ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง

อนุรักษ์ ศุภลักษณ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2560

ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง

อนุรักษ์ ศุภลักษณ์

คณะนิติศาสตร์

ศาสตราจารย์ ..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... ประธานกรรมการ

(ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ์)

ศาสตราจารย์ ..... กรรมการ

(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

อาจารย์ ..... กรรมการ

(ดร.ฌานิทธิ์ สันตะพันธุ์)

ศาสตราจารย์ ..... คณบดี

(ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร)

กุมภาพันธ์ 2560

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์ ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง
ชื่อผู้เขียน นายอนุรักษ์ ศุภลักษณ์
ชื่อปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา 2560

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาเกี่ยวกับ “กฎ” ถึงแนวความคิดในการตราองค์กรที่มีอำนาจ สถานะ ประเภท ผลทางกฎหมาย การพิจารณาแยกความแตกต่าง และอายุความทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไข นำมาปรับใช้ และนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะในปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง โดยเป็นการศึกษาโดยวิธีวิจัยเชิงคุณภาพจากการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากหลักกฎหมาย เอกสารประเภทต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และนำข้อมูลมาดำเนินการวิเคราะห์และสังเคราะห์เพื่อนำมาเป็นหลักเกณฑ์มาตรฐานของลักษณะของ “กฎ”

จากการศึกษาพบว่าอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตรากฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการละเมิดที่เกิดจากกฎ มีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเกิดขึ้นหลายประการ ดังนี้

ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยปัญหาดังกล่าวมีที่มาจากสถานะความเป็นอิสระขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎที่มีความเกี่ยวพันกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง โดยปัญหาดังกล่าวมีที่มาจากการไม่แบ่งแยกระหว่างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีที่มาจากฐานอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป และกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่มีที่มาจากอำนาจบังคับบัญชา

ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎ โดยปัญหาดังกล่าวมีที่มาจากกรณีวันเริ่มต้นการนับระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 49 และกรณีที่ศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกินกว่า

ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเมื่อเห็นว่าการฟ้องคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากปัญหาดังกล่าว ผู้ศึกษาขอนำเสนอเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหา โดยการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมถึงอาจสร้างหลักเกณฑ์โดยการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายในกรณีดังกล่าวตามลำดับ ดังนี้

การพิจารณาอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง นอกจากพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะประกอบด้วย กล่าวคือ พิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบด้วย และควรตีความนิยามของคำว่าหน่วยงานทางปกครองตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยรวมถึงองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตรากฎเนื่องจากเป็นการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ควรตีความนิยามของกฎในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยไม่รวมถึงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เนื่องจากมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเองโดยอาศัยอำนาจทางบริหารหรืออำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชาและมีผลบังคับใช้ภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น เนื่องจากกฎจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก ทั้งนี้ คำว่ามีผลโดยตรงไปยังภายนอก หมายถึง มีผลโดยตรงไปสู่ประชาชนและหมายความรวมถึงมีผลโดยตรงไปสู่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่เป็นความสัมพันธ์พื้นฐานด้วย

ควรตีความวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีซึ่งเป็นการนับระยะเวลาเริ่มต้นในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเริ่มต้นนับแต่วันที่กฎนั้นได้ประกาศใช้บังคับไม่ว่าจะประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือประกาศด้วยวิธีอื่นตามที่กฎหมายกำหนด และควรตีความข้อยกเว้นกรณีที่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยไม่รวมเรื่องของประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความแน่นอนในเรื่องของระยะเวลา และกฎไม่ควรถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายได้ตลอดเวลา

ABSTRACT

Title of Thesis	The Problem of Lawsuit on "Rules" Against Administrative Court
Author	Mr. Anurak Supalak
Degree	Master of Laws
Year	2017

The purpose of this thesis was to examine the “rules” to the concept of appointing an organization with authoritative power, status, type, legal effect, determination on differentiation, and prescription both in Thailand and foreign countries to discover the best possible ways to amend, adapt, and lead to conclusions and suggestions on filing lawsuits regarding “rules” with the Administrative Court. The study employed qualitative research which collected data by researching and gathering from sources of law principles and various types of documents both in Thai and international languages. Later, the derived data was analyzed and synthesized to be used as standard criteria for the characteristics of “rules”.

The study revealed that the judicial power of the Administrative Court on a dispute case involving an administrative office or officer unlawfully enacting a rule or causing violation from the rule contains interesting issues as following:

Jurisdictional problem in investigating the legality of the rules enacted by the constitutionally independent entities: The problem comes from independent statuses of those constitutionally independent entities themselves.

Lawsuit problem regarding to rules of internal measures issued by administrative offices: The problem is that there is no distinction between the statutory enactment that comes from a statutory level of jurisdiction or above and the rules within an administrative body mandated through chain of command.

Prescription problem in lawsuit related to rules: The problem comes from counting of the first date of lawsuit regarding the legality of a rule, and in case the Administrative Court accepted the lawsuit for seeing that the lawsuit would benefit the public or other

necessity as prescribed in Section 49 and Section 52 of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542.

From the aforementioned problems, the researcher proposed ways to resolve the problems through legislation interpretation as well as criteria creation through amending the legislation in such cases respectively which detailed as following:

When the Administrative Court determines the legality, despite determining in accordance with as provisioned by the constitution, it should also determine the specific law as supplementary that is to say that the court should also consult the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 as supplementary and it should also interpret the meaning of administrative office as appeared in the such Act. This includes constitutionally independent entities especially in the case when a constitutionally independent entity enacts the rules since it is an exercise of an administrative power through independent entities as provisioned by the constitution.

The definition of rules in Section 3 of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 should also be interpreted. This excludes internal measures from administrative offices as they are issued using administrative power or general authoritative power through the chain of command which is only effective within a certain administrative office. The definition of rules should be interpreted due to the fact that such rules directly and externally apply whereas the phrase “directly and externally apply” indicates that the rules directly affect the public, as well as government officials who are fundamentally related.

The acknowledging date or the supposed day of acknowledgement of the lawsuit should also be interpreted which is essentially the first day of lawsuit regarding the legality of the rule. According to Section 49 of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542, the first day begins from the date that a certain rule came to effect whether published in Royal Thai Government Gazette or elsewhere as provisioned by law. In addition, exceptions should also be interpreted when the lawsuit on legality of the rule exceeds the legal period provisioned in Section 52 of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542. However, this should exclude issues regarding the benefits to the public or other necessary causes to preserver timing certainty and lawsuit on legality of the rule should not be filed at any time or all the time.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงเนื่องจากความเมตตาและความกรุณาอย่างยิ่งของศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ที่ให้ทั้งคำปรึกษา คำชี้แนะ และความช่วยเหลือในการทำวิทยานิพนธ์ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญต่อความสำเร็จของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ เป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณ ดร.ฌานิทธิ์ สันตะพันธุ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งคำแนะนำและข้อคิดเห็นของท่านอาจารย์ทั้งสองที่มีคุณค่ายิ่งสำหรับผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

ที่สำคัญอย่างยิ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา คุณพ่อมนตรี ศุภลักษณ์ และ คุณแม่อุ่นเรือน ศุภลักษณ์ ผู้ให้กำเนิดซึ่งเป็นที่รักยิ่งของผู้เขียน สำหรับความรัก ความเมตตา ความห่วงใย การอบรมสั่งสอน แรงบัลดาลใจ กำลังใจ และการสนับสนุนที่มีให้ผู้เขียนตลอดมา ตลอดจนให้โอกาสแก่ผู้เขียนในทุก ๆ ด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งโอกาสในด้านการศึกษา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ คณาจารย์ของสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทความรู้ให้ เจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ทุกท่าน รวมทั้งเพื่อน รุ่น 2 ในรั้วคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่คอยให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมา และขอกราบขอบพระคุณทุกท่านที่ไม่อาจกล่าวนามได้ทั้งหมด ณ ที่นี้

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จักเป็นประโยชน์และมีคุณค่า หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นประโยชน์และมีคุณค่าทางวิชาการประการใด ผู้เขียนขอมอบคุณความดีนี้ให้แก่บิดามารดา ครูอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้แต่งหนังสือทุกเล่มที่ใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนผู้มีพระคุณทุกท่านที่ได้ให้ความกรุณาต่อผู้เขียนเสมอมา ทั้งนี้ ด้วยความเคารพอย่างสูง แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องดังกล่าวไว้แต่เพียงผู้เดียวและกราบขออภัยไว้ ณ ที่นี้

อนุรักษ์ ศุภลักษณ์

ธันวาคม 2559

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อ (3)

ABSTRACT (5)

กิตติกรรมประกาศ (7)

สารบัญ (8)

สารบัญภาพ (13)

บทที่ 1 บทนำ 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 5

1.3 สมมติฐานของการศึกษา 5

1.4 ขอบเขตของการศึกษา 6

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา 6

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 7

บทที่ 2 แนวความคิดทั่วไปว่าด้วย “การกระทำทางปกครอง” และ “กฎ” 8

2.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วย “การกระทำทางปกครอง” 8

2.1.1 ความหมายของ “การกระทำทางปกครอง” 8

2.1.2 ประเภทของ “การกระทำทางปกครอง” 13

2.1.2.1 นิติกรรมทางปกครอง 13

2.1.2.2 ปฏิบัติการทางปกครอง 18

2.1.2.3 มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง 20

2.2 แนวความคิดทั่วไปว่าด้วย “กฎ” 32

2.2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการตรา “กฎ” 32

2.2.1.1 หลักประชาธิปไตย 32

2.2.1.2 หลักนิติรัฐ 33

2.2.1.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจกับการตรา “กฎ” 34

2.2.2 ความหมายของ “กฎ” 36
2.2.2.1 ลักษณะและสาระสำคัญของ “กฎ” 38
2.2.2.2 เหตุผลและความจำเป็นของการมี “กฎ” 41
2.2.3 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” 43
2.2.3.1 การควบคุมตรวจสอบ “กฎ” โดยองค์กรตุลาการ 43
2.2.3.2 ขอบเขตของการควบคุม “กฎ” 44
2.2.4 ความแตกต่างระหว่าง “กฎ” กับ “การกระทำทางปกครองอื่น” 46
2.2.4.1 “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” 47
2.2.4.2 “กฎ” กับ “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” 48
2.2.4.3 “กฎ” กับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” 49
2.3 เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง 51
2.3.1 คดีที่ฟ้องเป็นข้อพิพาททางปกครอง 51
2.3.2 คดีที่ฟ้องอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง 52
2.3.3 ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีที่ฟ้องนั้น 53
2.3.4 ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมาย 54
2.3.5 เป็นคำฟ้องที่มีสาระสำคัญครบถ้วน 55
2.3.6 มีการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบขั้นตอนแล้ว 56
2.3.7 เป็นคำฟ้องที่ศาลสามารถออกคำบังคับได้ 56
2.3.8 ยื่นคำฟ้องภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ 57
2.3.9 เป็นคำฟ้องที่ชำระค่าธรรมเนียมศาลโดยถูกต้อง 58
2.3.10 ไม่เป็นการฟ้องซ้อน ฟ้องซ้ำ หรือดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ 59
บทที่ 3 “กฎ” ในระบบกฎหมายต่างประเทศ 61
3.1 ประเทศอังกฤษ 61
3.1.1 กฎ 62
3.1.2 มาตรการภายใน 67
3.1.3 การฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาล 74
3.1.3.1 ระบบศาล 75
3.1.3.2 ทางเยียวยาความเสียหาย 78
3.1.3.3 เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” 80
3.1.3.4 หลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุม “กฎ” 82

3.2 ประเทศฝรั่งเศส 83
3.2.1 กฎ 84
3.2.2 มาตรการภายใน 92
3.2.3 การฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง 100
3.2.3.1 ระบบศาล 101
3.2.3.2 เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” 103
3.2.3.3 หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุม “กฎ” 106
3.3 ประเทศเยอรมัน 107
3.3.1 กฎ 107
3.3.2 มาตรการภายใน 111
3.3.3 การฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง 116
3.3.3.1 ระบบศาล 117
3.3.3.2 เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” 118
3.3.3.3 หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุม “กฎ” 123
บทที่ 4 “กฎ” ในระบบกฎหมายไทย 126
4.1 ความหมาย ลักษณะ และประเภทของ “กฎ” 126
4.1.1 ความหมายของ “กฎ” 126
4.1.2 ลักษณะของ “กฎ” 132
4.1.2.1 เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดยฝ่ายปกครอง 132
4.1.2.2 เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท ในระดับพระราชบัญญัติ 135
4.1.2.3 เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียด ให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท 135
4.1.2.4 เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมาย ให้ใช้กับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ 136
4.1.2.5 เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก 137
4.1.3 ประเภทของ “กฎ” 137
4.1.3.1 พระราชกฤษฎีกา 138
4.1.3.2 กฎกระทรวง 140
4.1.3.3 ประกาศกระทรวง 142
4.1.3.4 ข้อบัญญัติท้องถิ่น 143

4.1.3.5 ระเบียบ 144
4.1.3.6 ข้อบังคับ 145
4.1.3.7 บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ 146
4.2 ความหมาย ลักษณะ และประเภทของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” 154
4.2.1 ความหมายของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” 154
4.2.2 ลักษณะของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” 157
4.2.2.1 เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครอง 157
4.2.2.2 เป็นมาตรการที่ไม่ต้องมีกฎหมายแม่บทมอบอำนาจ 157
4.2.2.3 เป็นมาตรการที่ไม่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก 158
4.2.3 ประเภทของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” 160
4.2.3.1 มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ในการจัดโครงสร้างองค์กรภายใน 160
4.2.3.2 มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ที่วางแนวทางในการตีความกฎหมาย 161
4.2.3.3 มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ที่วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจ 161
4.2.3.4 มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่วางแนวทางปฏิบัติ กรณีที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียด 162
4.3 การควบคุมตรวจสอบ “กฎ” โดยศาลปกครอง 162
4.3.1 เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” 165
4.3.1.1 ผู้มีสิทธิฟ้องคดี 165
4.3.1.2 ขั้นตอนการฟ้องคดี 169
4.3.1.3 ระยะเวลาการฟ้องคดี 169
4.3.2 หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุม “กฎ” 174
4.3.2.1 อำนาจของผู้ตรากฎ 174
4.3.2.2 รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด 176
4.3.2.3 ความชอบด้วยกฎหมาย 177
บทที่ 5 บทวิเคราะห์ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง 182
5.1 ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ 182

5.2 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวพันกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” 190
5.3 ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” 203
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 210
6.1 บทสรุป 210
6.2 ข้อเสนอแนะ 214

บรรณานุกรม 218
ประวัติผู้เขียน 226

สารบัญภาพ

ภาพที่ **หน้า**

3.1 ระบบศาลอังกฤษ 76

3.2 ระบบศาลปกครองฝรั่งเศส 103

3.3 ระบบศาลปกครองเยอรมัน 118

บทที่ 1

บทนำ

กฎเป็นนิติกรรมทางปกครองรูปแบบหนึ่งที่ฝ่ายปกครองใช้เป็น “เครื่องมือ” เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุผลลงได้ ซึ่งการดำเนินคดีของศาลปกครองที่คู่กรณีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น มีลักษณะแตกต่างจากการดำเนินคดีของศาลปกครองที่คู่กรณีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองประเภทอื่น เนื่องจากการฟ้องเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะก่อนการฟ้องคดี และกฎบางประเภทผู้ฟ้องคดีต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรง

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีองค์กรอิสระซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอื่น ซึ่งกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญในบางกรณีศาลกลับไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ และปัจจุบันมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีปริมาณมากกว่าตัวบทกฎหมายมากในบางกรณีกลับมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎ นอกจากนี้การเริ่มต้นนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎในบางกรณีกลับไม่มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน ดังนั้น การใช้และการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายในกรณีดังกล่าวต้องตีความเพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในระบอบการปกครองแบบรัฐเสรีประชาธิปไตย มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นสามองค์กร คือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ เพื่อให้เกิดการตรวจสอบและการคานอำนาจซึ่งกันและกัน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยผ่านทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล

องค์กรบริหารสามารถกำหนดนโยบาย เป็นแนวทางในการบริหารประเทศ และสิ่งที่องค์กรบริหารใช้เป็น “เครื่องมือ” เพื่อให้นโยบายดังกล่าวบรรลุผลส่วนหนึ่ง คือ กฎหมาย โดยการบัญญัติกฎหมายเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาบังคับใช้เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือวิธีการในรูปแบบต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือจัดระเบียบในสังคม บัญญัติขึ้นเพื่อสร้างความเป็นธรรมในสังคม และเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่จะทำให้สังคมดำเนินไปอย่างมีระเบียบและสงบเรียบร้อย มีสภาพบังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องยอมรับปฏิบัติตามในทางใดทางหนึ่ง ที่สำคัญกระบวนการนิติบัญญัติจะต้องมีความโปร่งใส เป็นธรรม ตรวจสอบได้ และสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว เป็นที่ยอมรับของประชาชน

เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน มีความสลับซับซ้อนและเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในสังคมเพิ่มมากขึ้น ประกอบกับการขยายตัวของภารกิจของรัฐ รัฐจึงมีความจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว และการเข้าแก้ไขปัญหาโดยอาศัยอำนาจรัฐย่อมจะต้องมีการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น รัฐสามารถที่จะกระทำได้แต่เฉพาะอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น แต่องค์กรนิติบัญญัติก็ประสบปัญหาไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้มีประสิทธิภาพรวดเร็ว และสอดคล้องกับการบริหารราชการขององค์กรบริหารได้ องค์กรนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องมอบอำนาจในการตรากฎหมายให้แก่องค์กรบริหารที่มีฐานะเป็นฝ่ายปกครอง โดยองค์กรนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายในส่วนที่มีลักษณะเป็นสาระสำคัญ หลักการ และนโยบายเท่านั้น ส่วนในเรื่องรายละเอียดจะมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปกำหนดการบังคับใช้กฎหมายต่อไป เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความสมบูรณ์ขึ้นมา เป็นกฎหมายอีกระดับหนึ่งที่เรียกโดยรวมว่า “กฎ”

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าองค์กรนิติบัญญัติสามารถมอบอำนาจให้องค์กรบริหารที่มีฐานะเป็นฝ่ายปกครองตรากฎได้ และตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาฝ่ายปกครองก็ตรากฎขึ้นมาบังคับใช้เป็นจำนวนมาก ส่งผลให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความกระทบกระเทือนมากขึ้นตามไปด้วย ซึ่งตามหลักความชอบธรรมของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจแล้ว องค์กรนิติบัญญัติจะต้องกำหนดขอบเขตหลักการ และวัตถุประสงค์ของการตรากฎให้แก่องค์กรบริหารที่มีฐานะเป็นฝ่ายปกครอง ประกอบกับรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีองค์กรอิสระซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอื่น ขึ้นมาทำหน้าที่บริหาร ควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีลักษณะสัมพันธ์กับอำนาจอธิปไตย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน อันถือเป็นหัวใจสำคัญของการจัดโครงสร้างสถาบันทางการเมืองในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็มีการตรากฎออกมาบังคับใช้กับประชาชนเช่นเดียวกัน

กฎเป็นรูปแบบหนึ่งของนิติกรรมทางปกครอง คำอธิบายสาระสำคัญทางกฎหมายของการตรากฎจึงยึดโยงอยู่กับอำนาจการตรากฎของฝ่ายปกครองเป็นส่วนใหญ่ การจัดประเภทและ

การศึกษาความแตกต่างของกฎในรูปแบบต่าง ๆ มักจะอธิบายโดยเปรียบเทียบจากรูปแบบของกฎที่ฝ่ายปกครองตราขึ้นแต่ละประเภท เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น แต่ในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองจะต้องอาศัยฐานอำนาจทางกฎหมาย โดยเฉพาะเมื่อจะกระทำการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจเพียงแค่วางแนวทางไว้กว้าง ๆ เมื่อจะใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น หากไม่มีแนวทางในการตีความก็อาจเกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย ระบบราชการจึงใช้มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เพื่อให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามแนวทางหรือนโยบายของฝ่ายบริหารได้อย่างสอดคล้องกัน เพื่อประโยชน์ของมหาชนและเกิดประสิทธิภาพสูงสุด เช่น หนังสือเวียน แนวปฏิบัติ คำสั่ง นโยบาย ซึ่งมีปริมาณมากกว่าตัวบทกฎหมายมาก อาทิ หนังสือเวียนและแนวทางที่เกี่ยวกับการใช้ประมวลกฎหมายที่ดินมีเอกสารเป็นตู้ใหญ่ ในขณะที่ประมวลกฎหมายที่ดินและกฎกระทรวงมีเพียงเล่มเดียว ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าระบบกฎหมายจะยอมรับสถานะทางกฎหมายและผลทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองอย่างไรและเพียงใด

ศาลปกครองทำหน้าที่เป็นกลไกสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลปกครองเป็นองค์กรควบคุมฝ่ายปกครองที่เป็นองค์กรควบคุมภายนอก มีลักษณะของการควบคุมเป็นการควบคุมแบบแก้ไข การศึกษาเกี่ยวกับกฎจึงเป็นเรื่องขององค์กรที่มีอำนาจโดยกฎที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตรามีสถานะทางกฎหมายอย่างไรและถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ กฎที่ฝ่ายปกครองตราขึ้นโดยได้รับการมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัตินั้นจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของอำนาจตามที่ได้รับมาจากกฎหมายแม่บทหรือไม่ หรือมีการใช้อำนาจในการตรากฎเกินขอบเขตของอำนาจตามที่องค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจมาหรือไม่ และการเริ่มต้นนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎควรเริ่มต้นนับตั้งแต่ระยะเวลาใด ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญที่มีผลกระทบต่ออำนาจในการฟ้องคดีปกครอง โดยเกี่ยวเนื่องกับอำนาจของศาลปกครองที่ดุลพินิจในการสั่งรับหรือไม่รับคดีไว้พิจารณา เนื่องจากหากไม่ยื่นฟ้องภายในอายุความศาลปกครองจะสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยไม่ต้องวินิจฉัยในเนื้อหาของคดี โดยประโยชน์ในทางวิชาการจากการศึกษา ค้นคว้า วิจัย หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศาลปกครองและฝ่ายปกครองในการปฏิบัติหน้าที่จากแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองนั้น ย่อมถือได้ว่าจะเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้เป็นอย่างดี

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติขึ้นมาบังคับใช้เกี่ยวกับประเภท ขอบเขต ค่าบังคับ และกระบวนการสำหรับการตรากฎโดยเฉพาะ ลักษณะและสาระสำคัญทางกฎหมายของกฎจึงยังเป็นการอนุมานจากตัวบทกฎหมายที่กล่าวถึงกฎที่เป็นเพียงนิยาม ส่วนกฎแต่ละประเภทจะมีความแตกต่างกันอย่างไรนั้นยังไม่มีคำอธิบายที่ชัดเจน และเมื่อนำคำอธิบายในกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ก็ยังก่อให้เกิดความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันถือว่ากฎมีลักษณะเป็นกฎหมายแตกต่างจากคำสั่งทางปกครอง และไม่จัดอยู่ในประเภทหนึ่ง

ของนิติกรรมทางปกครอง ในขณะที่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่ากฎเป็นการกระทำทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง และจัดอยู่ในประเภทหนึ่งของนิติกรรมทางปกครอง

สำหรับในระบบกฎหมายปกครองไทย ขณะนี้มีมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อธิบายถึงลักษณะทางกฎหมายของกฎ การนำคำว่านิติกรรมทางปกครองมาใช้อธิบายถึงการกระทำทางปกครองจึงลดลงไป ปัญหาว่ากฎจัดเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ในปัจจุบันจึงอาจจะไม่ใช่ปัญหาที่สำคัญมากนัก

ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้ในหลายกรณี โดยผู้เขียนเห็นว่าจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ น่าพิจารณา และศึกษาค้นคว้าในทางวิชาการ เพื่อให้เกิดความชัดเจนทั้งในด้านของการใช้และการตีความของศาลปกครอง และในด้านของแนวความคิดทางกฎหมายของวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทย เพราะหากศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนกฎแล้ว ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวไม่ได้มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีในคดีเท่านั้น แต่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป และยิ่งไปกว่านั้นย่อมมีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองด้วย เพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้ตรากฎขึ้นมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ รายละเอียด รูปแบบ ขั้นตอน หรือเงื่อนไขที่เป็นฐานในการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น หากกฎถูกเพิกถอนการปฏิบัติงานหรือการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองอาจจะต้องหยุดชะงักลงได้

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะนำเสนอและอธิบายปัญหาทางกฎหมาย ตลอดจนเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่ได้จากการศึกษาคดีปกครองที่ฟ้องเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญมากประการหนึ่ง โดยผู้เขียนเห็นว่าสามารถแก้ไขได้ด้วยการวางแผนศึกษา ค้นคว้า และวิจัยในทางวิชาการประกอบกับการพิจารณาจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง เพื่อนำไปสู่ความชัดเจนและแนวทางการแก้ไขปัญหาในท้ายที่สุด ในประเด็นดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กฎขององค์กรเหล่านี้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย กฎดังกล่าวเป็นกฎที่ตราโดยหน่วยงานทางปกครองและมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ และควรอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลใด

ประเด็นที่สอง ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎที่มีความเกี่ยวพันกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง นิยามหรือความหมายของคำว่ากฎที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง มี

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอะไรที่เป็นลักษณะของกฎ และมีความแตกต่างกันหรือไม่อย่างไรกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

ประเด็นที่สาม ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎ หลักเกณฑ์และข้อยกเว้นในเรื่องอายุความหรือระยะเวลาในการฟ้องคดีมีการตีความหลากหลายแนวทาง การเริ่มต้นนับระยะเวลาในการฟ้องคดีควรเริ่มต้นนับตั้งแต่เมื่อใด และการอ้างข้อยกเว้นในเรื่องอายุความควรมีขอบเขตเพียงใด

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1) เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดในการตรา “กฎ” และการออก “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

2) เพื่อศึกษาเกี่ยวกับสถานะ ประเภท ผลทางกฎหมาย รวมถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

3) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองกรณีที่เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

4) เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับลักษณะของ “กฎ” ที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองว่ามีแนวคำวินิจฉัยและหลักเกณฑ์อะไรในการพิจารณา

5) เพื่อนำไปสู่บทสรุป และข้อเสนอแนะในประเด็นข้อสงสัยทางวิชาการในระบบกฎหมายไทยให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ในปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

วิทยานิพนธ์เรื่อง ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง มีสมมติฐานในการศึกษา คือ การตรา “กฎ” ขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีสาระสำคัญโดยทั่วไปเช่นเดียวกับการตรากฎของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญสมควรถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ปัจจุบันมีเป็นจำนวนมากและหลากหลายซึ่งแตกต่างกันทั้งที่มาของอำนาจในการออก เนื้อหา รูปแบบ สภาพบังคับ ตลอดจนผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ไม่ได้หมายความว่า “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” จะมีสถานะทางกฎหมายต่อประชาชนเช่นเดียวกับ “กฎ” เนื่องจาก “กฎ” จะต้องเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ฝ่าย

ปกครองตราขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไปและมีผลโดยตรงไปยังภายนอกฝ่ายปกครองเท่านั้น นอกจากนี้การเริ่มต้นนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎตามที่บัญญัติไว้ในพระราบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในบางกรณีเป็นการเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎได้อยู่เสมอโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักของความแน่นอนของกฎหมายที่กฎไม่สมควรถูกฟ้องคดีได้ตลอดเวลา ดังนั้น การศึกษาเรื่องดังกล่าวโดยละเอียดจึงเป็นการศึกษาถึงปัญหาและแนวทางแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้น เพื่อให้การใช้และการตีความกฎหมายมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาลักษณะของกฎที่สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จะศึกษาตามนัยของคำว่า “กฎ” ที่ปรากฏใน บทนิยามของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และที่ปรากฏใน บทนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศึกษาถึงแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการตรา องค์กรที่มีอำนาจ สถานะ ประเภท ผลทางกฎหมาย การพิจารณาแยกความแตกต่าง และอายุความ ทั้งประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน เพื่อเป็นพื้นฐานในการนำมาวิเคราะห์เกี่ยวกับสถานะ ประเภท และผลทางกฎหมายของ “กฎ” ที่มีต่อประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงลักษณะของ “กฎ” ที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษา ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง จะทำการศึกษาโดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) จากการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาตามหลักกฎหมาย ทฤษฎี และหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง บทความในวารสาร คำบรรยาย รายงาน ผลการวิจัย หลักฐานเอกสารของราชการ แนวคำพิพากษา วิทยานิพนธ์ และความคิดเห็นของนักวิชาการทั้งในตำราภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงศึกษาจากการวินิจฉัยตีความเกี่ยวกับกฎที่หน่วยงานต่าง ๆ ส่งเรื่องมาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นทางกฎหมาย ตลอดจนข้อมูลจากอินเตอร์เน็ต โดยรวมรวมและเรียบเรียงเพื่อดำเนินการวิเคราะห์และ

สังเคราะห์นำมาวางหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานของลักษณะของ “กฎ” ที่สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดในการตรา “กฎ” และการออก “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

2) ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะ ประเภท ผลทางกฎหมาย รวมถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

3) ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองกรณีที่เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

4) ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจถึงแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับลักษณะของ “กฎ” ที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองว่ามีแนวคำวินิจฉัยและหลักเกณฑ์อะไรในการพิจารณา

5) ทำให้สามารถสรุป และมีข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ในทางวิชาการเกี่ยวกับลักษณะและอายุความของ “กฎ” ที่สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ในระบบกฎหมายไทย

บทที่ 2

ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วย “การกระทำทางปกครอง” และ “กฎ”

การมอบอำนาจนิติบัญญัติขององค์กรนิติบัญญัติให้แก่องค์กรบริหารที่มีฐานะเป็นฝ่ายปกครองนั้น เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถที่จะใช้เป็น “เครื่องมือ” ในการดำเนินภารกิจของรัฐ ที่นับวันจะยิ่งมีแต่ขยายตัวเพิ่มมากขึ้น อันเนื่องมาจากเหตุผลและความจำเป็นในด้านต่าง ๆ ซึ่งในบทนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงลักษณะของการกระทำทางปกครอง กฎ ตลอดจนเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองดังนี้

2.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วย “การกระทำทางปกครอง”

การพิจารณาทำความเข้าใจเรื่อง ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง นั้น มีความจำเป็นจะต้องพิจารณาทำความเข้าใจถึงลักษณะของการกระทำทางปกครอง และประเภทของการกระทำทางปกครองก่อน เพื่อให้เกิดความเข้าใจในภาพรวมของการกระทำทางปกครอง เนื่องจาก “กฎ” เป็นนิติกรรมทางปกครองรูปแบบหนึ่งที่มีพื้นฐานมาจากการกระทำทางปกครอง

2.1.1 ความหมายของ “การกระทำทางปกครอง"

ในการบริหารประเทศนั้น ฝ่ายปกครองมีภารกิจที่สำคัญหลายประการ ภารกิจประการแรก คือ ภารกิจด้านการจัดระเบียบบริหารราชการ โดยการจัดตั้งหน่วยงานฝ่ายปกครองในระดับต่าง ๆ ของรัฐ การจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การกำหนดงานบริหารงานบุคคลภายใต้หลักการรวมอำนาจ การแบ่งอำนาจ และการกระจายอำนาจทางปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ภายในองค์กร

ภารกิจประการที่สอง คือ ภารกิจด้านการกำหนดวัตถุประสงค์การดำเนินงานและวิธีปฏิบัติราชการ โดยการกำหนดรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการดำเนินงาน ในการจัดทำบริการสาธารณะ

ภารกิจประการสุดท้าย คือ ภารกิจด้านการควบคุมตรวจสอบ โดยการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองด้วยกันเอง

ภารกิจทุกประการดังกล่าว ล้วนมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน อันเป็นลักษณะสำคัญที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ทางปกครองเหนือเอกชน และในการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมี

“เครื่องมือ” ที่ใช้เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุผลลงได้ ซึ่งเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินภารกิจนั้น ปรากฏเป็นรูปแบบและประเภทของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการกระทำทางปกครอง คือ การที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะโดยการใช้อำนาจมหาชน[1]

การกระทำทางปกครองมีความหมายกว้างมากรวมถึงการกระทำทุกอย่าง เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การขนส่ง การจัดการสิ่งกีดขวางการจราจร การสร้างหรือรื้อถอนอาคาร การยิงปืนของเจ้าพนักงานตำรวจ การให้ความเห็น การดูแลอาคาร การสร้างสถานที่ของทางราชการ เป็นต้น[2] การกระทำทางปกครองนั้นในทางกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ในลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ (Real Act) และ ในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) การกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการเป็นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถยกรถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด การรื้อถอนอาคารสิ่งปลูกสร้างที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำผิดกฎหมาย เป็นต้น ส่วนการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรม เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง[3] ซึ่งการกระทำทางปกครองมีหลักและข้อยกเว้น ดังนี้

1) หลักการกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

การกระทำทางปกครองมีสาระสำคัญแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ การกระทำทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำของรัฐ และการกระทำของรัฐจะต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

1.1) เป็นการกระทำของรัฐ

“รัฐ” เป็นสถาบันที่เกิดขึ้นจากการจัดระเบียบ และการสร้างแบบแผนทางการเมืองการปกครอง โดยรัฐเป็นองค์กรที่รวมศูนย์โครงสร้างและการทำหน้าที่ไว้เพื่อที่จะปฏิบัติการได้

---

[1] Jean Rivero and Jean Waline, **Drot administrative**, 16th ed. (Paris: Dalloz, 1996), p. 12 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2551), หน้า 165.

[2] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “องค์ประกอบของ “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 17, 3 (กันยายน 2530): 35.

