

บทที่ 1

ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำของคณะรัฐมนตรีกับ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ในบทแรกนี้จะกล่าวถึงข้อความคิดว่าด้วยการกระทำของคณะรัฐมนตรีซึ่งถือว่าเป็นองค์กรสูงสุดในการบริหารประเทศที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายกลางที่บัญญัติวิธีการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง โดยเริ่มตั้งแต่การกระทำของคณะรัฐมนตรีโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง และในส่วนที่สองจะได้กล่าวถึงการกระทำของคณะรัฐมนตรีกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่ามีความสัมพันธ์กันเช่นใด

1.1 การกระทำของคณะรัฐมนตรี

เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 201 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินนี้ก็มิได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ประการใด แต่เป็นอำนาจหน้าที่ที่ครอบคลุมกว้างขวางกว่าการใช้อำนาจขององค์กรอื่น เพราะเป็นอำนาจครอบคลุมกิจการที่บังเกิดขึ้นและผ่านเข้ามาในแต่ละวัน (day to day affairs) ซึ่งจะต้องวางมาตรการป้องกัน แก้ไข หรือระงับอยู่เป็นปกติ ทั้งยังเป็นการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ซึ่งมีขอบเขตดังนี้

(1) อำนาจในการกำหนดนโยบายในการปกครองประเทศ คือ ในด้านรัฐประศาสนโยบาย (public policy) หรือนโยบายทั่วไปในการจัดการปกครองภายในประเทศ และรัฐวิเทศนโยบาย (foreign policy) หรือนโยบายเกี่ยวกับการต่างประเทศ เช่น การมีสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ นโยบายเหล่านี้อาจเป็นนโยบายที่แถลงต่อรัฐสภาก่อนเข้าบริหารราชการแผ่นดินตามมาตรา 211 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือเป็นนโยบายที่คณะรัฐมนตรีกำหนดขึ้นใหม่ภายหลังในเหตุการณ์เฉพาะหน้าก็ได้

(2) อำนาจในการดำเนินการหรือปฏิบัติตามนโยบายที่กำหนดโดยวิธีการต่าง ๆ เช่น เสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา ออกกฎหมายของฝ่ายบริหารเอง เช่น พระราชกฤษฎีกาและ

กฎกระทรวง หรืออนุมัติโครงการพร้อมทั้งงบประมาณเพื่อผลักดันให้โครงการตามนโยบายเป็นผลสำเร็จ ตลอดถึงการบริหารงานด้านบุคคลเพื่อให้นโยบายของคณะรัฐมนตรีเป็นไปโดยราบรื่น เช่น การแต่งตั้ง โยกย้าย ถอดถอนข้าราชการหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจ

(3) อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (law enforcement) เพื่อให้กฎหมายที่ออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติปรากฏผลจริงจัง¹

การดำเนินการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองอยู่สองประเภท คือ การกระทำของรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง

1.1.1 การกระทำของรัฐบาล

ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม กล่าวไว้ว่า รัฐบาลแบบรัฐสภานั้นได้มีการจัดตั้งคณะบุคคลให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารร่วมกันเรียกว่าคณะรัฐมนตรี (Council of Ministers หรือ Cabinet) โดยประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าและบรรดาคณะรัฐมนตรีทั้งหลาย ที่เรียกว่าคณะรัฐมนตรีก็เพราะนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีต้องประชุมร่วมกันเป็นคณะเพื่อวินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ ร่วมกัน โดยอาศัยเสียงข้างมากของที่ประชุม

คณะรัฐมนตรีในรัฐบาลแบบรัฐสภา มีลักษณะสำคัญสองประการคือ

1. มีความรับผิดชอบร่วมกัน (joint responsibility)
2. ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (unity)²

การกระทำของคณะรัฐมนตรีตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าวจึงมีอยู่อย่างมากมายแต่ในส่วนที่มีความสำคัญและมีความสัมพันธ์กับกฎหมายปกครองสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ การกระทำของรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง

การกระทำของรัฐบาลมีการเรียกแตกต่างกันไปในประเทศต่าง ๆ เช่น ในฝรั่งเศส เรียกว่า acte de gouvernement ซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และ

¹ วิษณุ เครืองาม, การพัฒนาระบบการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีในปัญหาผลประโยชน์แห่งชาติ, เอกสารการวิจัยวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 39 ประจำปีการศึกษา พุทธศักราช 2539-2540, น. 8-11.

² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2530) น. 279.

คำพิพากษาของศาลระดับความขัดแย้งหรือศาลที่ขาดข้อพิพาท (le Tribunal des Conflits) ในประเทศอังกฤษเรียกว่า หลักการกระทำของรัฐ (act of state) ที่ศาลประเทศอังกฤษได้ตัดสินวางบรรทัดฐานไว้และในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า ปัญหาทางการเมือง (political question)³ ซึ่งความหมายดังกล่าวอาจจะกว้างหรือแคบไม่เท่ากันเช่นการกระทำของรัฐ (act of state) ของประเทศอังกฤษจะมีความหมายแคบกว่าการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ของประเทศฝรั่งเศส โดยการกระทำของรัฐบาลในความหมายของประเทศอังกฤษจะมีเนื้อหาไปทางด้านกิจการที่มีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงบรรดากิจการของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาซึ่งถือว่าเป็นหลักเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ (royal prerogatives)⁴ เมื่อการกระทำของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำของรัฐบาลแล้ว การกระทำนั้นก็ย่อมไม่เป็นการกระทำทางปกครอง ที่ศาลปกครองหรือแม้กระทั่งศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจรับพิจารณาคดีที่ยกขึ้นฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำดังกล่าวได้โดยถือเสมือนว่าเป็นเรื่องการใช้อำนาจบริหาร ไม่ใช่อำนาจทางปกครอง

นักกฎหมายหลายท่านได้ให้คำอธิบายของการกระทำของรัฐบาลไว้ดังนี้ ศาสตราจารย์ดูเอ (Duez) กล่าวว่า "การกระทำของรัฐบาลก็คือการกระทำที่ปลอดจากการควบคุมจากอำนาจศาลไม่ว่าจะเป็นเรื่องดุลพินิจหรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย⁵ ศาสตราจารย์โอริยู (M. Hauriou) เห็นว่า "การกระทำของรัฐบาล คือ การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งถ้ามิได้ดำเนินการเช่นนั้นแล้ว จะมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์อย่างนั้นเกิด นั่นก็คือการเกิดขึ้นของหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาล ซึ่งการกระทำชนิดนี้ย่อมไม่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้"⁶ ปีแอร์ อองรี ชาลวิดาน (Pierre Henri Chalvidan) กล่าวว่า "การกระทำของรัฐบาลนั้น ศาลนั่นเองที่เป็น

³ สุวีร์ ตรียุทธนากุล, "การกระทำของรัฐบาล," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), น. 9.

⁴ ฤทัย หงส์ศิริ, นิติกรรมทางปกครอง ในคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), น. 255.

