลงมติร่วมอยู่ด้วยย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) พิจารณาจากองค์มติ มติของที่ประชุมซึ่งมีผู้มาประชุมครบองค์ประชุมจะต้องมีคะแนนเสียงครบถ้วนตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด โดยปกติจะกำหนดไว้ตามหลักปริมาณ คือ จำนวนคะแนนเสียงข้างมาก จำนวนคะแนนเสียงข้างมากนี้มีได้ 2 ลักษณะ คือ คะแนนเสียงข้างมากธรรมดา หมายถึง คะแนนเกินกึ่งหนึ่งของผู้ร่วมประชุมครบองค์ประชุม อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายกำหนดให้มติต้องใช้คะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด (องค์ประกอบ) ก็ถือว่าเป็นมติพิเศษลักษณะหนึ่ง เพราะต้องใช้คะแนนเสียงเป็นพิเศษไม่ว่าสมาชิกจะมาประชุมครบ

องค์ประชุมจะมีจำนวนเท่าใดก็ตามเรียกว่า “มติธรรมดา” และคะแนนเสียงข้างมากพิเศษ หมายถึง เกินกว่ากึ่งหนึ่งอีกจำนวนหนึ่ง เช่น สองในสามหรือสามในสี่ของผู้ร่วมประชุม หรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเรียกว่า “มติพิเศษ”

นอกจากนั้นบางครั้งกฎหมายอาจกำหนดให้มีมติเป็น “เอกฉันท์” คือ มีคะแนนเสียงสอดคล้องกันทั้งหมดทุกคน ซึ่งจะกำหนดไว้ในกรณีพิเศษจริง ๆ เช่น การทำคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นต้น แต่ในบางกรณีอาจกำหนดไว้ว่าเป็นมติได้เมื่อไม่มีผู้คัดค้านหรือใช้สิทธิวีโต้ (Veto) ในกรณีนี้ถ้าไม่มีผู้คัดค้านก็ถือว่าเป็นมติของที่ประชุมแล้ว แต่ถ้ามีผู้คัดค้านเพียงคนเดียวเรื่องที่นำมาพิจารณานั้นจะตกไปทันที

สำหรับคะแนนเสียงข้างมากอาจแยกได้ ดังนี้

คะแนนเสียงข้างมากสัมผัส (relative majority) คือ จำนวนคะแนนเสียงข้างมากที่สุดขององค์ประชุม หรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

คะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาด (absolute majority) คือ จำนวนคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งขององค์ประชุมหรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

ข. องค์กรเอกเทศและองค์กรร่วม

องค์ประกอบขององค์กรฝ่ายปกครองลักษณะนี้แบ่งโดยพิจารณาจากจำนวนองค์กรที่เข้าร่วมในการแสดงเจตนา กล่าวคือ ถ้าเรื่องใดกฎหมายกำหนดให้การแสดงเจตนามีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีองค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเข้าร่วมแสดงเจตนาหรือการแสดงเจตนาเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องประกอบด้วยการแสดงเจตนาของสององค์กรขึ้นไป องค์กรที่เข้าร่วมตัดสินใจหรือร่วมแสดงเจตนาทั้งหมดจัดเรียกว่าเป็น “องค์กรร่วม” เพราะเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจเด็ดขาดหรือเจตนาสมบูรณ์ในตัวเอง ถ้าแสดงเจตนาโดยองค์กรเพียงองค์กรเดียวก็มีผลสมบูรณ์ องค์กรนั้นเรียกว่าเป็น “องค์กรเอกเทศ”[87]

องค์กรร่วมเกิดขึ้นเนื่องจากความประสงค์ที่จะให้มีการควบคุมซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง และเพื่อมีการประสานงานหรือร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน เพื่อร่วมประสบการณ์ความรู้ความสามารถต่าง ๆ เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมให้สมบูรณ์มากขึ้น ตัวอย่างเช่น ในระบบสองสภาการตรากฎหมายจะต้องผ่านความเห็นชอบของทั้งสองสภา ในระบบสองสภานี้อาจอยู่ในลักษณะสภาหนึ่งเป็นสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้ง อีกสภาหนึ่งเป็นสภาที่มาจากการแต่งตั้งโดยการสืบตระกูลหรือสายโลหิต หรือโดยฐานะเป็นผู้ทรงคุณวุฒิหรือในระบบสหพันธรัฐ (Federation State) สภาสูงเป็นสภาที่มาจากผู้แทนรัฐสมาชิก สภาล่างมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในทุกมลรัฐ เป็นต้น

---

[87] แหล่งเดิม. (น.208).

ในการตรากฎหมายนอกจากจะต้องได้รับการแนะนำและความยินยอมของรัฐสภาแล้ว ยังต้องให้ประมุขของรัฐลงนามประกาศใช้เป็นกฎหมายด้วย ในกรณีนี้ประมุขแห่งรัฐจึงเป็นองค์กรร่วมในการตรากฎหมายของรัฐและมีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วด้วย ในรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังนั้น ในกรณีนี้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย รัฐสภาเป็นองค์กรพิจารณาให้ความเห็นชอบ และพระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว องค์กรทั้งหมดเป็นองค์กรร่วมในการใช้อำนาจพิจารณาและให้ความเห็นชอบพระราชบัญญัติ

ค. องค์กรสูงสุดและองค์กรลำดับรอง

องค์ของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่กำหนดโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นแตกต่างกัน เพราะองค์กรของรัฐต้องเกิดขึ้นหรือจัดตั้งและมีอำนาจหน้าที่โดยกฎหมาย “องค์กรสูงสุด” เป็นองค์กรของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดและไม่อยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรอื่น เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐสภา เป็นต้น องค์กรสูงสุดถือได้ว่าเป็นองค์กรที่มิได้อยู่ใต้องค์กรอื่นใด บางครั้งจึงเรียกว่าเป็น “องค์กรโดยตรง” หรือ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ส่วน “องค์กรลำดับรอง” เป็นองค์กรที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าองค์กรสูงสุด เพราะมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายธรรมดาจึงตกอยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ รัฐสภา องค์กรประเภทนี้จึงอาจเรียกว่า “องค์กรโดยอ้อม” องค์กรของรัฐทั้งหลายต้องเกิดขึ้นโดยอำนาจรัฐ ซึ่งแสดงออกโดยกฎหมายจัดตั้ง แต่ทั้งนี้มิใช่เพียงองค์กรที่กฎหมายกล่าวถึงเท่านั้น แต่จะต้องกำหนดองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรไว้ด้วย โดยปกติองค์กรลำดับรองเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ได้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลาย เช่น อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ หรือคณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ เป็นต้น