[3] สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 17, 3 (กันยายน 2530): 59-60.

อย่างทั่วด้าน ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศรัฐมีอิสระในการดำเนินกิจการต่าง ๆ กับรัฐอื่น ในด้านกฎหมายรัฐมีสภาพเป็นนิติบุคคล (Personalité Juridique) มีความสามารถตามกฎหมาย เจตจำนงของรัฐมีฐานะเหนือกว่าเจตจำนงของสมาชิกแต่ละคน รัฐจึงมีอำนาจที่จะบังคับการให้เป็นไปตามเจตจำนงของตนได้เรียกว่าอำนาจมหาชนหรืออำนาจรัฐ (Puissance Publique)[4]

รัฐใช้อำนาจผ่านทางรัฐบาล ซึ่งเป็นการจัดองค์กรภายในให้เป็นผู้แทนการใช้อำนาจแห่งรัฐ รัฐบาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการปกครอง กล่าวคือ มีอำนาจในการบริหารจัดการเหนือพื้นที่หรือเหนือกลุ่มบุคคล การมีมติหรือการตัดสินใจในทางการเมืองการปกครองถือว่าเป็นการกระทำของรัฐและมีผลผูกพันรัฐตลอดเวลา แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงตัวคณะผู้ปกครองรัฐไปก็ตาม ทั้งนี้ เป็นไปตาม “หลักความสืบเนื่องของรัฐ” ซึ่งไม่ว่ารัฐบาลชุดใดจะเข้ามาบริหารประเทศจะต้องมีพันธกรณีต่อ “การกระทำทางรัฐบาล” ที่รัฐบาลชุดก่อนได้กระทำไว้ในนามของรัฐ[5]

การกระทำของรัฐแสดงออกโดยผ่านทางบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นผู้แทนของตนที่เรียกว่าองค์กรของรัฐ การแสดงเจตนาหรือการกระทำของบุคคลธรรมดาที่เป็นองค์กรของรัฐมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่ไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลธรรมดาที่ได้แสดงเจตนาหรือกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด ดังนั้น การกระทำของบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ฐานะ คือ ในฐานะส่วนตัวและในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ เฉพาะการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ ส่วนการกระทำในฐานะส่วนตัวจะต้องถือว่าเป็นการกระทำของเอกชน[6]

1.2) เป็นการกระทำของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

การกระทำของรัฐที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำโดยองค์กรบริหาร ซึ่งองค์กรบริหารนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายปกครอง

ฝ่ายรัฐบาลหรือรัฐบาล ได้แก่ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่ในทางนโยบายหรือในเรื่องการดำรงอยู่ของรัฐเป็นส่วนรวม ซึ่งเป็นกิจกรรมในทางการเมือง โดยปกติแล้วเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การประกาศสงคราม การประกาศใช้กฎอัยการศึก เป็นต้น

---

[4]สมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 167.

[5]J. P. Jacqué, **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, 3rd ed. (Paris: Dalloz, 1998), p. 8 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู และคนอื่น ๆ, *เรื่องเดิม*, หน้า 21.

[6]สมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, *เรื่องเดิม*, หน้า 60-61.

ฝ่ายปกครอง ได้แก่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลายที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมของฝ่ายรัฐบาล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงหมายความรวมถึงข้าราชการในราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นด้วย สำหรับการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น โดยปกติแล้วเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎ

การพิจารณาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่ควรพิจารณาในแง่ขององค์กรเท่านั้น จะต้องพิจารณาในแง่ของลักษณะเนื้อหาของการกระทำด้วย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหมายความรวมถึงเจ้าหน้าที่ที่จัดทำกิจการของรัฐไม่ว่าจะเป็นราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ และอาจรวมถึงเอกชนหรือนิติบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือสาธารณะกิจบางประเภทของรัฐด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐ รัฐมีความจำเป็นจะต้องขยายบทบาทและเข้าแทรกแซงในกิจการต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการด้านเศรษฐกิจและสังคม มีการจัดรูปแบบการบริการสาธารณะที่จากเดิมในรูปแบบราชการเป็นรัฐวิสาหกิจหรือเป็นหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่น โดยอาศัยเงินทุนของรัฐ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ และมีลักษณะเป็นกิจการของรัฐ ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐวิสาหกิจกับรัฐหรือกับเอกชนจึงอยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายมหาชน อย่างไรก็ตาม รัฐวิสาหกิจมีฐานะตามกฎหมายเป็นนิติบุคคลแยกจากราชการ และดำเนินกิจการในเชิงพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมเช่นเดียวกับกิจการของเอกชน นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐวิสาหกิจกับเอกชนหรือผู้ใช้บริการจึงอยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายแพ่ง นอกจากนี้ในบางกรณีแม้กฎหมายจะให้อำนาจพิเศษไว้ รัฐวิสาหกิจหรือฝ่ายปกครองอาจเลือกดำเนินการโดยใช้หลักเกณฑ์วิธีการตามกฎหมายเอกชนก็ได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำของเอกชน เมื่อขอบเขตและปริมาณของบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำขยายตัวเพิ่มมากขึ้น ทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำกิจการทั้งหมดได้ด้วยตัวเอง รัฐจึงมอบอำนาจมหาชนหรือร่วมจัดทำบริการสาธารณะในกิจการบางอย่างให้เอกชนดำเนินการในรูปของสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น กิจการไฟฟ้า การเดินรถประจำทาง โดยผู้รับสัมปทานหรือเอกชนผู้เข้าร่วมงานหรือร่วมดำเนินการยังคงมีฐานะเป็นเอกชน นอกจากนี้การจัดทำกิจการของรัฐหรือการดำเนินบริการสาธารณะบางอย่าง รัฐยังได้มอบให้เอกชนหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเป็นผู้จัดทำ เช่น การควบคุมการประกอบวิชาชีพ ซึ่งบรรดาผู้ประกอบวิชาชีพนั้นรวมตัวกันจัดตั้งองค์กรระดับชาติขึ้นในรูปของนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน เช่น สภาทนายความ แพทยสภา เป็นต้น กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรที่เป็นหลักการทั่วไปที่การกระทำทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเท่านั้นไม่ใช่เอกชน อันเป็นหลักการสำคัญในการแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำทางปกครองกับการกระทำอื่น

อย่างไรก็ตาม การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองโดยใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจในทางปกครอง ไม่รวมถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจในทางอื่น เช่น ในทางนิติบัญญัติของรัฐสภา ในทางตุลาการของศาลยุติธรรม หรือในทางบริหารของคณะรัฐมนตรี เป็นต้น แต่การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจในทางปกครองตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐองค์กรตุลาการ องค์กรของรัฐองค์กรบริหาร องค์กรของรัฐองค์กรอิสระ หรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนก็ได้

2) ข้อยกเว้น การกระทำทางปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ องค์กรบริหาร องค์กรอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรเอกชน

2.1) เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรนิติบัญญัติ

การกระทำทางปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรนิติบัญญัติ เช่น การที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาให้ความเห็นชอบบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือการที่ประธานวุฒิสภาออกคำสั่งแต่งตั้งเลขาธิการวุฒิสภา ซึ่งเป็นกิจการที่เป็นส่วนงานธุรการหรือการบริหารงานบุคคลขององค์กรนิติบัญญัติที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง เนื่องจากไม่ใช่เป็นกิจการที่เกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยตรงขององค์กรนิติบัญญัติ

2.2) เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรตุลาการ

การกระทำทางปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรตุลาการ เช่น ประธานศาลฎีกาย่อมมีหน้าที่วางระเบียบราชการเกี่ยวกับตุลาการของศาล รวมทั้งมีอำนาจแนะนำหรือตักเตือนผู้พิพากษาในการปฏิบัติตามระเบียบ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าการจัดระเบียบโครงสร้างศาลยุติธรรมและการบริหารงานบุคคลเป็นการกระทำในทางปกครอง

2.3) เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรบริหาร

การกระทำทางปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรบริหารที่เป็นการกระทำของรัฐบาล เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่เขตปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม มติของคณะรัฐมนตรีที่ให้ต่อเวลาราชการให้ข้าราชการซึ่งมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์แล้วให้รับราชการต่อไปอีกคราวละหนึ่งปีจนถึงอายุครบหกสิบห้าปีบริบูรณ์

2.4) เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ

การกระทำทางปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอนุมัติการออก

ระเบียบการบริหารงานภายใน ให้ความเห็นชอบบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเลขาธิการฯ หรือการที่หน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญออกคำสั่งแต่งตั้งหรือลงโทษทางวินัยข้าราชการ

2.5) เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรเอกชน

การกระทำทางปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรเอกชน เช่น แพทยสภาอาศัยอำนาจตามกฎหมายมีคำสั่งออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพให้แก่แพทย์ หรือสภาทนายความอาศัยอำนาจตามกฎหมายมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของทนายความที่ได้กระทำผิดมรรยาททนายความ

2.1.2 ประเภทของ “การกระทำทางปกครอง”

การกระทำทางปกครองผู้เขียนเห็นว่าในทางกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำทางปกครองลักษณะที่เป็นการกระทำทางข้อเท็จจริง ได้แก่ “ปฏิบัติการทางปกครอง” และการกระทำทางปกครองลักษณะที่เป็นการกระทำทางกฎหมาย

การกระทำทางปกครองลักษณะที่เป็นการกระทำทางกฎหมาย สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง ได้แก่ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” และลักษณะที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ “นิติกรรมทางปกครอง”

นิติกรรมทางปกครอง สามารถแบ่งออกได้อีกเป็น 2 ลักษณะ คือ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ได้แก่ “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” และนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย ได้แก่ “สัญญาทางปกครอง”

2.1.2.1 นิติกรรมทางปกครอง

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสคำว่า “Acte Administratif” นักนิติศาสตร์ไทยบางท่านแปลคำดังกล่าวว่า “การกระทำในทางปกครอง” แต่ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทร์สมบูรณ์ มีความเห็นว่าการแปลเป็นภาษาไทยเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความไขว้เขวเกี่ยวกับกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองในวงการศึกษากฎหมายของไทย โดยท่านเห็นว่าควรแปลคำดังกล่าวว่า “นิติกรรมทางปกครอง”[7]

ศาสตราจารย์ ไอเซ็นมาน อธิบายคำว่า “Actes Administratifs” นั้นที่จริงเป็นคำที่ย่อมาจากคำเต็มว่า “Actes Juridiques Administratifs” หรือ “Actes Juridiques du Droit Administratifs” (นิติกรรมตามกฎหมายปกครอง) ซึ่งการแปลคำว่า “Actes Administratifs” ว่า

[7]ชาญชัย แสวงศักดิ์, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง**, เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2539), หน้า 109-110.

“นิติกรรมทางปกครอง” เป็นการแปลที่สื่อความหมายของคำดังกล่าวได้มากกว่าการแปลว่า “การกระทำในทางปกครอง”[8]

ทฤษฎีเรื่องนิติกรรมทางปกครองได้นำไปใช้ในประเทศต่าง ๆ หลายประเทศ โดยใช้คำที่มีความหมายคล้าย ๆ กัน เช่น “Administrative Act” ในภาษอังกฤษ “Acte Administratif” ในภาษาฝรั่งเศส “Acto Administrativo” ในภาษาสเปน “Atto Amministrativo” ในภาษาอิตาเลียน หรือ “Verwaltungsakt” ในภาษาเยอรมัน แต่ความหมายและขอบเขตอาจแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส เบลเยียม อิตาลี และโปรตุเกสคำว่านิติกรรมทางปกครองมีความหมายกว้าง โดยครอบคลุมถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายและนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปด้วย ในขณะที่กฎหมายในประเทศลักเซมเบิร์กหรือประเทศเยอรมันคำว่านิติกรรมทางปกครองจะมีความหมายที่แคบกว่า โดยหมายถึงเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายเท่านั้น สำหรับกฎหมายในประเทศไทยคำว่านิติกรรมทางปกครอง หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะราย และนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

หลักเรื่องนิติกรรมทางปกครองมีความสำคัญ เนื่องจากเป็นหลักประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชน และเป็นตัวกำหนดหลักเกณฑ์หรือกฎหมายสาระบัญญัติที่จะใช้บังคับกับการใช้อำนาจสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครอง นอกจากนี้ในประเทศที่มีการจัดตั้งศาลพิเศษแยกออกจากศาลยุติธรรม เช่น ประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศเยอรมัน นิติกรรมทางปกครองยังเป็นตัวกำหนดกฎหมายสารบัญญัติที่จะใช้บังคับ รวมถึงศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี และวิธีพิจารณาคดีที่ใช้ในศาลดังกล่าว[9] ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายปกครองจึงได้วางหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีของนิติกรรมทางปกครอง เพื่อควบคุมหรือจำกัดการใช้อำนาจสั่งการฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เพื่อไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ และเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน โดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ

คำว่า “นิติกรรมของฝ่ายปกครอง” (Actes Juridiques de L’Administration) หมายถึง นิติกรรมทั้งหมดของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจจะเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนก็ได้ เพราะในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้วิธีการทางกฎหมายมหาชนโดยอาศัยเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนหรืออาจเลือกใช้วิธีการทางกฎหมายเอกชน

---

[8] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 112.

[9] ฤทัย หงส์สิริ, “นิติกรรมทางปกครอง: ความหมายและขอบเขต,” **ดุลพาห** 43, 2 (เมษายน-มิถุนายน 2539): 105.

ดังนั้น “นิติกรรมของฝ่ายปกครอง” จึงไม่เป็น “นิติกรรมทางปกครองเสมอไป” แต่ในทางตรงกันข้าม “นิติกรรมทางปกครอง” จะต้องเป็น “นิติกรรมของฝ่ายปกครอง” เสมอ

นิติกรรมทางปกครองเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล และเจตนาที่แสดงออกมานั้นมุ่งที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น และผลทางกฎหมายที่จะก่อให้เกิดขึ้น คือ การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจใช้สิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือสถานภาพทางกฎหมายของอีกฝ่ายหนึ่ง

ในทางปฏิบัติมีการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบางประเภทที่ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิ หน้าที่ หรือสถานภาพทางกฎหมายใดแก่ประชาชน เนื่องจากยังไม่ได้ดำเนินการครบขั้นตอนที่จะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น การเตรียมการ การพิจารณา การแจ้งคำสั่ง การให้ความเห็นหรือคำแนะนำ นอกจากนี้ยังมีการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครองแต่ไม่มีผลทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอก คือ มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ เช่น หนังสือเวียน ระเบียบ คำสั่งภายใน แนวทางการใช้ดุลพินิจ แนวทางปฏิบัติราชการ หรือในรูปของมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งโดยหลักแล้วย่อมไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง

การพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง และการใช้อำนาจของรัฐในทางอื่นนั้น มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ[10]

ประเภทที่หนึ่ง หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร (Critère Organique) โดยพิจารณาว่าบุคคลที่ทำนิติกรรมเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและสังกัดองค์กรที่เป็นหน่วยงานขององค์กรบริหารหรือไม่ เว้นแต่เป็นเรื่องที่มอบหมายให้เอกชนใช้อำนาจรัฐในการจัดทำกิจการของรัฐบาลบางอย่าง เช่น การควบคุมการประกอบวิชาชีพ เป็นต้น

ประเภทที่สอง หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา (Critère Matériel) โดยพิจารณาจากเนื้อหาของกิจการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำว่าเป็นกิจการทางปกครองหรือไม่ ซึ่งกิจการดังกล่าวอาจจะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยทางปกครองก็ได้ และเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจสั่งการหรือทำนิติกรรมทางปกครองในการปฏิบัติกิจการดังกล่าวหรือไม่

---

[10] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 128-131.