⁵ Pierre Henri Chalvidan "Doctrines et acte de gouvernement" A.J.D.A. (20 Janvier 1982) : ในสุวีร์ ตรียุทธนากุล, "การกระทำของรัฐบาล" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), น. 10.

⁶ เพิ่งอ้าง, น. 10.

ผู้สร้างและกำหนดว่า เรื่องใดหรือการกระทำเช่นใดที่เป็นการกระทำของรัฐบาล"⁷ การ์เร เดอ มานแบร์ (Carré de MALBERT) อธิบายว่า "การกระทำของรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากการที่มีกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Positive Law) บัญญัติไว้ในเรื่องนั้น ๆ"⁸ ศาสตราจารย์เรอเน่ ชาปู (René Chapus) อธิบายว่า "การกระทำของรัฐบาล คือ การกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล ซึ่งต่างจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองอันเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร"⁹

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุลได้ให้ความหมายของ "การกระทำของรัฐบาล" (acte de gouvernement) ว่าหมายถึง การกระทำบางอย่างของรัฐ ซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองก็ตาม¹⁰

รศ.ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ กล่าวว่า¹¹ องค์การของรัฐฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล (พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคน) อาจกระทำการได้ใน 2 ลักษณะ ถ้าการกระทำที่มีลักษณะเป็น "การกระทำทางการเมือง" ให้ถือว่า องค์การของรัฐฝ่ายบริหารเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล แต่ถ้าพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการที่มีลักษณะเป็น "งานประจำ" ก็ให้ถือว่าองค์การของรัฐฝ่ายบริหารเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์การของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

⁷ เพิ่งอ้าง, น. 11.

⁸ เพิ่งอ้าง, น. 12.

⁹ René Chapus, "L' acte de gouvernement", Recueil Dalloz, 1958 : 5-10 ใน สุวีริ์ ตริยูทธนากุล, "การกระทำของรัฐบาล" น. 11.

¹⁰ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), น. 26.

¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำทางปกครอง", รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมนบุญ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น. 138-142.

การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาลและการกระทำใดขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง มีทฤษฎีในการพิจารณาอยู่ด้วยกันสามทฤษฎีคือ

ทฤษฎีหนึ่งที่เสนอให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนเสนอว่า การกระทำของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนนั้นอาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภทคือ การกระทำทางการเมือง ประเภทหนึ่ง และการกระทำที่เป็นงานประจำ อีกประเภทหนึ่ง

ถ้าพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการที่มีลักษณะเป็น "การกระทำทางการเมือง" ให้ถือว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล แต่ถ้าพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการที่มีลักษณะเป็น "งานประจำ" ก็ให้ถือว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของ Francis Paul BENOIT นักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่ว่า "การกระทำของรัฐบาลเป็นการตัดสินใจเลือกในทางการเมือง ส่วนการกระทำทางปกครองเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะประจำวัน การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และการจัดการทรัพย์สินของแผ่นดิน ..."

การกระทำทางการเมืองคือการตัดสินใจเลือกทิศทางการบริหารราชการแผ่นดิน กล่าวคือ การตัดสินใจเลือกว่าสมควรจะให้ความสำคัญกับการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจด้านใดก่อนหรือหลังกันอย่างไร เช่น สมควรให้ความสำคัญกับการรักษาความมั่นคงของรัฐก่อนหรือหลังการให้บริการประชาชนทางด้านการศึกษาและศิลปวัฒนธรรมก่อนหรือหลังการพัฒนาเศรษฐกิจหรือว่าสมควรให้ความสำคัญกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจภาคเกษตรกรรมก่อนหรือหลังภาคอุตสาหกรรม ฯลฯ ส่วนการกระทำที่เป็นงานประจำนั้น หมายถึงการดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน หรืออีกนัยหนึ่งคือการนำแนวนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินที่ได้กำหนดไว้มาปฏิบัติจัดทำให้สำเร็จลุล่วง

ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องในข้อที่ว่า การจำแนกการกระทำของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนออกเป็นสองประเภทคือ การกระทำทางการเมืองกับการกระทำที่เป็นงานประจำนั้นมีลักษณะค่อนข้างสัมพัทธ์ (relative) ถ้าหากพิจารณาการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเหล่านี้กันให้ถ่องแท้แล้วจะ

พบว่าการกระทำอยู่มากมายที่ไม่อาจวินิจฉัยให้แน่ชัดลงไปได้ว่าเป็นการกระทำทางการเมืองหรือการกระทำที่เป็นงานประจำ ทั้งนี้เพราะขึ้นอยู่กับสภาวะการณ์ทางสังคม เศรษฐกิจ หรือการเมืองในแต่ละช่วงเวลา

ทฤษฎีที่สองที่เสนอให้พิจารณาจากลักษณะของอำนาจกระทำการของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคน โดยเสนอว่า อำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนั้นอาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภทคือ "อำนาจดุลพินิจ" (discretionary power) และ "อำนาจผูกพัน" (bound power)

ถ้าพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจ ให้ถือว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็น "รัฐบาล" แต่ถ้าพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการโดยอาศัยอำนาจผูกพัน ให้ถือว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็น "องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง" หรือ "เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง"

"อำนาจดุลพินิจ" คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะกระทำการหรือไม่ และในกรณีที่เหมาะสมจะกระทำการสมควรกระทำการอย่างไร ส่วน "อำนาจผูกพัน" คืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยบัญญัติไว้เป็นการล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างนั้นอย่างนี้

ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องในข้อที่ว่า ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้นอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล้วนแต่มี "แหล่งที่มา" จากกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นจึงไม่มีอำนาจใดที่เป็นอำนาจดุลพินิจอย่างบริบูรณ์ กล่าวคือให้อิสระอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดแก่ผู้ทรงอำนาจนั้นในอันที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจกระทำการต่าง ๆ ได้ตามแต่จะเห็นสมควร อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทุกอำนาจย่อมมีข้อจำกัดทางกฎหมายเสมอ ส่วนอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นอำนาจผูกพันโดยแท้ กล่าวคือกำหนดให้องค์กรผู้ทรงอำนาจนั้นมีหน้าที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้เกิดขึ้น แม้อาจจะพบเห็นได้ในระบบกฎหมายของรัฐต่าง ๆ แต่ก็มีอยู่น้อยมาก อำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจผสม กล่าวคือในกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจซึ่งมีอยู่หลายขั้นตอนนั้น บางขั้นตอนองค์กรผู้ทรงอำนาจมีดุลพินิจ และบางขั้นตอนมีอำนาจผูกพัน ด้วยเหตุนี้ จึงไม่อาจใช้ลักษณะของอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีใดพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการในฐานะที่เป็น "รัฐบาล" และกรณีใดองค์การของรัฐฝ่ายบริหารเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็น "องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง" หรือ "เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง" ได้เลย

ทฤษฎีที่สามที่เสนอให้พิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนเสนอว่า ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้น อำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล้วนแต่เป็นอำนาจตามกฎหมาย (pouvoir de jure) ทั้งสิ้น ไม่มีอำนาจใดที่เป็นอำนาจตามข้อเท็จจริง (pouvoir de facto) เลย

อย่างไรก็ตามอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารก็หาได้มี "แหล่งที่มา" (source) จากกฎหมายลำดับชั้นเดียวกันไม่ อำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารบางอำนาจมีแหล่งที่มาจากรัฐธรรมนูญ (Constitution) บางอำนาจมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันกับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น

ในกรณีที่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น "รัฐบาล" แต่ในกรณีที่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ฯลฯ ให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น "องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง" หรือ "เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง"

ตัวอย่างของกรณีที่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่น ๆ กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและดังนั้นจึงถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น "รัฐบาล" ตามทฤษฎีนี้มีมากมาย แต่อาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ การกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น การที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา (มาตรา 169 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) การตราพระราชกฤษฎีกาขุบสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 116 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540)

การตราพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุม ขยายเวลาประชุมและปิดประชุมรัฐสภา (มาตรา 164 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) การที่นายกรัฐมนตรีมีคำรับรองให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา (มาตรา 169 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) การที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (มาตรา 313 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) ฯลฯ และการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การส่งทูตานุทูตไปประจำในต่างประเทศ และการรับทูตานุทูตที่ประมุขของต่างประเทศส่งมาประจำในราชอาณาจักรไทย พระบรมราชโองการประกาศสงคราม (มาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น ๆ กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ (มาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) ฯลฯ

ส่วนตัวอย่างของกรณีที่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่น ๆ กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ และดังนั้นจึงถือว่าการกระทำในฐานะที่เป็น "องค์การของรัฐฝ่ายปกครอง" หรือ "เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง" ได้แก่ การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่ที่เป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ออกตามความในพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2532) พระบรมราชโองการโปรดเกล้าแต่งตั้งหรือถอดถอนจากตำแหน่งซึ่งผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยหรือรองผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย (มาตรา 19 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485) การที่คณะรัฐมนตรีมีมติแต่งตั้งหรือถอดถอนจากตำแหน่งซึ่งกรรมการธนาคารแห่งประเทศไทย (มาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485) การที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ต่อเวลาราชการให้ข้าราชการซึ่งมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์แล้ว ให้รับราชการต่อไปอีกคราวละหนึ่งปีจนถึงอายุครบหกสิบห้าปีบริบูรณ์ (พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2504) การออกกฎกระทรวง การออกประกาศกระทรวง ฯลฯ

ผู้เขียนเห็นว่าทฤษฎีที่สามที่แบ่งการกระทำของรัฐบาลโดยพิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรีเป็นทฤษฎีที่มีความเหมาะสมที่จะแยกแยะการกระทำของรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง

ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการกระทำของรัฐบาลได้ดีที่สุดตัวอย่างหนึ่งก็คือ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ ที่ 30/2531 เรื่องนี้ผู้ร้องทุกข์คือห้างหุ้นส่วน จำกัดโรงเลื่อยจักร ป. ไพบูลย์ ได้ร้องทุกข์ว่า ผู้ร้องทุกข์ได้ซื้อไม้ซุงจากบริษัทหายเคียบเทรตติ้ง จำกัด ประเทศสิงคโปร์ เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2530 ซึ่งไม้ซุงเหล่านี้ บริษัท ซื้อมาจาก สธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนกัมพูชา ต่อมาได้นำเข้าประเทศโดยไม้ซุงดังกล่าวมีตราประทับและมีใบรับรองแสดงถิ่นกำเนิดโดยกองคดี กรมศุลกากรได้แจ้งให้ทราบว่าการนำไม้ซุงดังกล่าวเข้ามานั้นเป็นการนำเข้าที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอ้างว่าไม่อาจรับรองเอกสารของประเทศที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศไทยได้ พร้อมทั้งแจ้งข้อหาเพื่อจะดำเนินคดีอาญากับหุ้นส่วนผู้จัดการของผู้ร้องทุกข์

ผู้ร้องทุกข์เห็นว่า ตามประกาศของกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการนำสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร (ฉบับที่ 539) มิได้กำหนดว่าใบรับรองแสดงถิ่นกำเนิดของสินค้าจะต้องเป็นใบรับรองของประเทศที่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศไทย ดังนั้นเมื่อไม้ซุงที่ผู้ร้องทุกข์นำเข้ามามีตราประทับและใบรับรองแสดงถิ่นกำเนิดแล้ว ผู้ร้องทุกข์ก็สามารถนำเข้ามาได้โดยไม่ต้องขออนุญาตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ตามประกาศ ดังกล่าว การที่กรมศุลกากรไม่ยอมรับชำระภาษีและตรวจปล่อยไม้ซุงที่ผู้ร้องทุกข์นำเข้ามาจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณาเห็นว่า ประกาศกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการนำเข้าสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร (ฉบับที่ 53) ไม่อาจแปลความเลยไปถึงว่าตราประทับและเอกสารที่เป็นใบรับรองแสดงถิ่นกำเนิดไม้จะต้องเป็นตราและเอกสารทางราชการของประเทศซึ่งรัฐบาลไทยรับรองหรือมีความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย เพราะการแปลความเช่นนั้นจะเป็นผลให้ผู้ประกอบการค้าโดยสุจริตต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหายอันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนของประกาศนั้น นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยังเห็นว่าหากทางราชการมีนโยบายที่จะให้สินค้าที่ส่งมาจากหรือมีถิ่นกำเนิดจากประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตให้นำเข้ามาในราชอาณาจักรแล้ว ก็ควรที่จะให้กระทรวงพาณิชย์แก้ไขประกาศเรื่องการนำเข้าสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักรที่ออกตามพระราชบัญญัติการส่งออกป้อนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 ให้ชัดเจน คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงวินิจฉัยเพื่อเสนอความเห็นต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งการให้กรมศุลกากรรับชำระภาษี และตรวจปล่อยไม้ซุงรายนี้ให้แก่ผู้ร้องทุกข์ตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

ในเรื่องนี้พนักงานผู้รับผิดชอบจำนวนมีความเห็นว่ามีปัญหาเรื่องนโยบายทางการเมืองระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งนโยบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนี้ตามหลัก

กฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศสถือว่าเป็น "การกระทำของรัฐบาล" ที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาโดยตรง และพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ก็ได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ตามมาตรา 20 (1) ว่า เรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภานั้นมิให้รับไว้พิจารณา พนักงานผู้รับผิดชอบจำนวนจึงเห็นว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่อาจรับเรื่องร้องทุกข์นี้ไว้พิจารณาได้ และสมควรสั่งให้กระทรวงพาณิชย์แก้ไขประกาศกระทรวงพาณิชย์ดังกล่าวให้ชัดเจน