ประเภทที่สาม หลักเกณฑ์ทางด้านรูปแบบ (Critère Formel) อันได้แก่กฎหมายที่ใช้บังคับ หรืออำนาจหน้าที่พิเศษ โดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติกรรมดังกล่าวเป็นกฎหมายปกครองหรือไม่ การใช้อำนาจสั่งการหรือทำนิติกรรมทางปกครองเป็นการใช้อำนาจรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่สั่งการมีอำนาจหรือหน้าที่พิเศษแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายเอกชนหรือไม่ เช่น การใช้อำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

นิติกรรมทางกครองอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ถ้ามองจากรูปแบบการก่อรูปของนิติกรรมขึ้นมา คือ “นิติกรรมฝ่ายเดียว” และ “นิติกรรมสองฝ่าย” ในการดำเนินกิจการทางปกครอง นิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้อย่างกว้างขวาง เป็นกระบวนการปกติที่ใช้โดยบุคคลในทางปกครอง ส่วนนิติกรรมสองฝ่าย คือ สัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางกฎหมายเอกชนก็ได้ ซึ่งฝ่ายปกครองใช้ในความสัมพันธ์กับบุคคลต่าง ๆ เช่น ผู้จัดหาอุปกรณ์ บุคลากรของฝ่ายปกครอง ผู้ร่วมดำเนินงาน หรือผู้ใช้บริการสาธารณะ เป็นต้น

1) นิติกรรมฝ่ายเดียว

นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เป็นนิติกรรมซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนากำหนดหน้าที่ให้ประชาชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่ประชาชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม ซึ่งต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายเอกชนที่เอกชนไม่สามารถกำหนดหน้าที่ให้บุคคลอื่นได้โดยที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม ทั้งนี้ เพราะในทางกฎหมายเอกชน ประชาชนมีฐานะที่เท่าเทียมกัน แต่ในทางกฎหมายมหาชนนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้แทนของรัฐย่อมมีฐานะเหนือกว่า เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม ด้วยเหตุนี้นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางปกครองส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะเป็นการสั่งการ หรือคำสั่งให้ประชาชนกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลนั่นเอง[11]

ในทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองนั้น นิติกรรมฝ่ายเดียวปรากฏใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะทั่วไปที่เป็นนามธรรม (Abstract) และลักษณะที่เป็นรูปธรรม (Concrete) ลักษณะทั่วไปที่เป็นนามธรรมจะอยู่ในรูปของข้อกำหนดความประพฤติของบุคคลทั่วไปไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคล และในขณะเดียวกันข้อกำหนดนั้นมีลักษณะเป็นนามธรรมด้วย กล่าวคือ มิได้กำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้กับตัวบุคคลเฉพาะเจาะจง จากลักษณะดังกล่าวจึงเห็นได้ว่านิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปหรือที่เรียกว่าคำสั่งทั่วไปมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมาย ซึ่งที่จริงก็คือกฎที่องค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตราขึ้นนั่นเอง ส่วนลักษณะที่เป็นรูปธรรมจะอยู่ใน

---

[11]สมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, *เรื่องเดิม*, หน้า 62-63.

รูปของข้อกำหนดสำหรับบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจง สามารถทราบได้ว่าเป็นใคร และเป็นข้อกำหนดที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่เป็นรูปธรรม ซึ่งที่จริงก็คือคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

(1) คำสั่งทางปกครอง เป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย โดยเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง มีลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลเฉพาะกรณีมุ่งหมายใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะราย

(2) กฎ เป็นบรรทัดฐานในทางกฎหมายที่มีลักษณะที่เป็นนามธรรมและใช้บังคับเป็นการทั่วไป ได้รับการบัญญัติขึ้นโดยองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจในทางปกครอง หรือนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนที่มีอำนาจปกครองตนเอง ซึ่งไม่รวมถึงการตราพระราชกำหนด

2) นิติกรรมสองฝ่าย

นิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 เกณฑ์ คือ

(1) เกณฑ์ในทางรูปแบบหรือเกณฑ์ด้านบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญานั้นจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

(2) เกณฑ์ในทางเนื้อหาหรือเกณฑ์ด้านวัตถุของสัญญา เป็นการพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงคู่สัญญาว่าเป็นใคร สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองวัตถุแห่งสัญญานั้นจะต้องเชื่อมโยงกับกฎหมายปกครอง เป็นนิติสัมพันธ์ทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ลักษณะเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องทางปกครอง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่านิติกรรมทางปกครองนั้น อาจมีความหมายได้หลายนัยสรุปได้ ดังนี้

1) ความหมายอย่างกว้าง หมายถึง การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมทั้งหมด หมายรวมถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมสองฝ่ายด้วย โดยนัยนี้นิติกรรมทางปกครองจึงหมายถึง กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง

2) ความหมายอย่างกลาง หมายถึง การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ไม่รวมถึงนิติกรรมสองฝ่าย โดยนัยนี้นิติกรรมทางปกครองจึงหมายถึง กฎ และคำสั่งทางปกครอง

3) ความหมายอย่างแคบ หมายถึง การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้น ไม่รวมถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปและนิติกรรมสองฝ่าย โดยนัยนี้นิติกรรมทางปกครองจึงหมายถึง คำสั่งทางปกครองเท่านั้น

2.1.2.2 ปฏิบัติการทางปกครอง

วิธีการทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการกระทำเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของหน้าที่ในทางปกครองต่าง ๆ ก็เป็นเช่นเดียวกับกับวิธีการในกิจกรรมอื่น ๆ ของมนุษย์ คือ ประกอบไปด้วย การสั่งการ การตัดสินใจ และการปฏิบัติการ ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถใช้การปฏิบัติการได้หลากหลายวิธีและหลากหลายรูปแบบ และการปฏิบัติการนี้ผูกพันกับการสั่งการตามกฎหมายหรือคำสั่งรูปใดรูปหนึ่ง เช่น การให้คำปรึกษาก่อนที่จะมีคำสั่งในภายหลัง หรือการปฏิบัติการภายหลังการออกคำสั่งหรือการกระทำทางวัตถุใด ๆ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายของกิจการ[12]

สำหรับการกระทำในทางปฏิบัติ การกระทำประเภทนี้นักนิติศาสตร์ไทยได้เรียกแตกต่างกัน บางท่านเรียกว่า “การกระทำในทางปฏิบัติการ” บางท่านเรียกว่า “การกระทำซึ่งเป็นรูปธรรม” บางท่านเรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” หรือบางท่านยังคงใช้ภาษาฝรั่งเศส “Act Matériel” เป็นต้น ทางความหมายแม้จะมิได้มีการให้ความหมายไว้อย่างชัดเจนก็คงมุ่งหมายเป็นอย่างเดียวกันว่าประสงค์ที่จะแยกการกระทำประเภทนี้ออกจากการกระทำในทางกฎหมายหรือ “นิติกรรม” โดยพิจารณาว่าการกระทำในทางปฏิบัติมิได้มุ่งโดยตรงให้เกิดการเลี่ยนแปลงในสถานการณ์ทางกฎหมายแต่อย่างใด[13]

ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้อธิบายการกระทำทางกายภาพพอสรุปได้ว่า การกระทำทางกายภาพ (Physical Act) มิใช่การกระทำมุ่งต่อผลที่ก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย กล่าวคือ มิใช่นิติกรรม แต่เป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากเหตุของข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ[14]

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ ชาวฝรั่งเศส ได้ให้คำอธิบายความหมายของคำว่า “Actes Matérial” ไว้โดยอ้อมในเชิงยกตัวอย่างว่า “Actes Matérial” ได้แก่ การดำเนินการต่าง ๆ และกระบวนการหรือขั้นตอนในการปฏิบัติงาน เช่น การสอบสวนข้อมูลหรือข้อเท็จจริง การประเมินราคา การให้ของหรือการให้บริการ[15]

---

[12]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส,” **วารสารกฎหมายปกครอง** 4, 2 (สิงหาคม 2528): 273.

[13]บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, **หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 51.

[14]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง** (กรุงเทพฯ: จิรรัชการพิมพ์, 2540), หน้า 99.

[15]ชาญชัย แสวงศักดิ์, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง**, *เรื่องเดิม*, หน้า 111.

ปฏิบัติการทางปกครองมีลักษณะเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิ เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงหรือเป็นการปฏิบัติการ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย มีวัตถุประสงค์เพื่อผลสำเร็จของภารกิจทางปกครอง แม้ในทางปฏิบัติการกระทำทั่วไปของปฏิบัติการทางปกครองจะมีบทบาทสำคัญมาก แต่ในทางกฎหมายแล้วถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา ไม่มีบทบาทในทางกฎหมายปกครองเท่าใดนัก[16] หรือมีความสำคัญเป็นลำดับรอง[17] ปฏิบัติการทางปกครองอาจมีผลในทางแพ่งลักษณะนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้

ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองที่มิได้มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายดังเช่นนิติกรรมทางปกครอง หรือการกระทำที่มีผลทางกฎหมายประการอื่น ตัวอย่างของการปฏิบัติการปกครอง เช่น การอธิบายหรือสื่อความหมาย การเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร การเตือน การรายงาน การให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ การปฏิบัติการตามหน้าที่ของฝ่ายปกครองตามปกติ การชำระเงิน การเดินทางโดยรถยนต์ของทางราชการ การทำความสะอาดถนน การก่อสร้างอาคารของฝ่ายปกครอง[18]

ปฏิบัติการทางปกครองอาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณา เพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งก็ได้ เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนข้าราชการแจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงผู้นั้นทราบและให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นแก้ข้อกล่าวหา การที่คณะกรรมการดังกล่าวเรียกพยานมาให้การ เรียกให้บุคคลส่งพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครอง ที่ได้มีการออกมาบังคับใช้ก่อนหน้านั้นแล้วก็ได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานของรัฐเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เมื่อเจ้าพนักงานของรัฐได้สั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารนั้นรื้อถอนแล้ว แต่ผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม การที่เจ้าพนักงานจราจรยกรถที่จอดข้างถนนบริเวณที่มีเครื่องหมายห้ามจอดออกไปจากบริเวณดังกล่าว

---

[16] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **องค์ประกอบของ “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน**, *เรื่องเดิม*, หน้า 35.

[17] พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, *เรื่องเดิม*, หน้า 273.

[18] Mahendra P. Singh, **German Administrative Law In Common Law Rerspective** (Heidelberg: Springer-Verlag, 1985), p. 57 อ้างถึงใน ไพรัช โตสวัสดิ์, **การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครอง** (สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 31.

ปฏิบัติการทางปกครองอาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐกับบุคคลอื่นได้เหมือนกัน เช่น ปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้บุคคลใดเขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่รางกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ย่อมเป็นการทำละเมิด ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐต้องรับผิดชอบ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย และขณะเดียวกันผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน จะสังเกตได้ว่าสิทธิของผู้เสียหายในการที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ดี หรือหน้าที่ของฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐที่ต้องชำระค่าสินไหมทดแทนนั้นก็ดี มิได้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐ แต่เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมายโดยตรง

การปฏิบัติการทางปกครองจะต้องยึดหลักความชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องกระทำให้ถูกต้องและไม่ขัดต่อกฎหมาย มิเช่นนั้นอาจเกิดความรับผิดในทางละเมิดทางปกครองได้ หลักการกระทำโดยมีเหตุอันสมควร (Reasonableness or Proportionality) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปนั้น มีความสำคัญอย่างมากกับการปฏิบัติการทางปกครอง ผลของการปฏิบัติการทางปกครองที่มิชอบด้วยกฎหมายมิได้นำไปสู่การฟ้องเพิกถอนการกระทำ แต่จะเป็นการฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระงับการกระทำ และให้ผู้เสียหายคืนสู่ฐานะเดิมโดยได้รับชดใช้ความเสียหาย[19] ดังนั้น การเยียวยาเมื่อการปฏิบัติการทางปกครองมิชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นเรื่องของความรับผิด เพราะเมื่อการปฏิบัติการทางปกครองก่อให้เกิดความเสียหายฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบ (Responsabilité)

2.1.2.3 มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

ภายในหน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่เป็นความสัมพันธ์ตามลำดับชั้น (Hiérarchie) เจ้าหน้าที่ระดับสูงมีอำนาจบังคับบัญชาและรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในระดับต่ำกว่าที่อยู่ในบังคับบัญชาของตน คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำ ห้ามมิให้กระทำ หรืออนุญาตให้กระทำการนั้น อาจเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือเป็น “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” (Mesure d’Ordre Intérieur) ก็ได้ ในกรณีที่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่มีต่อหน่วยงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการของรัฐ จึงมิใช่นิติกรรมทางปกครอง หากแต่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองด้วยเหตุผลดังกล่าวมาแล้วข้างต้น[20]

---

[19] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 31

[20] J. M. Auby, (Sous la Direction), **Droit Public**, Tome I (Paris: Economica, 1985), p. 339 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,”

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีขึ้นเพื่อจัดระบบการทำงานภายในฝ่ายปกครอง และมีผลใช้บังคับเฉพาะกับฝ่ายปกครองเท่านั้น มีจุดประสงค์หลักในการจัดระเบียบ (Organisation) และการดำเนินงาน (Fonctionnement) ของบริการ โดยทั่วไปไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย อย่างไรก็ดี มาตรการเหล่านี้มีความแตกต่างกัน บางประเภทมีลักษณะทั่วไป (Impersonnel) โดยเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานภายในของบริการ เช่น หนังสือเวียน เป็นต้น บางประเภทมีลักษณะเฉพาะบุคคล (Individuel) เช่น กำหนดแนวปฏิบัติต่อเจ้าหน้าที่บุคคลหนึ่งบุคคลใด (Instructions Données à un Agent) หรือมาตรการกึ่งวินัยที่มีต่อเจ้าหน้าที่ เป็นต้น นักทฤษฎีกฎหมายบางท่านต้องการนิยามมาตรการเหล่านี้ โดย Hauriou ได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับชีวิตภายในบริการสาธารณะ (Vie Intérieuredes Services Publics) ซึ่งการกระทำเหล่านี้ไม่อาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ เพราะโดยหลักแล้วไม่ส่งผลทางกฎหมายใดทั้งสิ้น[21]

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองอาจจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ เช่น หนังสือเวียน หนังสือกำหนดแนวทางปฏิบัติราชการ หรือในรูปแบบของแนวนโยบาย มติคณะรัฐมนตรี คำสั่งกระทรวง ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการแจ้งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบ เพื่อเป็นแนวทางการตีความกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ หรือเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อความเป็นเอกภาพในการกระทำทางปกครอง และเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความเป็นธรรมแก่ประชาชนหรือผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงมักมีเนื้อหาหรือผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือการจัดทำบริการสาธารณะภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น ซึ่งถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามอาจจะต้องรับโทษทางวินัย แต่ไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก หรือสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น หนังสือเวียนหรือแนวทางปฏิบัติราชการ รวมทั้งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองอื่น จึงไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง[22]

ความแตกต่างระหว่างการสั่งการที่มีผลกระทบต่อสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการและการสั่งการภายในฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการนั้น คือ การสั่งการที่มีผลกระทบต่อสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการเป็น “ความสัมพันธ์พื้นฐาน” มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก กระทบถึงสิทธิของข้าราชการในฐานะส่วนตัว มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น การสั่งเลื่อนระดับ การสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการ ในขณะที่การสั่งการภายใน

ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545), หน้า 145.

[21]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, *เรื่องเดิม*, หน้า 285-286.

[22]ฤทัย หงส์สิริ, **นิติกรรมทางปกครอง: ความหมายและขอบเขต**, *เรื่องเดิม,* หน้า 115-116.

ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่นั้นเป็น “ความสัมพันธ์ในทางการงาน” ไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก ไม่กระทบสิทธิข้าราชการในฐานะส่วนตัว และไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น ระเบียบคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานซึ่งข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตาม

1) ประเภทของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (Mesures d’Ordre Intérieur) เป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในกรอบของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครองจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบ “รายละเอียดอันเป็นเรื่องชีวิตประจำวันของฝ่ายปกครอง”[23] มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ใช้กันอยู่ทั่วไป ได้แก่ หนังสือเวียน และระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัติ

(1) หนังสือเวียน

หนังสือเวียน (Circulaires) ส่วนใหญ่เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการแจ้งเรื่องให้ฝ่ายปกครองอื่นทราบ เช่น ระหว่างกระทรวง หรือภายในกระทรวง หนังสือเวียนจะออกโดยเจ้าของเรื่องซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเจ้ากระทรวง โดยมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญเพื่ออธิบายให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบและมีความเข้าใจถึงสาระสำคัญของกฎหมาย กฎระเบียบ หรือนโยบายของหน่วยงานให้ชัดเจน เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติงานภายในหน่วยงาน บางครั้งหนังสือเวียนก็มีขึ้นเพื่อกำหนดแนวทางในการตีความหรือปรับใช้กฎหมายหรือกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเดียวกันให้ยึดถือปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยไม่ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ใดมากไปกว่าที่มีอยู่แล้วตามกฎหมาย ตามนัยดังกล่าวหนังสือเวียนไม่ว่าจะใช้ชื่อเรียกว่าอะไร เช่น บันทึก (Note de Service) คำแนะนำ (Instruction) ย่อมไม่มีผลกระทบต่อประชาชนผู้อยู่นอกหน่วยงาน จะใช้อ้างยันเพื่อให้เกิดความเสื่อมสิทธิแก่บุคคลนอกระบบราชการไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2383/2526) บุคคลภายนอกระบบราชการจะหยิบยกขึ้นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนไม่ได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.21/2546 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2546 มติคณะรัฐมนตรีให้ถือปฏิบัติการนับอายุบุคคลตามวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 เป็นเพียงมติให้ส่วนราชการถือปฏิบัติและเป็นการอธิบายบทบัญญัติของกฎหมายมิได้มีสภาพเป็นกฎ)

---

[23] «Les details de la vie intérieure des services publics» เป็นคำนิยามของศาสตราจารย์ Maurice Hauriou เกี่ยวกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่นักวิชาการมักใช้อ้างอิงเวลาที่พูดถึงเรื่องนี้ - Gilles Lebreton, **Droit Administratif Général**, 3rd ed. (Paris: Armand Colin, 2004), p. 91 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู และคนอื่น ๆ, *เรื่องเดิม*, หน้า 67.