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทสมบุญ) เห็นว่า ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (acte de government) ของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ เทียบเคียงได้กับทฤษฎีว่าด้วย act of state ของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำมาแปลงเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยได้นำมาเขียนไว้ในมาตรา 20 (1) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งการกระทำของรัฐบาลนี้ในต่างประเทศสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปในกิจการหรือการกระทำที่สมควรอยู่ในขอบเขตและหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐบาลในฐานะที่เป็นองค์การการเมืองซึ่งขอบเขตและความหมายของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลนี้ย่อมมีความกว้างขวางแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและในแต่ละช่วงเวลา

แต่ไม่ว่าจะจำแนกการกระทำของรัฐบาลโดยอาศัยทฤษฎีใดก็ตาม การจำแนกการกระทำของรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวถึงรวมทั้งประเทศไทย อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. การกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา สำหรับประเทศไทย เช่น การที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ตามมาตรา 169 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 116 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 การตราพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุม ขยายเวลาประชุม และปิดประชุมรัฐสภา ตามมาตรา 164 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 การที่นายกรัฐมนตรีมีคำรับรองให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ตามมาตรา 169 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 การที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 313 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นต้น สำหรับประเทศฝรั่งเศส เช่น มติของคณะรัฐมนตรีในการเสนอร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งต่อรัฐสภา หรือคำสั่งของประธานาธิบดี

ฝรั่งเศสให้นำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่งไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ การเตรียมการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เช่น การออกกฎหมายกำหนดวันเลือกตั้ง นอกจากนี้ ยังมี การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย ความล่าช้าในการจัดให้มีการลงมติในร่างกฎหมาย การประกาศใช้รัฐธรรมนูญ การกล่าวอ้างว่ารัฐธรรมนูญที่มีรัฐสภาประกาศใช้นั้น มีเนื้อหาไม่ตรงกับร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา¹² สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น การเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ได้รับการรับรองโดยรัฐสภาหรือปัญหาเกี่ยวกับการเสนอของรัฐบาลว่าแบบพิจารณาของกฎหมายใดที่จะละเมิดหลักประกันของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ เป็นต้น¹³

2. การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สำหรับประเทศไทย เช่น การส่งทูตานุทูตไปประจำในต่างประเทศและการรับทูตานุทูตที่ประมุขของต่างประเทศส่งมาประจำในราชอาณาจักรไทย พระบรมราชโองการประกาศสงคราม ตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น ๆ กับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นต้น¹⁴ สำหรับประเทศฝรั่งเศส เช่น การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ การกระทำเกี่ยวกับสงคราม เป็นต้น สำหรับประเทศอังกฤษ เช่น การประกาศสงครามและการสงบศึก รวมถึงการทำสนธิสัญญา การผนวกดินแดนและการยกดินแดนให้รัฐอื่น การรับและการส่งคณะทูตานุทูตต่าง ๆ และการให้การยอมรับรัฐบาลต่างประเทศ¹⁵ เป็นต้น

ในบางทฤษฎีอาจจำแนกการกระทำของรัฐบาลออกเป็น 3 ประเภท คือ การกระทำในความสัมพันธ์ของรัฐสภา การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการประกาศสงคราม และการสงบศึกซึ่งเป็นการแยกการประกาศสงครามและสงบศึกออกจากการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538) น. 177-178.

¹³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, กฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546) น. 82.

¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 141.

¹⁵ ฤทัย หงส์ศิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 56.

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าทั้งสี่ประเทศ คือ ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศสมีการกระทำบางอย่างที่มีหลักการเดียวกันนั่นคือ "การกระทำของรัฐบาล" ซึ่งแม้จะใช้ชื่อแตกต่างกันออกไป เช่น ประเทศฝรั่งเศสเรียกว่าการกระทำของรัฐบาลหรือ acte de gouvernement ประเทศอังกฤษเรียกว่า การกระทำของรัฐ act of state และประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า ปัญหาทางการเมือง political question แต่เนื้อหาของการกระทำมีลักษณะคล้ายกันมาก และการกระทำในลักษณะนี้จะหลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบโดยศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง

1.1.2 การกระทำทางปกครอง

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในเบื้องต้นแล้วว่า เมื่อใดก็ตามที่คณะรัฐมนตรีกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกับพระราชบัญญัติ เราถือว่าคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะ "องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง" และเมื่อพิจารณาจากทฤษฎีในการแยกลักษณะของการกระทำของคณะรัฐมนตรีว่า การกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลและการกระทำใดเป็นการกระทำในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองแล้ว เราก็จะพบว่าการกระทำของรัฐในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอยู่เป็นจำนวนมากและอาจจะมากกว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกระทำของรัฐบาลก็ได้ โดยคณะรัฐมนตรีจะกระทำการด้วยวิธีการประชุมปรึกษากันและมีมติที่เรียกว่า "มติคณะรัฐมนตรี" สำหรับมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกระทำทางปกครองของคณะรัฐมนตรี แยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นกฎ
2. มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นคำสั่งทางปกครอง

1.1.2.1 มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นกฎ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 นิยามคำว่ากฎเหมือนกันว่า "กฎ" หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จากนิยามดังกล่าวข้างต้น คำนิยามที่แท้จริงของ "กฎ" คือ ข้อความที่ว่า "บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ" ส่วนข้อความที่ว่า "... พระราชกฤษฎีกา

กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ . . .” เป็นเพียงตัวอย่างของ “กฎ” เท่านั้น

ดังนั้น “กฎ” จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ¹⁶ คือ

1. บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท ที่ไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนได้

2. กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม (abstract)

หากจะแบ่งประเภทของกฎโดยพิจารณาจากนิยามของกฎในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ สามารถแบ่งกฎออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. กฎโดยรูปแบบ

กฎโดยรูปแบบหรือกฎซึ่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยกตัวอย่างไว้คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ กฎ โดยรูปแบบที่สำคัญที่คณะรัฐมนตรีออก ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง

พระราชกฤษฎีกา คือ กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี¹⁷ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 221 ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย” พระราชกฤษฎีกาอาจตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง เพื่อกำหนดกิจการในวงกว้างของรัฐบาลหรือกำหนดกิจการของรัฐสภา หรืออาจตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บท คือ พระราชบัญญัติ

¹⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, น. 66.

¹⁷ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2535) น. 56.

พระราชกฤษฎีกามี 2 ประเภท คือ¹⁸

ก. พระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระ (décret autonome) ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ที่ให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งผู้เสนอก็คือคณะรัฐมนตรี กรณีจึงเป็นอำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญที่ให้ออกกฎเกณฑ์ในเรื่องใดก็ได้เพราะมิได้สืบเนื่องมาจากกฎหมายแม่บทฉบับใด โดยที่สิทธิหน้าที่หลายประการมีการกำหนดไว้แล้วโดยรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด ดังนั้น ขอบเขตที่จะตราพระราชกฤษฎีกาได้จึงแคบลง ทางปฏิบัติที่เคยออกมาแล้วได้แก่ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเบี้ยประชุมกรรมการ พ.ศ. 2504 (ยกเลิกแล้ว) บัญญัติให้อำนาจออกพระราชกฤษฎีกาเป็นเอกเทศนี้ถูกตัดไประหว่างใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2517 ในระหว่างใช้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นทำให้เกิดความขัดข้องที่ไม่อาจออกกฎหมายลำดับรองประเภทนี้ได้ ในที่สุดต้องมีการตราพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย พ.ศ. 2518 เพื่อให้อำนาจกระทรวงการคลังออกพระราชกฤษฎีกากำหนดการจ่ายเงินประเภทต่าง ๆ ได้ดังเดิม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนั้นถูกยกเลิกไปในปี พ.ศ. 2519 โดยรัฐประหาร ทางปฏิบัติที่ผ่านมาถือว่าเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง โดยถือว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจนี้ถ้าไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมาดัดรอนโดยสามารถออกพระราชกฤษฎีกากำหนดการใด ๆ เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย อย่างเช่นมีการตราพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางของสมาชิกสภานโยบายแห่งชาติ พ.ศ. 2520 (ยกเลิกแล้ว) เป็นต้น ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระโดยไม่มีกฎหมายแม่บทกำหนด

ข. พระราชกฤษฎีกาที่เป็นลูกบท พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหลายฉบับที่ระบุให้มีการตรากฎหมายลำดับรองเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในทางปฏิบัติของการร่างกฎหมายจะเลือกใช้วิธีการนี้ในกรณีสำคัญกว่าปกติ เพื่อที่รัฐบาลจะต้องตระหนักว่าอำนาจออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้นมีใช่เป็นของรัฐบาลโดยลำพัง แต่จะต้องมีเหตุผลเหมาะสมที่สามารถจะถวายเป็นคำอธิบายต่อพระมหากษัตริย์ได้หากพระองค์จะทรงซักถามและหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยอาจจะขอให้ทบวณก่อนทรงลงพระปรมาภิไธยก็ได้ ตัวอย่างการใช้พระราชกฤษฎีกาในฐานะลูกบท ได้แก่กำหนดพื้นที่ใช้บังคับกฎหมาย (มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522) การกำหนดชื่อยกเว้นบทอนุโลมตามกฎหมาย (มาตรา 131 แห่ง

¹⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์, 2540) น. 127.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ซึ่งให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนด ข้อยกเว้นการนำกฎหมายส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการพลเรือนสามัญไปใช้กับข้าราชการพลเรือนใน พระองค์) การเปลี่ยนแปลงการให้บัญชีเงินเดือนข้าราชการ (มาตรา 25 วรรคสอง แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 ยกเลิกแล้ว) ฯลฯ นอกจากนั้นก็เป็นการ ใช้ในโอกาสประเพณีที่สำคัญ เช่น การเปิดหรือปิดการประชุมสภาผู้แทนราษฎร

โดยปกติพระราชกฤษฎีกาจะเป็นการกำหนดในเรื่องสำคัญ ๆ เกี่ยวกับขอบเขตการใช้ บังคับกฎหมาย เช่น การกำหนดสถานที่ที่จะใช้กฎหมาย กำหนดเวลา กำหนดวันเปิดทำการ หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้น หรือกำหนดกิจการหนึ่งกิจการใดโดยเฉพาะที่เห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ

สำหรับรูปแบบของพระราชกฤษฎีกานั้น จะเห็นว่า พระราชกฤษฎีกานั้นมี ความสำคัญเพราะต้องทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย จึงมีรูปแบบมาตรฐานเช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติเพียงแต่มีข้อแตกต่างในเรื่องการใช้ชื่อพระราชกฤษฎีกาจะมีการใช้ชื่อเฉพาะตาม บทที่ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกานั้น และจะต้องระบุบทบัญญัติของพระราชบัญญัติที่ให้ อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกานั้นไว้ในคำปรารภด้วย

กฎกระทรวง ได้แก่ กฎหมายซึ่งรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราช กำหนดได้ออกเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดนั้น¹⁹ อย่างไรก็ตามในขณะนี้ เฉพาะกฎกระทรวงที่เกี่ยวกับนโยบายสำคัญเท่านั้นที่จะต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรี ให้ความเห็นชอบเสียก่อนจึงจะใช้บังคับได้ซึ่งเป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่อง และการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 มาตรา 4(5)

กฎกระทรวงเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายให้ฝ่ายบริหารออกใช้บังคับเพื่อกำหนดรายละเอียดของกฎหมายแม่บท ซึ่งตามปกติจะเป็นรายละเอียดที่มีความสำคัญน้อยกว่า กรณีที่กฎหมายแม่บทมอบหมายให้ฝ่ายบริหารกำหนดโดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา กรณีที่ กฎหมายแม่บทมอบหมายให้ฝ่ายบริหารออกเป็นกฎกระทรวง เช่น กฎกระทรวง กำหนดแบบ บัตรประจำตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ และกฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมภายในอัตราชั้น สูงที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้²⁰

¹⁹ หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 57.

²⁰ อมร จันทรสมบุญ, "ประเภทของกฎหมาย" กฎหมายไทย, เล่ม กษัตริย์-ข้าราชการ, 2516, น. 20.

2. กฎโดยเนื้อหา

กฎโดยเนื้อหา คือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เช่น มติคณะรัฐมนตรี ประกาศกระทรวง ระเบียบข้อบังคับ หรือกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ รวมถึงหนังสือเวียนของส่วนราชการ เช่น หนังสือกระทรวงการคลังซึ่งแจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวทางปฏิบัติ ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

มติคณะรัฐมนตรีที่มีเนื้อหาเป็นกฎ เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่ให้หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐพิจารณาการขอเลขหมายโทรศัพท์ใหม่ของ ทศท. เป็นลำดับแรก เว้นแต่ ทศท. ไม่อาจให้บริการได้ในระยะเวลาอันสั้น โดยมีเงื่อนไขให้ ทศท. ให้ส่วนลดและยกเว้นค่าบริการสำหรับโทรศัพท์พื้นฐาน ซึ่งมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปกับหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ รวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องปฏิบัติตามหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามย่อมมีความรับผิดชอบตามที่กฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนด ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 26/2546 และมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพงานก่อสร้างและผู้ประกอบการอาชีพงานอื่นกับทางราชการที่มีผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตรา ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎและมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจต้องปฏิบัติตาม ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 101/2546

1.1.2.2 มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นคำสั่งทางปกครอง

มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นคำสั่งทางปกครอง คือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นคำสั่งที่มีข้อความบังคับเป็นการเฉพาะแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จำเป็นต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจเช่นเดียวกันกับการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองอื่น เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการแต่งตั้งบุคคลเป็นกรรมการในคณะกรรมการต่าง ๆ เช่น มติคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ ตามมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน มติคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522²¹ มติคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ

²¹ สุเจตน์ สถาพรนานนท์, "การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545).

รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของโครงการหรือกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ ร่วมกับเอกชน ตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 มติคณะรัฐมนตรีในการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ ระดับ 10 และ 11 ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และมติคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาวินิจฉัยการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษ ปลดออก หรือไล่ออก กรณีนายกรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยกับมติของ ก.พ. และ ก.พ. พิจารณาความเห็นของนายกรัฐมนตรีแล้วยืนยันตามเดิมตามมาตรา 126 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 การต่ออายุราชการของข้าราชการตามมาตรา 19 และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494

1.2 การกระทำของคณะรัฐมนตรีกับ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

1.2.1 ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กับคณะรัฐมนตรีในประเทศไทย

1.2.1.1 ความเป็นมาของการยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับคณะรัฐมนตรี

ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ใช้บังคับ ประเทศไทยได้มีกฎหมายปกครองที่กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในบางเรื่องและกำหนดการบังคับใช้ไว้กับบางหน่วยงานอยู่หลายฉบับ แต่วิธีปฏิบัติราชการดังกล่าวก็ยังไม่มีความฐานและไม่ได้ใช้บังคับกับหน่วยงานราชการโดยทั่วไป แม้จะได้มีพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชน พ.ศ. 2532 เป็นแนวทางในการควบคุมกำกับในการปฏิบัติราชการอยู่ด้วยก็ตาม แต่กฎหมายและระเบียบดังกล่าวที่กล่าวถึงข้างต้นก็ไม่ใช่กฎหมายกลางในการปฏิบัติราชการทางปกครอง จนกระทั่งได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ.²² ซึ่งเป็นชื่อเดิมของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่คณะกรรมการร่างกฎหมาย

²² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "การพัฒนากฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของไทย," วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 11 (2535): น. 569-571.

วิธีพิจารณาทางปกครอง²³ ได้ยกร่างขึ้นเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์กลางในการปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับหน่วยงานในฝ่ายปกครอง ดังนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้โดยหลักแล้วจึงไม่ใช่ว่าบังคับกับองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยประเภทอื่น เช่น องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ นอกจากนี้การแบ่งแยกงานในองค์กรฝ่ายบริหารออกจากราชการในทางปกครองเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยากและไม่มีแนวทางที่ยอมรับโดยสอดคล้องกัน พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงได้กำหนดการไม่ใช้บังคับกับการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางการเมืองไว้ด้วย แม้การดำเนินการของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจะมีงานประจำซึ่งมีลักษณะของงานทางปกครองอยู่ด้วยก็ตาม ในชั้นยกร่างของคณะกรรมการดังกล่าวได้ยกร่างมาตรา 4 (1) ไว้ว่า "พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่"

(1) รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และองค์กรอื่นในการดำเนินงานตามรัฐธรรมนูญ"

ซึ่งเป็นการบัญญัติการยกเว้นไว้ในลักษณะยกเว้นองค์กรทั้งองค์กร ส่วนอนุมาตราอื่นเป็นการยกเว้นในลักษณะการใช้อำนาจ เช่น อนุมาตรา 2 บัญญัติว่า "การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางการเมือง" เป็นต้น ต่อมาคณะกรรมการยกร่างได้เปลี่ยนแปลงชื่อร่างพระราชบัญญัติเป็น "ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ." และมาตราดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงข้อความเป็น มาตรา 4(1) "พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่ (1) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี" โดยในชั้นการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและในชั้นการพิจารณาของรัฐสภา ก็ไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความดังกล่าวแต่อย่างใด แต่ในชั้นการพิจารณาของวุฒิสภาได้มีการพูดถึงอนุมาตราดังกล่าวโดยเฉพาะในส่วนของการยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับกับคณะรัฐมนตรีอยู่บ้างเหมือนกัน โดยในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ของวุฒิสภา กรรมการบางท่านได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับเรื่องการยกเว้นมิให้นำร่างพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับกับคณะรัฐมนตรีและการพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานนโยบาย สรุปได้ว่า "หากพิจารณาจากหลักความเสมอภาคของประชาชนแล้ว การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีคำสั่งทางปกครองยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของร่างพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ มีการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้แย้ง สืบพยานหลักฐาน รับทราบข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และเหตุผลในการออกคำสั่งแล้ว เหตุใดจึงบัญญัติยกเว้นมิให้การดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีและการพิจารณาของ

²³ คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 194/2534 ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2534.

นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในทางนโยบายตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย ทั้งที่เรื่องดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อประชาชนมากกว่าคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่²⁴ แต่ก็มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในร่างมาตราดังกล่าวแต่อย่างใดและได้ใช้ข้อความดังกล่าวมาตลอดจนถึงขั้นตอนการประกาศให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 113 ตอนที่ 60 ก วันที่ 14 พฤศจิกายน 2539

จึงสรุปได้ว่า การบัญญัติมาตรา 4(1) ในส่วนของการยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับกับคณะรัฐมนตรีมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมแต่ประการใด ตั้งแต่ในขั้นของการร่างจนจบเสร็จกระบวนการตราพระราชบัญญัติ

1.2.1.2 แนวคิดในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับกับการกระทำทางปกครองของคณะรัฐมนตรี

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องเตรียมการและดำเนินการเช่นไร รวมทั้งการดำเนินการภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติราชการของตนและเพื่อให้เกิดมาตรฐานเดียวกันในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ ในขณะเดียวกันก็เป็นการวางหลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ซึ่งเป็นการยอมรับสิทธิของประชาชนในฐานะผู้ทรงสิทธิ ภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ โดยที่สถานะของประชาชนมิใช่เป็นผู้อยู่ภายใต้การปกครองที่ไร้สิทธิอย่างเช่นที่ผ่านมา ดังนั้นจึงถือได้ว่าเป็นการพัฒนากฎหมายมหาชนให้สอดคล้องกับการปกครองในระบบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐที่การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองจะต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นมาตรการสำคัญในการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นการมิให้นำพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไปบังคับใช้กับองค์กรและการกระทำต่าง ๆ

²⁴ บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. . . . และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. . . . ครั้งที่ 2 : วันพฤหัสบดีที่ 13 มิถุนายน 2539 น. 9.