แต่ในประเทศฝรั่งเศสถ้าได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ใหม่ที่ไม่ได้มีอยู่แล้วในกฎหมายเข้าไปในหนังสือเวียน หนังสือเวียนดังกล่าวอาจกลายสภาพเป็นกฎ (Circulaire Réglementaire) และอาจตกอยู่ในอำนาจของศาลที่จะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

(2) ระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัติ

ระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัติ (Directives) เป็นมาตรการการภายในของฝ่ายปกครองอีกกรณีหนึ่งที่ฝ่ายปกครองกำหนดแนวทางการดำเนินการหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจเอาไว้ล่วงหน้า เป็นนโยบายของหัวหน้าหน่วยงานที่มอบให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชาว่าควรใช้ดุลพินิจไปในทิศทางใด และแจ้งให้แต่ละหน่วยงานของฝ่ายปกครองทราบเพื่อจะได้ปฏิบัติอย่างมีเอกภาพ โดยทั่วไปมักใช้กันอยู่ในด้านที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ เพื่อกำหนดแนวทาง (Orientayion) ให้กับผู้ที่อยู่ในหน่วยงานปฏิบัติตาม เช่น เอกสารที่หัวหน้าหน่วยงานโดยเฉพาะรัฐมนตรีกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาไว้เป็นการล่วงหน้าเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละคนใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองที่ลักลั่นกันในเรื่องอย่างเดียวกัน โดยปกติแล้วแนวทางปฏิบัติไม่มีผลเป็นกฎหมายและไม่มีผลกระทบต่อประชาชน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 409/2546) วินิจฉัยว่าแนวปฏิบัติว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาผู้กระทำผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นเพียงแนวทางการดำเนินการในหน่วยงานฝ่ายปกครอง ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปจึงไม่มีลักษณะเป็นกฎ

มีความแตกต่างระหว่างหนังสือเวียน กับระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัติที่น่าสนใจประการหนึ่ง คือ ในขณะที่หนังสือเวียนเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองโดยแท้ ไม่มีอะไรเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองเลยแม้แต่น้อย แต่ระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัติอาจเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ ถ้าฝ่ายปกครองมีคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยฐานจากระเบียบหรือแนวปฏิบัติไปกระทบต่อประชาชน เช่น คำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตามระเบียบหรือแนวปฏิบัติ คำสั่งทางปกครองนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ ประชาชนสามารถฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งนั้นได้ แต่ประชาชนจะหยิบยกระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัตินั้นมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีไม่ได้โดยตรง

2) ที่มาของอำนาจในการออก “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

เราอาจจำแนกอำนาจอันเป็นที่มาของการออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองแบ่งออกได้เป็น 5 ประการ ดังนี้

(1) อำนาจบังคับบัญชา

อำนาจบังคับบัญชา (Pouvoir Hiérarchique) เป็นอำนาจที่ส่วนกลางใช้กับเจ้าหน้าที่ของตน เป็นลักษณะการกำหนดนิติสัมพันธ์ภายในองค์กร คือ การบังคับบัญชาที่

ผู้บังคับบัญชามีอยู่เหนือเจ้าหน้าที่ในบังคับบัญชาทุกคน มีรากฐานมาจากหลักเรื่องการจัดองค์กร (Organization) เป็นการจัดระบบบุคลากรและทรัพย์สินเพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายที่ตั้งไว้ อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บริหารหน่วยงานระดับสูง (Le Supérieur Hiérarchique) มีอยู่เหนือบุคลากรและการดำเนินกิจกรรมในหน่วยงานของตน เจ้าหน้าที่ผู้ดำรงตำแหน่งสูงกว่ามีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา และมีมาตรการในการควบคุมตัวผู้ใต้บังคับบัญชา เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

Georges Vedel และ Pierre Devolvé (ศาสตราจารย์ทางกฎหมายชาวฝรั่งเศส) เห็นว่า อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการทั้งหมดในกระทรวงของตน อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข (Un Pouvoir Inconditionné) แต่อำนาจนี้จะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชามีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่ตนเห็นสมควร และมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Le Pouvoir de Réformer) หรือเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการ (Annuler les Décisions) ของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น[24]

ข้อสังเกตเกี่ยวกับลักษณะ (Les Caractéristiques) ของอำนาจบังคับบัญชา คือ ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเต็มที่จะใช้ได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้โดยตรง อำนาจนี้ผูกพันอยู่กับสถานะของผู้บังคับบัญชา และได้รับการยอมรับจากศาลปกครองฝรั่งเศสในคดี Queralt ปี ค.ศ. 1950 และคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil d'Etat)[25] แล้วว่าอำนาจบังคับบัญชาเป็น "หลักกฎหมายทั่วไป" (Le Principe Général du Droit)

ผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจบังคับบัญชาได้โดยไม่ต้องให้เหตุผลก่อน กล่าวคือ ไม่ต้องระบุถึงความเหมาะสมหรือเหตุผลตามกฎหมาย ในกรณีการออกระเบียบหรือแนวปฏิบัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชาจะไม่มีข้อจำกัดเสียเลย และการใช้อำนาจบังคับบัญชานั้นอาจเริ่มมาจากตัวผู้บังคับบัญชาเอง หรือโดยการพิจารณาจากการร้องเรียนของ

---

[24]Georges Vedel and Pierre Delvolvé, **Droit Administratif**, 10th ed. (Paris: Presses Universitaires de France, 1988), pp. 853-854 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล, **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 9.

[25]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C.E.) ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 1874 คดี Lezert da la Maurinerie อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 10.

ผู้ที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น มีผู้มาร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชา[26] ซึ่งอำนาจบังคับบัญชาสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ[27]

(1.1) อำนาจควบคุมเหนือการกระทำ (Un Contrôle sur les Actes) ของผู้ใต้บังคับบัญชา เป็นอำนาจบังคับบัญชาเหนือการดำเนินการของบุคลากรภายในองค์กรของตน (Prérogatives sur les Actes des Subordonnés) ซึ่งอาจแบ่งออกได้ ดังนี้

(ก) อำนาจสั่งการและวางแนวปฏิบัติ (Pouvoir d'Instruction) เป็นลักษณะของการแนะนำหรือสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ไปในแนวทางที่กำหนด หรือให้ผู้ใต้บังคับบัญชาใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการไปในแนวทางใดแนวทางหนึ่ง เฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือในกรณีที่เป็นการทั่วไป ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกมาในรูปของคำสั่งหรือหนังสือเวียนก็ได้ ส่วนการวางแนวปฏิบัติจะเป็นเรื่องการออกระเบียบภายในหน่วยงาน (L' Emission d'Orders de Services) ที่จะกำหนดถึงผลในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่คล้ายคลึงกับสิ่งที่กำหนดหรือในกรณีที่กำหนดเรื่องไว้แล้ว ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องเชื่อฟังแนวทางปฏิบัติเหล่านี้ ถ้าไม่เชื่อฟังอาจถูกลงโทษทางวินัยได้[28] อย่างไรก็ตาม ผู้ใต้บังคับบัญชาสามารถที่จะไม่ปฏิบัติตามได้ ถ้าหากแนวปฏิบัติเหล่านั้นผิดกฎหมายอย่างชัดเจน หรือทำให้ประโยชน์สาธารณะเสื่อมเสีย (Sont Manifestement Illégales et de Nature à Campromettre Gravement un Intérét Public)[29]

(ข) อำนาจเพิกถอนการกระทำ (Pouvoir d'Annulation) เป็นอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Légalité) ของการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งเพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ หากเห็นว่าการกระทำนั้นไม่เป็นไปตามกฎหมาย (Ne Serait pas Conforme à la Loi) และการเพิกถอนคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชาดังกล่าวจะมีผลย้อนหลัง และถือว่าไม่ได้มีคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นเลย[30]

---

[26]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C.E.) ลงวันที่ 26 มกราคม 1979 คดี Le Maréchal. อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 10.

[27]Michel D. Stassinopoulos, **Traité des Actes Administratifs** (Athénes: L'Institut Francais d'Athénes, 1954), pp. 104-107 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู และคนอื่น ๆ, *เรื่องเดิม*, หน้า 84-86.

[28]René Chapus, **Droit Administratif Général**, 3rd ed. (Paris: Editions Montchrestien, 1987), p. 291 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล, *เรื่องเดิม*, หน้า 7-8.

[29]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (C.E.) ลงวันที่ 10 พฤษจิกายน 1944 คดี Lanhneur. อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 8.

[30]René Chapus, op. cit., p. 291 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 8.

(ค) อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Pouvoir de Modification) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อความของการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ โดยมีคำสั่งอื่นอีกคำสั่งหนึ่งที่แตกต่างจากคำสั่งเดิมจะมากหรือน้อยก็ได้ แต่คำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นจะไม่มีผลย้อนหลังจะมีผลแต่ในอนาคตเท่านั้น[31] และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ใช่เฉพาะกรณีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีของความเหมาะสมด้วย

(ง) อำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทน (Pouvoir de Substitution) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสอดเข้าไปใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการแทนผู้ใต้บังคับบัญชาได้ ในกรณีฉุกเฉินมีความจำเป็นเร่งด่วน หรือในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้

(1.2) อำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคล (Un Contrôle sur les Personnes) ของผู้ใต้บังคับบัญชา เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่เกี่ยวกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะจัดบุคลากรให้ทำงานตามที่เห็นสมควร (Pouvoir d'Organisation) รวมทั้งกำหนดแนวทางในการทำงานของบุคลากรในแต่ละตำแหน่ง และยังมีอำนาจในการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาที่ฝ่าฝืนคำสั่งหรือฝ่าฝืนกฎหมายด้วย เช่น อำนาจดำเนินการทางวินัย อำนาจเลื่อนขั้นเงินเดือน อำนาจโยกย้าย หรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง เป็นต้น อำนาจเหล่านี้แม้จะมีขอบเขตจำกัดในทางกฎหมาย แต่ก็เปิดช่องให้ผู้ใต้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ทำให้สามารถใช้อิทธิพลกดดันให้ผู้ใต้บังคับบัญชาตัดสินใจ หรือวินิจฉัยสั่งการให้เป็นไปตามเจตจำนงของผู้บังคับบัญชาที่ออกมาในรูปของคำสั่งหรือคำแนะนำ

(2) อำนาจกำกับดูแล

อำนาจกำกับดูแล (Pouvoir de Tutelle) เป็นอำนาจที่ส่วนกลางและส่วนภูมิภาคซึ่งถือเป็นตัวแทนของรัฐดูแลกิจกรรมขององค์กรมหาชนอื่น เช่น องค์กรปกครองท้องถิ่น (Collectivités Territoriales) องค์กรมหาชนอิสระ (Ètabissements Publics) หรือรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น เพื่อให้องค์กรเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย มีลักษณะเป็นการกำกับดูแลทางปกครอง (Tutelle Administrative) ซึ่งอำนาจกำกับดูแลต่างกับอำนาจบังคับบัญชา เพราะอำนาจนี้ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะของผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา แต่เป็นลักษณะของผู้ควบคุมกำกับ (Contrôleur) และผู้ถูกควบคุมกำกับ (Contrôlé)

อำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย กล่าวคือ องค์กรส่วนกลางจะกำกับดูแลองค์กรปกครองท้องถิ่น องค์กรมหาชนอิสระ หรือรัฐวิสาหกิจได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น "ไม่มีการกำกับดูแลโดย

---

[31] *Ibid.,* p. 292 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 8.

ปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และไม่มีการกำกับดูแลเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้" (Pas de Tutelle Sans Texe) ดังนั้น อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข (Un Pouvoir Conditionné) อำนาจนี้จึงมีได้แต่เฉพาะในกรณีและในรูปแบบที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น

อำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่ไม่สามารถออกคำสั่ง (Orders) โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพียงแต่ควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่ แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมสามารถที่จะยกเลิกหรือสั่งให้ยกเลิกการกระทำขององค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมของตน และอาจมีคำสั่งแทน (Substituer) องค์กรดังกล่าวได้ก็ตาม แต่อำนาจเหล่านี้จะมีได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติเท่านั้น อำนาจกำกับดูแลจึงมิใช่อำนาจทั่วไปอย่างที่ปรากฏในอำนาจบังคับบัญชา ในประเทศฝรั่งเศสอำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจของนิติบุคคลเดียวกัน ซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ในขณะที่อำนาจกำกับดูแลก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลทางกฎหมายมหาชนอื่น ซึ่งการกำกับดูแลในทางปกครอง (La Tutelle Administrative) แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ[32]

(2.1) การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลหรือเหนือองค์กร (Contrôle sur les Agents ou Organes) จะเห็นได้จากการที่ส่วนกลาง (Le Pouvoir Central) มีอำนาจแต่งตั้งตัวบุคคลหรือองค์กร และถอดถอนหัวหน้าองค์กรบริหาร (Le Chef) การใช้อำนาจทางวินัย (Un Pouvoir Disciplinaire) เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งพักราชการ (Suspendre) นายกเทศมนตรีหรือสั่งให้ออกได้

อำนาจทางวินัยกรณีนี้ไม่สามารถลงโทษใครได้อย่างไม่มีขอบเขต โดยปกติกฎหมายจะบัญญัติกรณีที่จะใช้อำนาจเหล่านี้ไว้ เช่น นายกเทศมนตรีมีความประพฤติในทางที่นำมาซึ่งความเสียหายต่อเกียรติยศ เสียหายต่อองค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชน ฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ หรือปฏิบัติไม่ชอบตามอำนาจหน้าที่ เป็นต้น แต่จะไม่ถูกสั่งพักหรือให้ออกเพราะปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐมนตรี

ทั้งนี้ อำนาจทางวินัยกรณีของการกำกับดูแลไม่ใช่เรื่องเดียวกับอำนาจทางวินัยของผู้บังคับบัญชาเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยหลักแล้วจะต้องได้รับโทษทางวินัย แต่องค์กรที่ถูกกำกับดูแลไม่จำเป็นจะต้องเชื่อฟังคำสั่งของใคร

(2.2) การกำกับดูแลเหนือการกระทำ (Contrôle à l'Ègard des Actes) เป็นอำนาจที่ส่วนกลางใช้กำกับดูแลการกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชน

---

[32]Georges Vedel and Pierre Delvolvé, op. cit., pp. 856-858; René Chapus, *ibid.,* pp. 303-325 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 12-14.

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลควบคุมการกระทำ เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น และในขณะเดียวกันก็ตรวจสอบถึงโอกาสในการตัดสินใจด้วย ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ การกำกับดูแลเหนือการกระทำอาจแบ่งออกได้ ดังนี้

(ก) การให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติ (Approbation) เป็นอำนาจที่กฎหมายบังคับให้องค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนที่ประสงค์จะกระทำการบางอย่างจะต้องเสนอให้ส่วนกลางพิจารณาให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติก่อน มิเช่นนั้นการกระทำนั้นจะไม่มีผลทางกฎหมาย การให้ความเห็นชอบหรืออนุมัตินี้เป็นการกระทำเฉพาะเรื่อง (Un Acte Individuel) แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่วางกฎเกณฑ์ก็ตาม (Un Caractére Réglementaire)

(ข) การยับยั้งหรือเพิกถอนการกระทำ (L'Annulation) เป็นอำนาจที่กฎหมายให้ส่วนกลางควบคุมคำวินิจฉัยสั่งการขององค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนที่ได้ออกคำสั่งและมีผลใช้บังคับแล้ว ว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์และชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น ส่วนกลางสั่งให้ตรวจสอบและระงับการวินิจฉัยสั่งการจนกว่าการตรวจสอบจะแล้วเสร็จ และถ้าผลการตรวจสอบปรากฏว่าคำวินิจฉัยสั่งการอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกลางก็จะมีคำสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการเหล่านั้น

(ค) การเข้ากระทำการแทน (Substitution d'Office) เป็นอำนาจที่กฎหมายให้ส่วนกลางสามารถเข้าไปกระทำการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชน เมื่อองค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนละเลยไม่กระทำการ และการละเลยนั้นน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่บริการสาธารณะที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ขององค์กรดังกล่าว แต่การควบคุมชนิดนี้มีขอบเขตที่จำกัดมาก โดยปกติกฎหมายจะไม่อนุญาตให้ส่วนกลางสอดเข้าไปกระทำการแทนทันที เนื่องจากองค์กรที่ถูกกำกับดูแลมีอำนาจผูกพัน (Competence Liée) คือ กฎหมายบัญญัติให้ออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งได้ หากองค์กรที่ถูกกำกับดูแลปฏิเสธหรือไม่มีการออกคำสั่ง องค์กรผู้กำกับดูแลจะเตือนให้ปฏิบัติหน้าที่เสียก่อน เมื่อองค์กรที่ถูกกำกับดูแลเพิกเฉยหรือปฏิเสธ (Mise en Demeure) ส่วนกลางจึงจะสอดเข้ากระทำการแทนได้

(3) อำนาจดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจ (Pouvoir Discrétionnaire) ก่อนที่จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจควรทำความเข้าใจเกี่ยวกับ "อำนาจผูกพัน" (Competence Liée) ก่อน ดังนี้ อำนาจผูกพัน คือ อำนาจที่กฎหมายบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าให้แก่ฝ่ายปกครองว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งและคำสั่งนั้นจะต้องมีเนื้อความตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้ เช่น ชายและหญิงยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสซึ่งมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วน นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้อง จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันแท้จริง คือ หน้าที่

นั้นเอง แต่ที่เรียกว่าอำนาจผูกพันก็ด้วยเหตุผลที่คำวินิจฉัยสั่งการซึ่งเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้[33]

อำนาจดุลพินิจ เป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับอำนาจผูกพัน อำนาจดุลพินิจหมายถึง ความสามารถในอันที่จะออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายอย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย อีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร เช่น เมื่อปรากฏว่าผู้ประกอบสถานบริการดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เจ้าหน้าที่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และในกรณีที่ตัดสินใจว่าสมควรออกคำสั่ง ก็สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต[34]

ดุลพินิจ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติ หลักในการวินิจฉัย หรือการใช้ดุลพินิจอันเป็นหลักเกณฑ์ภายใน ซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การวินิจฉัยดังกล่าวของฝ่ายปกครองเป็นที่สุด (Letztentscheidung) การใช้ดุลพินิจนี้เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนจะออกนิติกรรมทางปกครอง การใช้ดุลพินิจอาจอยู่ในรูปของการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ได้ ดุลพินิจฝ่ายปกครองเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ตัวบทกฎหมายมิได้กำหนดให้ผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ขององค์ประกอบที่ครบถ้วนนั้นมีเพียงอย่างเดียว แต่ให้อำนาจฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งตัวบทกฎหมายอาจเสนอให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือให้เลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้[35]

---

[33]ยงยุทธ อนุกูล, **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 14-15.