เอาไว้ โดยในมาตรา 4 ได้บัญญัติยกเว้นทั้งในแง่ของรูปแบบองค์กรและลักษณะของการกระทำ ซึ่งในมาตรา 4(1) ได้ยกเว้นมิให้บังคับใช้แก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี หากพิจารณาตามตัวอักษรนี้ ทำให้เห็นได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายต้องการยกเว้นคณะรัฐมนตรีมิให้ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นการยกเว้นในแง่ขององค์กรในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรีมิใช่การยกเว้นในลักษณะของการกระทำ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความมาตรา 4(1) ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มิให้บังคับกับคณะรัฐมนตรี ซึ่งในหัวข้อต่อไปจะได้ทำการศึกษาดูถึงเจตนารมณ์ของมาตรา 4(1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(1) วิเคราะห์เจตนารมณ์ของมาตรา 4(1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติยกเว้นมิให้บังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ในแง่ของการยกเว้นองค์กรและการยกเว้นการกระทำดังนี้²⁵

อนุมาตรา 1 มิให้ใช้บังคับแก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี สาเหตุที่ไม่นำหลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการทางปกครองไปใช้กับรัฐสภานั้นย่อมมีเหตุผลที่ชัดเจนตามหลักกฎหมายปกครองที่ถือว่า "รัฐสภา" คือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการนิติบัญญัติ กรณีจึงย่อมมิใช่การดำเนินการทางปกครองที่จะอยู่ในบังคับของกฎหมายนี้ นอกจากนั้นสำหรับ "คณะรัฐมนตรี" ที่ดำเนินการในทางการเมืองก็ย่อมมีคำอธิบายได้ในทำนองเดียวกันว่ามิใช่การใช้อำนาจในทางปกครองตามความมุ่งหมายของกฎหมายนี้

การยกเว้นรัฐสภาในที่นี้ย่อมมิได้หมายความว่าถึงการยกเว้นการบังคับใช้ต่อองค์กรฝ่ายปกครองภายในองค์กรรัฐสภาทั้งหมดซึ่งอาจจะมียุทธศาสตร์เป็นการกระทำทางปกครองด้วย ดังเช่นการลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่รัฐสภาซึ่งอยู่ในขอบข่ายของการออกคำสั่งทางปกครองโดยปกติด้วย และในทำนองเดียวกันตรรกะดังกล่าวนี้ก็อาจนำมาใช้ต่อกรณีของคณะรัฐมนตรีได้ด้วย เพราะงานของคณะรัฐมนตรีส่วนหนึ่งมีสภาพเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองเท่านั้น มิใช่การตัดสินใจในทางนโยบายหรือในทางการเมืองแต่อย่างใด แต่โดยที่บทบัญญัติมาตรา 4(1) ใช้

²⁵ สุรพล นิธิไกรพนธ์, "ปัญหาว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง" รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2541): น. 18-21.

ถ้อยคำที่ระบุถึงองค์กร "คณะรัฐมนตรี" โดยเฉพาะ ดังนั้น การกำหนดวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง จึงต้องห้ามข้อยกเว้นที่จะไม่สามารถนำมาใช้บังคับต่อคณะรัฐมนตรีทั้งหมดไม่ว่าการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีนั้นจะมีลักษณะเป็นงานทางปกครองหรืองานที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายของรัฐบาล

อนุมาตรา 2 มิให้ใช้บังคับกับองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เนื่องจากองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ อาทิเช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือคณะกรรมการเลือกตั้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นเป็นองค์กรที่มีที่มา องค์ประกอบ และวิธีปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งมีฐานะเป็นเพียงพระราชบัญญัติย่อมไม่มีอำนาจลบล้างหรือเปลี่ยนแปลงผลของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้

อนุมาตรา 3 มิให้ใช้บังคับกับการพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในทางนโยบายโดยตรง เนื่องจากการดำเนินการขององค์กรทางการเมืองในเรื่องนโยบายย่อมอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบในทางการเมืองตามแนวทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพราะการกระทำเหล่านี้มีลักษณะเป็นการกระทำในทางการเมืองของรัฐบาล (*acte de gouvernement*) และไม่อาจนำเอามาตรการการควบคุมที่ใช้กับเจ้าหน้าที่ทางปกครองไปตรวจสอบการกระทำในทางการเมืองเหล่านี้ได้

อนุมาตรา 4 มิให้ใช้บังคับกับการพิจารณาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์ เนื่องจากการดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมมีลักษณะเป็นการกระทำทางศาล (*acte judiciaire*) ที่มีกระบวนการและวิธีพิจารณาของตนเองโดยเฉพาะ ดังนั้นจึงไม่อยู่ในขอบข่ายของการใช้บังคับของกฎหมาย ฉบับนี้

อนุมาตรา 5 มิให้ใช้บังคับกับการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และการสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา เหตุผลเช่นเดียวกับการดำเนินงานของศาลยุติธรรม คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดระบบวิธีพิจารณาในคดีปกครอง อันเป็นกรณีพิพาทระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ กระบวนการดังกล่าวจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยและการสั่งการที่มีมาตรฐานมากกว่า "มาตรฐานกลาง" ที่เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้อยู่แล้ว (ซึ่งปัจจุบันนับแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองก็ไม่ได้มีการใช้อนุมาตรานี้แล้ว)

อนุมาตรา 6 มิให้ใช้บังคับกับการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศ เนื่องจากการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบของงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรับผิดชอบดูแลโดยตรง และเป็นกรณีที่มีความละเอียดอ่อนที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจและรับผิดชอบในทางการเมือง จึงไม่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามกฎหมายฉบับนี้

อนุมาตรา 7 มิให้ใช้บังคับกับราชการทหาร เนื่องจากราชการทหารหรือการปฏิบัติงานยุทธการเพื่อรักษาความมั่นคงของประเท่นั้นเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องมีวิธีการปฏิบัติงานเป็นพิเศษแตกต่างไปจากการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองตามปกติ ทั้งในบางกรณีจำเป็นต้องปฏิบัติงานด้วยความรวดเร็ว เฉียบขาดตามความจำเป็นทางด้านความมั่นคง

อนุมาตรา 8 มิให้ใช้บังคับกับการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เนื่องจากมีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักสำคัญที่มุ่งจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอยู่โดยเฉพาะแล้ว

อนุมาตรา 9 มิให้ใช้บังคับกับการดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนา เนื่องจากการดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนาที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองย่อมเป็นไปตามบทกฎหมายเฉพาะสำหรับกรนั้น และโดยสภาพของการดำเนินงานก็มีลักษณะพิเศษและมีวิธีการตลอดจนจุดมุ่งหมายเฉพาะในทางศาสนา

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า มาตรา 4 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ยกเว้นการไม่ใช้บังคับพระราชบัญญัติอยู่ในสองลักษณะ คือ

1. การยกเว้นองค์กร คือ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (1) และองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2)
2. การยกเว้นการกระทำ ซึ่งเป็นการยกเว้นการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (3) - (9)

นอกจากนี้ นายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์²⁶ ยังได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับมาตรา 4(1) ไว้ว่า การยกเว้นไม่ใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้กับคณะรัฐมนตรีนั้นเนื่องจากโดยสภาพแล้ว คณะรัฐมนตรีมี 2 ฐานะ คือ ฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรทางการเมือง (executive organ) การดำเนินการในระดับการเมืองโดยตัดสินใจนโยบายและความสัมพันธ์กับรัฐสภานั้นจะไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายปกครอง แต่ในบางขณะคณะรัฐมนตรีจะปฏิบัติงานประจำในทางปกครอง

²⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น. 170-171.