[34]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” ใน **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์** (กรุงเทพฯ: พี.เค.พริ้นติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 199.

[35]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537), หน้า 171.

อำนาจดุลพินิจจึงเป็นเสรีภาพของฝ่ายปกครองที่กฎหมายจัดวางไว้เพื่อให้ตัดสินใจเลือกกระทำการหรือละเว้นกระทำการ (Entschließungsermessen) หรือเลือกผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายอย่าง (Auswahlermessen) เพื่อบรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย[36] อำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่มาจากองค์กรนิติบัญญัติ โดยการบัญญัติถ้อยคำที่ไม่ผูกมัดการกระทำของฝ่ายปกครองอย่างเฉพาะเจาะจง ปกติแล้วกฎหมายอาจมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองได้หลายลักษณะ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาว่าดุลพินิจอยู่ในองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมายหรืออยู่ในส่วนผลของกฎหมาย

(3.1) อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย”[37] เป็นกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Qualification Juridique des Faits) ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติจะบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง เช่น “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี”[38] “ลามกอนาจาร”[39] “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ”[40] เป็นต้น

(3.2) อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ”[41] เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจสั่งการหรือไม่ และถ้าฝ่ายปกครองตัดสินใจที่จะใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของคำสั่งอีกด้วย

นอกจากนี้อาจพิจารณาประเภทของดุลพินิจจากขั้นตอนของการใช้กฎหมาย คือ ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ (Entschliessungsermessen) กับดุลพินิจในการเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (Auswahlermessen) และจากลักษณะของการใช้

---

[36]Gilles Lebreton, **Droit Administrative General**, 3rd ed. (Paris: Armand Colin 2004), p. 65 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู และคนอื่น ๆ, *เรื่องเดิม*, หน้า 66.

[37]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 35.

[38]มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

[39]มาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503

[40]มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522

[41]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**, *เรื่องเดิม,* หน้า 49.

ดุลพินิจ (Ermessensausübung) คือ การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย (Individuelle Ermessensausübung) กับการใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป (Generelle Ermessensausübung)

เมื่อกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจึงอาจกำหนดแนวปฏิบัติ (Guideline หรือ Directive) เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไปในแนวทางเดียวกัน และเพื่อให้ประชาชนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

(4) ความสัมพันธ์พิเศษระหว่างองค์กรกับสมาชิกภายในองค์กร

ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกับสมาชิกภายในองค์กร เป็นลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกับบุคลภายนอก เมื่อบุคคลยอมตัวเข้าเป็นสมาชิกขององค์ใดแล้ว บุคคลนั้นจะต้องยอมรับอำนาจพิเศษเช่นว่านี้ ซึ่งเป็น “มาตรการภายใน” ขององค์กร เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างครูกับนักเรียน กองทัพกับทหาร เรือนจำกับนักโทษ เป็นต้น เช่น โรงเรียนสามารถกำหนดเครื่องแต่งกายของนักเรียนได้ ครูสามารถลงโทษนักเรียนตามความเหมาะสม ความสัมพันธ์พิเศษนี้อยู่ภายใต้หลักการกระทำต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่เคร่งครัดเหมือนความสัมพันธ์ทั่วไป กล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถออกมาตรการภายในได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายรับรองไว้เป็นการเฉพาะ แต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่[42]

(5) อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ตามหลักแล้วในการออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองแม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายปกครองก็สามารถออกมาตรการภายในได้โดยเป็นอำนาจทั่วไปอยู่แล้ว เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติในเรื่องต่าง ๆ ให้ข้าราชการและองค์กรของรัฐถือปฏิบัติ หรือผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นหัวหน้าของหน่วยงานกำหนดแนวปฏิบัติ เป็นต้น แต่บางกรณีอาจมีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้อีกชั้นหนึ่ง เช่น “อธิบดีมีหน้าที่บังคับบัญชาควบคุมบรรดาพนักงานทั้งหลายในกรมศุลกากร และออกข้อบังคับการให้เป็นไปตามนั้น”[43] “ในการใช้อำนาจหรือกระทำหน้าที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่น ให้อธิบดีมีอำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือวางระเบียบไว้ให้พนักงานอัยการปฏิบัติได้”[44] เป็นต้น

---

[42] ยงยุทธ อนุกูล, *เรื่องเดิม,* หน้า 16.

[43] มาตรา 3 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469

[44] มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498

2.2 แนวความคิดทั่วไปว่าด้วย “กฎ”

จากที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนถึงแนวความคิดทั่วไปว่าด้วย “การกระทำทางปกครอง” ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงกฎ ตลอดจนหลักการที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎ เพื่อที่จะสามารถกำหนดรู้ได้ว่าสิ่งใดบ้างเป็นกฎที่สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

2.2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการตรา “กฎ”

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในรัฐเสรีประชาธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับในสังคมโดยองค์กรนิติบัญญัติ การบริหารงานและการดำเนินภารกิจของรัฐโดยองค์กรบริหาร และการพิจารณาพิพากษาคดีโดยองค์กรตุลาการ จะต้องตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานของการใช้อำนาจรัฐที่สำคัญ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ โดยหลักการทั้งสองเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันและมีส่วนสนับสนุนซึ่งกันและกัน จนอาจกล่าวได้ว่าหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้เกิดหลักนิติรัฐ และหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนหลักประชาธิปไตย ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้[45]

2.2.1.1 หลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตย (Das Demokratische Prinzip) เป็นหลักที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานในประวัติศาสตร์ การปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นไปตามเจตนารมณ์และเป็นการปกครองตนเองของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ซึ่งมีรัฐบาลเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชนหรือความยินยอมของประชาชน อาจกล่าวได้ว่าประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง โดยมีรากฐานอยู่บนเสรีภาพ (Liberty) และความเสมอภาค (Equality)

1) อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

หลักประชาธิปไตยยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และเป็นรูปแบบการปกครองโดยประชาชน อำนาจทั้งหลายมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจในทางตรงโดยผ่านการเลือกตั้ง และเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในทางอ้อมโดยผ่านองค์กรของรัฐ ซึ่งหลักประชาธิปไตยก่อให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐ เพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้น โดยแท้จริงแล้วก็คือผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏขึ้นจริง

---

[45]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2547), หน้า 19-34.

2) ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

ระบบประชาธิปไตยทางตรงไม่สามารถนำมาใช้กับการปกครองในสังคมปัจจุบันได้ เนื่องจากมีข้อจำกัดหลายประการ ปัจจุบันจึงเป็นการปกครองระบบประชาธิปไตยทางผู้แทนโดยรัฐสภา ซึ่งระบบรัฐสภาตามหลักพื้นฐานแล้วเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ทำให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยยิ่งกว่าองค์กรอื่น จากหลักพื้นฐานดังกล่าวจึงทำให้เกิดเงื่อนไขที่องค์กรของรัฐองค์กรอื่นจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรบริหารกับองค์กรนิติบัญญัติ รัฐบาลจึงมีความชอบธรรมตราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา และการบริหารงานย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภาด้วย และการที่รัฐสภามาจากการเลือกตั้งก่อให้เกิดหลักที่สำคัญแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ

(1) หลักเงื่อนไขของรัฐสภา การกำหนดกฎเกณฑ์ในปัญหาที่มีความสำคัญจะต้องกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติ และการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญดังกล่าวองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้แก่องค์กรอื่นได้ เช่น กรณีของกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

(2) หลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรนั้นจะต้องมีความเกี่ยวพันธ์เชื่อมโยงไปถึงประชาชน การใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะต้องถูกใช้เพื่อประชาชนและผลประโยชน์ของประชาชนเท่านั้น โดยองค์กรที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยตรง เป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งเจ้าหน้าที่หรือองค์กรของรัฐ เข้าไปใช้อำนาจในองค์กรอื่นของรัฐได้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าการใช้อำนาจของรัฐมีพื้นฐานมาจากประชาชน

2.2.1.2 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (Das Rechtsstaatprinzip) เป็นหลักการจัดโครงสร้างการปกครองหรือการบริหารรัฐที่ถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่ในทุกภาคส่วน ภายในรัฐไม่ว่าจะเป็นประชาชนหรือฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจรัฐ ล้วนจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ซึ่งมีสาระสำคัญแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ คือ

1) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรใด ในกรณีใด ภายในขอบเขตอย่างไร และจะต้องไม่เกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะ

2) บรรดาการกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจสั่งการได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

3) การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี การควบคุมไม่ให้การกระทำของฝ่ายปกครองขัดต่อกฎหมายก็ดี จะต้องเป็นหน้าที่ขององค์กรตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรบริหารและองค์กรนิติบัญญัติ

หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

2.2.1.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจกับการตรา “กฎ”

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ และมีความเกี่ยวข้องกับการตรากฎของฝ่ายปกครอง หลักการแบ่งแยกอำนาจ (La Separation Pouvoirs) มีที่มาจากแนวความคิดของนักกฎหมายที่สำคัญหลายท่าน แนวความคิดที่ถือได้ว่ามีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับคือ แนวความคิดของมองเตสกิเออ (Montesquieu) นักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศส ได้เสนอแนวคิดในการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจปกครองสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยแบ่งออกได้เป็น 3 องค์กร โดยพิจารณาในแง่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ อันเป็นการพัฒนาตามแนวความคิดดั้งเดิมของอริสโตเติล (Aristote) นักปราชญ์ชาวกรีกโบราณ บนพื้นฐานสำคัญที่ให้อำนาจทั้งสามองค์กรถ่วงดุลและตรวจสอบซึ่งกันและกัน ดังที่มองเตสกิเออกล่าวไว้ว่า “เพื่อไม่ให้เกิดการใช้อำนาจอันเกินขอบเขต จำต้องใช้อำนาจเพื่อหยุดยั้งอำนาจด้วยกันเอง”[46]

เหตุผลที่มองเตสกิเออเสนอแนวคิดให้แบ่งแยกอำนาจการปกครองเนื่องจากเห็นว่าหากอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย และอำนาจในการพิจารณาคดีถูกใช้โดยบุคคลเดียวหรือองค์กรเดียว ไม่ว่าจะเป็นขุนนางหรือประชาชนก็ยากที่จะมีเสถียรภาพ ทั้งนี้เพราะหากผู้ใช้อำนาจถืออำนาจในการบัญญัติกฎหมายร่วมกับอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายในเวลาเดียวกัน ก็จะบัญญัติกฎหมายตามอำเภอใจและบังคับใช้กฎหมายไปในทางมิชอบได้ หรือหากผู้ใช้อำนาจถืออำนาจในการพิจารณาคดีร่วมกับอำนาจในการบัญญัติกฎหมายในเวลาเดียวกัน ผู้พิพากษาก็จะเป็นผู้บัญญัติกฎหมายเสียเอง หรือหากผู้ใช้อำนาจถืออำนาจในการพิจารณาคดีร่วมกับอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายในเวลาเดียวกัน ผู้พิพากษาจะประพฤติตัวเป็นผู้บังคับบัญชาส่งผลให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือไม่เป็นธรรม[47]

---

[46]วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2551), หน้า 23.

[47]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 23.

ปัจจุบันอำนาจอธิปไตยแบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจในการวางระเบียบกฎเกณฑ์ทั่วไปในรัฐหรืออำนาจในการบัญญัติกฎหมาย อำนาจบริหารซึ่งเป็นอำนาจในการใช้หรือบังคับการให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และอำนาจตุลาการซึ่งเป็นอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีหรือวินิจฉัยข้อพิพาทให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการจะต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ โดยอำนาจทั้งสามนี้มิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and Balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุดังกล่าวมิได้หมายความว่าองค์กรที่รองรับการใช้อำนาจแต่ละองค์กรจะต้องมีอำนาจที่เท่าเทียมกันแต่ประการใด อาจเป็นไปได้ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจมีอำนาจเหนืออีกองค์กรหนึ่ง แต่จะต้องไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด และการแบ่งแยกอำนาจไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแบ่งแยกมิได้ แต่หมายถึงการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย

ด้วยความหมายและความสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวข้างต้น แต่ละรัฐรวมทั้งประเทศไทยได้ยอมรับและใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรผู้มีอำนาจนิติบัญญัติบัญญัติกฎหมาย รัฐบาลเป็นองค์กรผู้มีอำนาจบริหารบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และศาลเป็นองค์กรผู้มีอำนาจตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีตามกฎหมาย แต่การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าอำนาจของแต่ละองค์กรจะแยกเด็ดขาดออกจากกัน เนื่องจากด้วยเหตุผลและความจำเป็นบางประการ องค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งอาจมีหรือใช้อำนาจองค์กรของรัฐองค์กรอื่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งการที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายหรือตรากฎเกณฑ์เพื่อบังคับใช้กับประชาชนในรัฐนั้น ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยหลักแล้วเป็นอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ เพราะสมาชิกของรัฐสภาประกอบไปด้วยผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน จึงมีลักษณะเป็นองค์กรที่ได้รับอำนาจมาจากประชาชนอย่างแท้จริง นอกจากนี้การดำเนินการตามนโยบายของรัฐจะต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญเมื่อประชาชนมีส่วนร่วมในการบัญญัติกฎหมาย ย่อมเป็นการบังคับในตัวว่าการดำเนินนโยบายนั้นตรงกับความต้องการของประชาชน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดว่าด้วยภารกิจของรัฐ และจากความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่มีมากขึ้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้ภาระหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น การมอบอำนาจจึงเป็นสิ่งจำเป็น[48] โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ในปัญหา

---

[48]Eleanor Bontecou, “Delegation of Power,” **Encyclopaedia of the Social Science**, Editor-in-Chief-Edwin R.A. Seligman (The Macmillan Company, 1935), p. 65

ที่มีความสำคัญจะต้องถูกกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติ ส่วนในเรื่องรายละเอียดปลีกย่อยอาจมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักเงื่อนไขของรัฐสภา และหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย ที่การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรจะต้องมีความเกี่ยวพันและเชื่อมโยงไปถึงประชาชน หรือมีพื้นฐานมาจากประชาชนจึงจะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถตรากฎเพื่อใช้บังคับได้ โดยมุมมองในทางกฎหมายต่อกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายปกครองแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายปกครองเป็นกฎหมายหลัก ระบบกฎหมายเยอรมันและอังกฤษถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายปกครองเป็นกฎหมายยกเว้น สำหรับในระบบกฎหมายไทยถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายปกครองเป็นกฎหมายยกเว้นเช่นกัน เนื่องจากโดยปกติฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายโดยตรง เพราะอำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นขององค์กรนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ[49] โดยฝ่ายปกครองจะมีอำนาจตรากฎหมายได้ต่อเมื่อมีกรณีเร่งด่วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งได้แก่กรณีการตราพระราชกำหนด ส่วนการตรากฎหมายของฝ่ายปกครองในกรณีอื่นจะต้องมีกฎหมายที่บัญญัติโดยองค์กรนิติบัญญัติให้อำนาจ และจะต้องตราขึ้นภายในกรอบที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น

2.2.2 ความหมายของ “กฎ”

โดยรวมแล้วทฤษฎีที่เกี่ยวกับความหมายของกฎในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน รวมถึงประเทศไทยเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งในประเทศไทยพระราชบัญญัติที่ได้กล่าวถึง “กฎ”[50] คือ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ

อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์, **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 15.