เช่น การให้ความเห็นชอบการออกประกาศบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนด หรือการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่บางระดับที่กฎหมายกำหนด หรือมีมติวางหลักเกณฑ์ใด ๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ การดำเนินการเหล่านั้นเป็นการกระทำในทางปกครองและต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองด้วย แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะกำหนดวิธีปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ และกฎเกณฑ์หลายอย่างไม่เหมาะแก่การปฏิบัติงานของคณะรัฐมนตรีจึงสมควรยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับกับคณะรัฐมนตรี

จากความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์ และนายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ สรุปได้ว่า การยกเว้นคณะรัฐมนตรีทั้งองค์กรเป็นเพราะถ้อยคำของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ แต่ในการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีแล้ว นอกจากการดำเนินการในทางนโยบาย การดำเนินการทางการเมืองแล้วคณะรัฐมนตรียังดำเนินการในส่วนที่เป็นการกระทำทางปกครองอีกด้วย ซึ่งสอดคล้องกับข้อสังเกตของกรรมาธิการของวุฒิสภาที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่เห็นว่าเมื่อพิจารณาจากความเสมอภาคของประชาชนแล้วเหตุใดการดำเนินการทางปกครองของคณะรัฐมนตรีจึงได้รับยกเว้นไม่ให้อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ในขณะที่การออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 201 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วจะเห็นได้ว่า มิได้มีเฉพาะงานที่เป็นการกระทำทางการเมือง ที่เป็นการตัดสินใจทางนโยบายแต่อย่างเดียวนั้น แต่ได้มีการกระทำทางปกครองที่เป็นการดำเนินการบริการสาธารณะประจำวัน การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และการจัดการทรัพย์สินของแผ่นดินซึ่งการกระทำทางปกครองของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว บางครั้งต้องออกคำสั่งทางปกครองด้วย เช่น การบรรจุและแต่งตั้งให้ข้าราชการดำรงตำแหน่งระดับ 10 และ 11 ตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 การแต่งตั้งและการให้พ้นจากตำแหน่งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามกฎหมาย เช่น การแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 การให้ความเห็นชอบการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 การต่ออายุข้าราชการตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 เป็นต้น

ดังนั้น การกระทำของคณะรัฐมนตรีที่เป็นการให้อำนาจทางปกครองจึงสมควรอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งจะส่งผลให้หลักเกณฑ์และ

สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่มีไว้เพื่อคุ้มครองประชาชนและ เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เช่น หลักความไม่มีส่วนได้เสีย ของเจ้าหน้าที่ หลักการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการและหลักการรับฟังผู้ที่จะถูกกระทบ สิทธิ เป็นต้น นำมาบังคับใช้กับการกระทำทางปกครองของคณะรัฐมนตรี

1.2.2 คำสั่งทางปกครองของคณะรัฐมนตรีอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 หรือไม่

เมื่อพิจารณาจากการกระทำของคณะรัฐมนตรีโดยเฉพาะในส่วนที่เป็นการกระทำทาง ปกครองและขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของคณะรัฐมนตรี ในประเทศไทยแล้วประกอบกับหลักการทางกฎหมายปกครองที่ว่า การกระทำทางปกครองต้อง ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็สามารถสรุปได้ว่า คำสั่งทางปกครองของคณะรัฐมนตรีสมควรอยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่จะนำหลักเกณฑ์ใดในวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองมาใช้กับคำสั่งทางปกครองของคณะรัฐมนตรีนั้นจะต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพ ในการบังคับใช้กฎหมายในอันที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นประโยชน์ร่วมกันของคนส่วน ใหญ่ และความเป็นธรรมแก่ประชาชนกับประโยชน์ของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำ ทางปกครองของคณะรัฐมนตรีให้เกิดความสมดุล ทั้งนี้ยังต้องคำนึงกระบวนการออกคำสั่งของ คณะรัฐมนตรีซึ่งมีความแตกต่างจากกระบวนการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทาง ปกครองโดยทั่วไปอีกด้วย เมื่อพิจารณาโดยอาศัยแนวทางดังกล่าวข้างต้นจึงเห็นควรนำ หลักเกณฑ์วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับคำสั่งทางปกครองของคณะรัฐมนตรี ดังนี้

1.2.2.1 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (l' impartialité) ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญ อันหนึ่งของกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เพราะหากเจ้าหน้าที่ซึ่งก็คือคณะรัฐมนตรีมีส่วนได้ เสียในเรื่องที่ตนพิจารณาแล้วอาจทำให้การออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปโดยไม่บริสุทธิ์ ยุติธรรม

1.2.2.2 หลักการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง เพราะการแสดงผลใน การออกคำสั่งทางปกครองจะทำให้ผู้ทรงอำนาจ (autorité compétente) วินิจฉัยสั่งการด้วย ความรอบคอบ ระมัดระวังทั้งในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจ ในแง่ของผู้รับคำสั่ง ทางปกครองก็จะได้ทราบว่าการที่ตนได้รับคำสั่งไปในทางปฏิเสธหรือในทางที่เป็นภาระแก่ตนก็ตี สืบเนื่องจากเหตุผลใด นอกจากนี้ในแง่ของผู้มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการกระทำ (ศาล

ปกครอง) ก็จะสามารถตรวจสอบได้ง่ายขึ้นว่าคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เหมาะสมหรือมีเหตุมีผลหรือไม่²⁷

1.2.2.3 หลักการโต้แย้งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วย สิทธิของคู่กรณีที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงกรณีที่คำสั่งทางปกครองกระทบสิทธิประโยชน์ของตนตามมาตรา 30 และสิทธิในการขอตรวจดูเอกสารโดยเฉพาะในส่วนที่ยังไม่ได้ทำคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 31 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อให้คู่กรณีหรือผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองสามารถโต้แย้งสิทธิของตนเองได้

1.2.2.4 หลักการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ เมื่อคำสั่งทางปกครองออกไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจที่จะทบทวนคำสั่งเพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และแม้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปแล้วเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแต่หากคำสั่งทางปกครองนั้นมีปัญหาในเรื่องความเหมาะสมของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองก็อาจเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมได้ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลแต่ประการใด

1.2.2.5 หลักการขอให้พิจารณาใหม่ ซึ่งเป็นเรื่องการทบทวนคำสั่งทางปกครองอีกเรื่องหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นหลังจากล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ไปแล้ว โดยให้คู่กรณีสามารถร้องขอให้มีการทบทวนการออกคำสั่งทางปกครองเสียใหม่ภายใต้เงื่อนไขที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

²⁷ พนม เอี่ยมประยูร, "การแสดงผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง (Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539" รวมบทความทางวิชาการว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ วิญญูชน จำกัด, 2541): น. 93-94.

ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนด ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลอีกเช่นกัน