[49]สมยศ เชื้อไทย, **คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2546), หน้า 73.

[50]นอกจากคำว่า “กฎ” ยังมีศัพท์ที่ใช้ทั่วไปในทางวิชาการที่เรียกกันว่า “กฎหมายลำดับรอง” “อนุบัญญัติ” หรือ “นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” ซึ่งมิใช่คำที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ แต่ในวงวิชาการของไทยรู้จักกันในฐานะที่เป็นนิติกรรมทางปกครองรูปแบบหนึ่งมากกว่า และนิยมใช้คำว่านิติกรรมทางปกครองโดยหมายความรวมถึงกฎด้วย ซึ่งนักวิชาการได้นำมาอธิบายถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ฝ่ายปกครองตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด และมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ตาม

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยใช้คำว่า “กฎ” ดังที่ได้นิยามไว้ว่า “‘กฎ’ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

กฎ เป็นการที่องค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจให้บุคคลอื่นทำการตรากฎเกณฑ์ที่เป็นอำนาจของตนแทนตน และกฎเกณฑ์นั้นมีผลบังคับเสมือนหนึ่งว่าได้ตราโดยผู้มอบอำนาจ กฎเกณฑ์ที่ผู้รับมอบอำนาจตราขึ้นนี้ในทางวิชาการยังมีคำที่ใช้เรียกกันอยู่อีกหลายชื่อ เช่น “Delegated Legislation” เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ตราขึ้นมาใช้บังคับโดยอาศัยการมอบอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ “Subsidiary Legislation” เนื่องจากเป็นกฎหมายเสริมกฎหมายแม่บทที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท “Subordinate Legislation” เนื่องจากเป็นอนุบัญญัติที่มีค่าบังคับหรือลำดับอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติซึ่งบัญญัติโดยรัฐสภา หรือ “Legislative without Legislatures” เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติโดยองค์กรนิติบัญญัติ[51]

กฎ หมายถึง บรรดากฎหมายซึ่งฝ่ายปกครองได้ตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่เป็นกฎหมายแม่บท (Parent Legislation) ซึ่งกฎมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด[52]

กฎ คือ กฎเกณฑ์ที่ตราโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง โดยได้รับมอบอำนาจจากองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือโดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ องค์กรนิติบัญญัติจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และประเภทของกฎที่จะให้องค์กรบริหารหรือฝ่ายปกครองตรากฎนั้น มาบังคับใช้ในรายละเอียดของการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยมีเหตุผลเบื้องหลังของการมอบอำนาจที่แตกต่างกันออกไป เช่น เป็นเรื่องละเอียดจนเกินไปที่จะกำหนดไว้ใน

หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ที่องค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย ผลที่ตามมา คือ ฝ่ายปกครองหรือองค์กรใดในรัฐจะมีอำนาจตรากฎหมายต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ

[51]ธรรมนิตย์ สุมันตกุล, **การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง** (2547), หน้า 1-2, ค้นวันที่ 1 เมษายน 2558 จาก http://www.lawreform.go.th

[52]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” ใน **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์** (กรุงเทพฯ: พี.เค.พริ้นติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 195.

พระราชบัญญัติ อันเป็นภารกิจที่ไม่จำเป็นในการพิจารณาร่างกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ หรืออาจต้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางเทคนิค ทางวิทยาศาสตร์แต่ละแขนงไปกำหนดมาตรฐานทางวิชาการเอง หรือเพราะกฎหมายในเรื่องนั้นมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงทางเศรษฐกิจและสังคมซึ่งมีความเป็นพลวัตร การจะกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจะเป็นอุปสรรคในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ทันต่อสภาพข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว หรือเพราะองค์กรนิติบัญญัติต้องการให้กฎหมายมีความชัดเจนมากที่สุด จึงพยายามนิยามศัพท์กฎหมายไว้ในบทนิยาม แต่ก็ไม่มั่นใจว่านิยามนั้นจะครอบคุลมได้ทั้งหมดแล้ว จึงมอบหมายให้องค์กรบริหารหรือฝ่ายปกครองไปตรากฎขยายนิยามได้ในภายหลัง เป็นต้น[53]

การตรากฎจะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท และกำหนดเนื้อหาสาระภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทมอบอำนาจ โดยจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ ค่าบังคับของกฎจึงอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ากฎหมายแม่บท และค่าบังคับในระหว่างกฎแต่ละประเภทนั้น อาจจัดลำดับชั้นตามองค์กรที่ตรากฎ ประกอบกับกระบวนการในการตรากฎ ซึ่งกฎที่ตราโดยราชการส่วนกลางย่อมมีค่าบังคับสูงกว่ากฎที่ตราโดยราชการส่วนท้องถิ่น[54]

กฎจะต้องมีการประกาศเสมอ เนื่องจากกฎจะใช้บังคับเป็นการทั่วไปซึ่งข้อเท็จจริงจะเกิดแก่บุคคลใดก็ได้ และตามหลักความเป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า (Fair Warning) บุคคลจะได้เตรียมตัวที่จะปฏิบัติตามหรือไม่ฝ่าฝืนกฎ[55]

ตำราบางเล่มอธิบายว่า อาจเปรียบเทียบว่ากฎหมายแม่บทได้สร้างเค้าโครงหรือโครงกระดูก (Skeleton of an Act) ขึ้น จากนั้นกฎจึงได้สร้างเลือดและเนื้อหนัง (Flesh and Blood) ของกฎหมายให้เป็นตัวตนขึ้นมา[56]

2.2.2.1 ลักษณะและสาระสำคัญของ “กฎ”

ดังที่กล่าวมาในทางวิชาการมีการอธิบายคำว่ากฎเอาไว้หลายลักษณะ เมื่อพิจารณาแล้วอาจสามารถจำแนกกฎแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ซึ่งขึ้นอยู่กับบริบทของผู้เขียนว่าต้องการที่จะอธิบายและสื่อถึงสาระอันใดแก่ผู้อ่าน

---

[53]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย,” **วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 16, 1 (ธันวาคม 2538): 66.

[54]*เรื่องเดียวกัน,* หน้า 67.

[55]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *เรื่องเดิม*, หน้า 120.

[56]V. C. R. A. C. Crabbe, **Legislative Drafting** (London: Cavendish Publishing Ltd., 1998), p. 214 อ้างถึงใน ธรรมนิตย์ สุมันตกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 2.

1) ลักษณะทางเนื้อหาของกฎ พิจารณาจากตัวกฎและหน้าที่ของกฎ

(1) กฎเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงอาจแยกลักษณะสำคัญของกฎแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง กรณีบุคคลซึ่งถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการจะต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท (Une Classification Qualitative) ซึ่งอาจมีจำนวนเป็นสิบคน เป็นพันคน หรือเป็นหมื่นคนก็ได้ (I'impersonnalité) เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะ ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือน ฯลฯ ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการได้

ประการที่สอง บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการจะต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม (Abstraction) เช่น ทุกวันที่ 1 ของเดือน ทุกวันจันทร์ ทุกวันสิ้นเดือน ฯลฯ ทุกครั้งเมื่อมีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นบุคคลประเภทนี้มีหน้าที่จะต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการซ้ำ (Permanence) เช่น ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถประจำทาง ผู้ขับขี่รถยนต์จะต้องคาดเข็มขัดนิรภัย ข้าราชการครูต้องแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์ เป็นต้น[57]

(2) กฎเป็นผลของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท (Parent Legislation) เพื่อช่วยองค์กรนิติบัญญัติในการทำหน้าที่นิติบัญญัติ เนื่องจากภารกิจของรัฐเพิ่มมากขึ้นและองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้เพียงพอต่อความต้องการในการปฏิบัติภารกิจของรัฐ และเพื่อให้กฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นสอดคล้องกับสถานการณ์และข้อเท็จจริงในสังคม ลักษณะของกฎเช่นนี้ทำให้ระบบกฎหมายของรัฐเป็นระบบกฎหมายที่สมบูรณ์ มีลักษณะยืดหยุ่นและเป็นธรรม[58]

นอกจากนี้ผลของการมอบอำนาจนิติบัญญัติขององค์กรนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายปกครองนั้น ทำให้กฎไม่อาจมีบทกำหนดที่เป็นการตัดทอนหรือจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้ กล่าวคือ กฎไม่อาจมีบทกำหนดกฎเกณฑ์ในกรณีที่เกี่ยวกับโทษทางอาญา หรือบทกำหนด

---

[57] Jean Rivero and Jean Waline, **Droit Administrative**, 20th ed. (Paris: Dalloz, 2004), p. 339; Michel D. Stassinopoulos, op. cit., p. 65 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู และคนอื่น ๆ, *เรื่องเดิม*, หน้า 186.

[58] รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์, **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 58.

กฎเกณฑ์ในกรณีที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากร แต่หลักนี้ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่เกิดภาวะไม่ปกติ เช่น มีภาวะสงคราม และกฎหมายแม่บทมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งให้ตรากฎที่มีบทกำหนดกฎเกณฑ์เช่นนั้นได้ และได้กำหนดขอบเขตของเรื่องไว้ ซึ่งโทษที่กำหนดโดยกฎจะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงตามกฎหมายแม่บท[59] ทั้งนี้ เพราะกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกรณีที่มีความสำคัญจะต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบจากองค์กรนิติบัญญัติ อันเป็นองค์กรของรัฐที่สามารถแสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน เนื่องจากองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรของรัฐอันมีที่มาจากประชาชน จึงมีความชอบธรรมในการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้แก่กรณีสำคัญ ซึ่งอำนาจในส่วนนี้ถือว่าเป็นอำนาจอันเป็นสารัตถะของรัฐสภา องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถมอบอำนาจนิติบัญญัติของตนได้ตามอำเภอใจ

2) ลักษณะทางรูปแบบของกฎ พิจารณาจากที่มาของอำนาจในการตรากฎและกระบวนการตรากฎ

(1) กฎเป็นกฎหมายที่ตราโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติอีกชั้นหนึ่ง โดยองค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อย อันจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติแต่ละฉบับไม่มีผลบังคับในตัวเองทุกมาตรา บางมาตราจำเป็นจะต้องมีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ตราบใดที่ยังไม่มีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยออกมากฎหมายมาตรานั้นจะบังคับใช้ไม่ได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์ของการบริหารราชการแผ่นดิน การตรากฎจึงต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้นอาจเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ เนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ วิธีการตราและวิธีการบังคับใช้กฎจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท อันเป็นฐานที่มาของอำนาจในการตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ด้วยเหตุนี้การตรากฎจึงอ้างอิงบทมาตราของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้ด้วย ซึ่งปกติจะเขียนไว้ในคำปรารภของกฎ

กฎจึงมีค่าบังคับต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎจะไม่มีผลบังคับใช้ และกฎจะกำหนดให้มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปตรากฎหมายต่ออีกทอดหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่าผู้รับมอบอำนาจไม่มีสิทธิมอบอำนาจต่อ แต่หลักนี้ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่เกิดภาวะไม่ปกติ เช่น มีภาวะสงคราม เป็นต้น

---

[59] J. F. Rivera, **Law of Public Administration** (Kiko Printing Press, 1955), p. 18 อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 57.

(2) การตรากฎจะต้องกระทำตามกระบวนการที่กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจกำหนดไว้ กล่าวคือ กระบวนการหรือแบบพิธีในการตรากฎ แตกต่างจากกระบวนการหรือแบบพิธีทางนิติบัญญัติที่กำหนดไว้แล้วในรัฐธรรมนูญ เช่น การตัดสินใจของรัฐสภา การให้ความยินยอมของประมุขของรัฐ และการประกาศใช้ ดังนั้น กฎหมายแม่บทจึงกำหนดแบบพิธีในการตรากฎไว้โดยเฉพาะ เช่น ในอังกฤษมีพระราชบัญญัติ The Statutory Instrument Act, 1964 เป็นกฎหมายทั่วไปที่กำหนดแบบพิธีในการตรากฎ

โดยทั่วไปกฎหมายแม่บทจะกำหนดว่าเจ้าหน้าที่องค์กรใดมีอำนาจตรากฎ และกำหนดรูปแบบของกฎควบคู่กันไป ในบางกรณีกฎหมายแม่บทอาจกำหนดกระบวนการในการตรากฎ เช่น การปรึกษาองค์กรใดองค์กรหนึ่ง การรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย การจัดให้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา และประกาศแพร่หลายแก่ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากกฎก่อนจึงจะมีผลบังคับใช้ได้

2.2.2.2 เหตุผลและความจำเป็นของการมี “กฎ”

การเปลี่ยนแปลงความคิดว่าด้วยภารกิจของรัฐ (Function of State) และความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลให้มีการตรากฎ กล่าวคือ ในศตวรรษที่ 17-18 เห็นว่ารัฐควรจะจำกัดบทบาทและหน้าที่ของตนแต่เพียงภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) ได้แก่ การอำนวยความยุติธรรม การรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติเท่านั้น ซึ่งรัฐควรจะล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด รัฐไม่ควรแทรกแซงวิถีชีวิตทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชน แต่เมื่อประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างกว้างขวาง ก่อให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบกันในสังคม ในศตวรรษที่ 20 รัฐจึงได้เข้ามาแทรกแซงวิถีชีวิตทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชน เข้าไปคุ้มครองผู้ด้อยโอกาสทำให้เกิดสิ่งที่เรียกว่า “รัฐแทรกแซง” (Interventionist State) ซึ่งต่อมากลายมาเป็น “รัฐสวัสดิการ” (Welfare State) ส่งผลให้รัฐมีภารกิจลำดับรอง (Secondary Function) เพื่อปรับปรุงวิถีชีวิตของประชาชนให้มีความเป็นอยู่ดีขึ้น และเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคม โดยรัฐจะเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้

การปฏิวัติอุตสาหกรรมก่อให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หากปล่อยให้ใช้เทคโนโลยีกันอย่างอิสระไม่มีการควบคุม อาจก่อให้เกิดปัญหาและอันตรายขึ้นได้ รัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมการใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันปัญหา ซึ่งจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ทำให้ความต้องการกฎหมายเพิ่มขึ้น

สภาพการณ์ดังกล่าวและลักษณะของรัฐที่มีความเป็นรัฐสวัสดิการ (Welfare State) หรือรัฐบริการสาธารณะสมัยใหม่ (Modern Public Service State) จึงมีการมอบอำนาจนิติบัญญัติ

ขององค์กรนิติบัญญัติให้ฝ่ายปกครอง ที่การมอบอำนาจไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะแต่ในภาวะวิกฤตหรือในภาวะสงครามเท่านั้น เนื่องจากเหตุผลและความจำเป็น ดังนี้[60]

1) ภาระขององค์กรนิติบัญญัติ

นอกจากภารกิจบัญญัติกฎหมายมาใช้บังคับแล้ว ยังมีภารกิจในการควบคุมการบริหารราชการ การงบประมาณ และการสอดส่องดูแลทุกข์สุขของประชาชน ซึ่งล้วนแล้วแต่มีรายละเอียดและขอบเขตกว้างขวางมาก องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจทำทั้งหมดได้จะต้องเลือกปฏิบัติแต่ที่สำคัญ ประกอบกับกระบวนการนิติบัญญัติมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนและกินเวลานาน การที่องค์กรนิติบัญญัติจะพิจารณาบัญญัติกฎหมายทั้งหมดจึงเป็นไปไม่ได้ จึงจำเป็นจะต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องไปตรากฎ

2) ปัญหาทางเทคนิค

กฎหมายที่บังคับใช้ในหลายเรื่องเป็นปัญหาทางเทคนิคเฉพาะด้านสูงเกินกว่านักกฎหมายทั่วไปจะเข้าใจได้ การนำรายละเอียดทางเทคนิคมาพิจารณาจะทำให้องค์กรนิติบัญญัติเสียเวลามากในการทำความเข้าใจ จึงควรให้องค์กรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องนั้น เป็นผู้กำหนดรายละเอียดตามกรอบที่องค์กรนิติบัญญัติกำหนดไว้ เช่น ยาประเภทใดควรเป็น “ยาอันตราย” หรือ “ยาควบคุมพิเศษ” หรืออาคารควรมีลักษณะ แบบ รูปทรง สัดส่วน เนื้อที่ของที่ตั้งอาคารเช่นใดจึงจะมั่นคงแข็งแรงในทางวิศวกรรม และเหมาะสมแก่การอยู่อาศัยในทางสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม

3) ความยืดหยุ่นของกฎหมาย

กฎหมายหากกำหนดตายตัวเกินไปก็จะแข็งกระด้างไม่อาจผันแปรตามความจำเป็นได้ อาจทำให้กฎหมายบังคับใช้ได้ไม่ครอบคลุมถึงเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และเป็นการยากที่องค์กรนิติบัญญัติจะดำเนินการแก้ไขกฎหมายเพื่อบังคับใช้ได้อย่างเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ปกติการบัญญัติกฎหมายจะใช้ถ้อยคำกว้างเพื่อให้เกิดการตีความเพื่อที่จะพัฒนาต่อไปได้ และเพื่อที่ศาลอาจตีความกฎหมายประยุกต์ใช้ตามความเหมาะสมแก่สถานการณ์ แต่การพัฒนาเป็นรายคดี (Case Law) จะไม่แน่ชัดแก่บุคคลทั่วไปนอกจากนักกฎหมายเฉพาะด้าน การตรากฎกลับชัดเจนกว่าและสามารถบังคับใช้ได้ครอบคลุมสมบูรณ์กว่า เช่น สัตว์ป่าหลายชนิดสูญพันธ์ไปตามลำดับ บางชนิดมีมาก บางชนิดมีน้อย บางชนิดอาจเพาะพันธ์เพิ่มเติมได้ง่าย การจะคุ้มครองสัตว์ประเภทใดนั้นจึงผันแปรไปตามสภาพของสังคม

---

[60]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *เรื่องเดิม,* หน้า 122-124.

4) การดำเนินการในภาวะรีบด่วน

การดำเนินงานของรัฐบางอย่างจะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วโดยทันทีเพื่อแก้ไขสถานการณ์ ซึ่งการที่องค์กรนิติบัญญัติเรียกประชุมเพื่อบัญญัติกฎหมายไม่อาจจะกระทำให้ทันการได้ โดยปัญหาจะมีตั้งแต่กรณีที่เป็นเรื่องปกติไปจนถึงกรณีที่ร้ายแรงมากในทางเศรษฐกิจและสังคม เช่น กรณีที่มีศึกสงคราม การนัดหยุดงาน การเกิดภาวะวิกฤตทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

2.2.3 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ”

ในระบบกฎหมายมหาชนมีความจำเป็นที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องมีเอกสิทธิ์ทางปกครองที่ทำให้สถานะหรือการกระทำของฝ่ายปกครองอยู่เหนือเอกชน เมื่อฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ เสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชนไม่มากก็น้อยอยู่เสมอ และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบ โดยในหลักการของกฎหมายมีเหตุผลอย่างน้อย 3 ประการ ซึ่งล้วนแต่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ กล่าวคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน[61]

2.2.3.1 การควบคุมตรวจสอบ “กฎ” โดยองค์กรตุลาการ

กฎเป็นการกระทำทางปกครอง ที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายที่จะตราออกมาบังคับใช้กับประชาชนผู้จะอยู่ใต้บังคับของกฎ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม และกฎอาจมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีความจำเป็นต้องมีกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบกฎ ซึ่งองค์กรตุลาการหรือศาลถือเป็นองค์กรที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดองค์กรหนึ่ง

ลักษณะของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยองค์กรตุลาการนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การควบคุมแบบนามธรรม และการควบคุมแบบรูปธรรม[62]

1) การควบคุมแบบนามธรรม

การควบคุมแบบนามธรรม (Ac Strakte Normenkontrolle) เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยองค์กรตุลาการ ในกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น การ

---

[61]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 21-25.

[62]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **กฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2543), หน้า 141.

ควบคุมในลักษณะนี้เพียงแต่ฝ่ายปกครองได้ตรากฎมาบังคับใช้ ผู้ที่มีส่วนได้เสียจากกฎที่ฝ่ายปกครองประกาศบังคับใช้ดังกล่าว ก็สามารถฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดข้อพิพาทขึ้นมาก่อนแต่อย่างใด

2) การควบคุมแบบรูปธรรม

การควบคุมแบบรูปธรรม (Konkrete Normenkontrolle) เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยองค์กรตุลาการ ในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ศาลจะต้องบังคับใช้กฎที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในคดีนั้น และมีประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณาด้วยว่ากฎนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

นอกจากนี้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยองค์กรตุลาการ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ ตามลักษณะของการพิจารณาประเด็นปัญหา คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยเป็นประเด็นหลักในคดี และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของโดยเป็นประเด็นรองในคดี

(1) การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยถือเป็นประเด็นหลักในคดี (Principal Procedure) เป็นการใช้สิทธิทางศาลที่ถูกใช้มากที่สุด เป็นกรณีที่ผู้อยู่ในบังคับของกฎสามารถโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย หรือนำกฎนั้นไปฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยตรง โดยเป็นประเด็นหลักในคดีซึ่งหากตรวจสอบแล้วกฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะส่งผลให้มีการพิจารณาเพิกถอนกฎดังกล่าวได้ และผลของการเพิกถอนกฎนั้นผูกพันเป็นการทั่วไป กล่าวคือ การเพิกถอนย่อมมีผลต่อทุกคนทั้งฝ่ายปกครองและประชาชนทั่วไป

(2) การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยถือเป็นประเด็นรองในคดี (Incidental Procedure) เป็นกรณีที่ถือว่ากฎออกบังคับใช้ยังไม่มีผลโดยตรงต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล จะต้องรอให้มีการบังคับใช้กฎนั้นเสียก่อน โดยยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีหลักที่มีการฟ้องร้องกันในประเด็นอื่น ในส่วนผู้ฟ้องคดีอาจอ้างว่าคำสั่งหรือมาตรการของฝ่ายปกครองที่ถูกโต้แย้งเป็นคดีอาศัยฐานทางกฎหมายจากกฎที่ตราโดยมิชอบหรือมีเนื้อความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีข้อบกพร่องอื่นใดอันอาจถูกเพิกถอนได้ ในส่วนผู้ถูกฟ้องคดีก็อาจหยิบยกเป็นข้อต่อสู้ โดยอ้างว่ากฎที่ผู้ฟ้องคดีอ้างถึงเพื่อสนับสนุนคำฟ้องนั้น เป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยสาเหตุบางประการ และในคดีนั้นมีปัญหาจะต้องพิจารณาต่อเนื่องในเบื้องต้นว่ากฎนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และการโต้แย้งก่อนไม่สามารถกระทำได้แม้ว่ากฎนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลในการพิจารณาก็จะผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ฝ่ายปกครองยังสามารถนำกฎนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีอื่นได้อีก

2.2.3.2 ขอบเขตของการควบคุม “กฎ”

กฎเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชน และด้วยลักษณะที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปของกฎ การบังคับใช้กฎจึงมีขอบเขตที่กว้างเมื่อ

เทียบกับการกระทำทางปกครองประเภทอื่น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายถือว่าเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง เพราะหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักพื้นฐานที่มีผลต่อการควบคุมฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้การควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างอิงการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายได้ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครอง รวมถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎมีขอบเขตของการควบคุมดังต่อไปนี้

1) องค์กรผู้ทรงอำนาจ

องค์กรผู้ทรงอำนาจในการตรากฎต้องเป็นองค์กรที่กำหนดไว้ในกฎหมาย หากกฎหมายไม่ได้กำหนดองค์กรผู้ทรงอำนาจในการตรากฎไว้ กรณีองค์กรใดจะเป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจในการตรากฎนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายแม่บทที่จะกำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้ผู้ทรงอำนาจในการตรากฎจึงมีความหลากหลายอย่างยิ่ง ซึ่งมีหลักเกณฑ์พิจารณา ดังนี้

(1) เรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ พิจารณาอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหาว่าเป็นอำนาจหน้าที่ในขอบเขตของหน่วยงานใด อำนาจหน้าที่นั้นเป็นของเจ้าหน้าที่ระดับใด

(2) เรื่องอำนาจตามเขตพื้นที่ พิจารณาอำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่ว่าอยู่ในขอบเขตทางพื้นที่ที่เจ้าหน้าที่นั้นมีอำนาจหรือไม่

2) กระบวนการและแบบ

เรื่องกระบวนการและแบบในการตรากฎมีหลักเกณฑ์พิจารณา ดังนี้

(1) เรื่องกระบวนการขั้นตอนในการตรากฎ บางกรณีกฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอน หากไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดอาจส่งผลให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น หลักการรับฟังความบุคคลที่เกี่ยวข้อง หลักการปรึกษาหารือหรือการขอความเห็นชอบจากหน่วยงานอื่น กฎจะต้องมีการประกาศ เป็นต้น

(2) เรื่องแบบของการตรากฎ กฎหมายกำหนดแบบของการตรากฎอาจแบ่งออกเป็นกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องและกฎหมายปกครองกลาง โดยแบบของการกระทำจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นต้น

3) การอ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจ

การอ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎ กรณีที่กฎมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน องค์กรที่ตรากฎจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎนั้นด้วย และกฎหมายแม่บทจะต้องกำหนดเนื้อหาวัตถุประสงค์และของเขตของกฎไว้ การตรากฎดังกล่าวโดยไม่อ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจย่อมทำให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

ทั้งนี้กฎจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ และกฎจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและกฎหมายทั่วไปด้วย เรียกว่า “หลักความมาก่อนของกฎหมาย”

4) พื้นฐานทางกฎหมายที่มอบอำนาจในการตรากฎ

การดำรงอยู่ของบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎ กฎจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น กฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎจะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ ตรวจสอบว่ามีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ตาม “หลักเงื่อนไขของกฎหมาย” และตรวจสอบต่อไปว่ากฎหมายที่ให้อำนาจนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น กรณีขณะตรากฎยังไม่มีการวินิจฉัยว่ากฎหมายแม่บทที่เป็นฐานของการตรากฎชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ต่อมามีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายแม่บทนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวกฎย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายนับตั้งแต่วันตรากฎ หรือกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายแม่บทในภายหลัง จนทำให้กฎไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับ กรณีดังกล่าวกฎย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายนับตั้งแต่วันที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายแม่บทนั้น

5) ความถูกต้องการใช้ดุลพินิจ

กรณีที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการตรากฎ ฝ่ายปกครองย่อมต้องใช้ดุลพินิจให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย เช่น กฎหมายแม่บทที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการตรากฎไว้ การใช้ดุลพินิจที่เป็นความบกพร่อง คือ การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจโดยขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ย่อมส่งผลให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่ง กฎจะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ และความสัมพันธ์ หรือที่เรียกว่า ความเหมาะสม ความจำเป็น และความสมดุลระหว่างผลกระทบกับผลที่ได้รับ

2.2.4 ความแตกต่างระหว่าง “กฎ” กับ “การกระทำทางปกครองอื่น”

เพื่อที่จะสามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างกฎกับการกระทำทางปกครองในลักษณะอื่นซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎ แต่ว่าได้ขาดสาระสำคัญของลักษณะการเป็นกฎไปบางประการ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนมุ่งที่จะแสดงให้เห็นว่ากฎมีความแตกต่างกับการกระทำทางปกครองในลักษณะอื่นอย่างไร

2.2.4.1 “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง”

คำสั่งทางปกครอง เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะราย กล่าวคือ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับต่อบุคคลที่กำหนด และไม่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์หรือกฎแต่อย่างใด เช่น คำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งราชการในตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง คำสั่งของเจ้าหน้าที่จราจรให้ผู้ขับขี่หยุดรถ คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ เป็นต้น[63]

คำสั่งทางปกครองอาจเกี่ยวข้องกับบุคคลเดียวหรือหลายบุคคลพร้อมกันและเกี่ยวเนื่องกัน (Actes Collectifs) เช่น บัญชีรายชื่อผู้ที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งเป็นข้าราชการ หรือบัญชีเลื่อนขั้นเงินเดือนหรือตำแหน่งของข้าราชการ เป็นต้น ในบัญชีที่มีรายชื่อผู้ที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการนั้น อาจมีข้าราชการที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งจำนวนหลายร้อยคน แต่ละคนอาจมีคะแนนแตกต่างกัน มีสิทธิได้รับการบรรจุก่อนหลังแตกต่างกัน ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์ที่เหมือนกัน มีลักษณะเป็นการรวมคำสั่งทางปกครองหลายฉบับของบุคคลที่สอบได้แต่ละคน ที่มีสถานภาพทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกันเข้ามาอยู่ในบัญชี หรือประกาศฉบับเดียวกันเท่านั้น ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแม้จะมีผลต่อบุคคลเป็นจำนวนมาก แต่ก็ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์และกฎ และนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมุ่งบังคับใช้กับแต่ละบุคคลที่กำหนดแบ่งแยกกันไป ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์ที่เหมือนกัน ซึ่งต่างจากกฎกระทรวงที่กำหนดเวลาเปิดปิดของสถานบริการ ที่สถานบริการแต่ละแห่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์นี้เหมือนกันไม่แตกต่างกัน[64]

ในทางทฤษฎีมีผู้อธิบายความแตกต่างของคำสั่งทางปกครอง และกฎว่าเป็นผลมาจากแนวคิดเรื่องฐานะทางกฎหมาย (Situation Juridique) ซึ่งหมายถึง บรรดาสิทธิและหน้าที่ทั้งปวงที่บุคคลอาจเป็นผู้ทรงได้ โดยอธิบายว่าฐานะทางกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ[65]

ประเภทที่หนึ่ง ฐานะทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและไม่เจาะจงตัวบุคคล (Situations Generals et Impersonnelles) เช่น สิทธิและหน้าที่ของหญิงที่สมรสแล้ว สิทธิและหน้าที่ของผู้เยาว์ อำนาจหน้าที่ของนายกเทศมนตรีตามกฎหมายเทศบาล เป็นต้น สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวจะมีเนื้อหาที่เหมือนกันสำหรับผู้ทรงสิทธิดังกล่าวทุกคน เนื่องจากเนื้อหาของสิทธิและหน้าที่ได้ถูกกำหนดขึ้นเป็นการทั่วไปโดยกฎหมายหรือกฎ

---

[63]ฤทัย หงส์สิริ, “นิติกรรมทางปกครอง,” ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง** (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 287-288.

[64]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 287-288.

[65]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 287-288.

ประเภทที่สอง ฐานะทางกฎหมายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ (Situations Juridiques Individuelles ou Subjective) เช่น ฐานะทางกฎหมายของเจ้าหนี้ ของผู้เช่า ของผู้เสียภาษีแต่ละคน ซึ่งจะแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ สิทธิและหน้าที่ของเจ้าหนี้หรือของผู้เช่าอาจแตกต่างกันไปตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขของสัญญาแต่ละฉบับ หรือสิทธิและหน้าที่ของผู้เสียภาษีอาจแตกต่างกันไปตามการประเมินของเจ้าหน้าที่โดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แต่ละรายที่ต่างกัน เนื่องจากสิทธิและหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวจะถูกกำหนดโดยนิติกรรมหรือคำสั่งเฉพาะราย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นทำให้คำสั่งทางปกครองสามารถจำแนกลักษณะที่สำคัญแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ คำสั่งทางปกครองมีข้อความที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ และคำสั่งทางปกครองที่มุ่งหมายให้บังคับใช้แก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่กฎสามารถจำแนกลักษณะที่สำคัญแบ่งออกได้เป็น 2 ประการเช่นกัน คือ กฎมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และโดยไม่มุ่งหมายให้บังคับใช้แก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่องเฉพาะราย ที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงฐานะทางกฎหมายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ มีลักษณะตรงข้ามกับกฎที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงฐานะทางกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งหรือทั้งสองข้อของกฎนั่นเอง

2.2.4.2 “กฎ” กับ “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง”

ลักษณะทั้งสองประการของคำสั่งทางปกครอง คือ ความเป็นรูปธรรมและความมีผลเฉพาะราย และลักษณะทั้งสองประการของกฎ คือ ความเป็นนามธรรมและความมีผลทั่วไป อาจเกิดการผสมผสานกันได้ ซึ่งการผสมผสานดังกล่าวอาจเกิดขึ้นแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ[66]

ลักษณะที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีลักษณะเป็นนามธรรม แต่คำสั่งนั้นมีผลบังคับเฉพาะกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดให้นายหนึ่งจะต้องมารับการตรวจสุขภาพทุกวันที่สิบห้าของเดือน และให้คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับจนกว่าจะมีการยกเลิกดังนี้ เป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะราย คือ เกิดผลกับนายหนึ่งเท่านั้น แต่มีลักษณะเป็นนามธรรมเพราะมีผลให้นายหนึ่งจะต้องปฏิบัติตามอัตโนมัติ คือ มาตรวจร่างกายทุกวันที่สิบห้าของเดือน โดยไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองใหม่ทุกเดือน

ลักษณะที่สอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม แต่คำสั่งนั้นมีผลบังคับเป็นการทั่วไปกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปในเขตห้างสรรพสินค้าที่ถูกเพลิงไหม้ ดังนี้ เป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม คือ ระบุชัดเจนว่า

---

[66]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **กฎหมายปกครองภาคทั่วไป** (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554), หน้า 145-147.

เป็นห้างสรรพสินค้าใด แต่ในขณะเดียวกันคำสั่งดังกล่าวก็มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่จำกัดจำนวนและไม่สามารถระบุตัวได้

คำสั่งที่มีลักษณะเป็นนามธรรมแต่มีผลใช้บังคับกับเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แม้จะขาดลักษณะที่เป็นรูปธรรมแต่มีผลเฉพาะบุคคลจึงอนุโลมว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน สำหรับคำสั่งที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมแต่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปนั้น อาจยากแก่การวินิจฉัยว่าควรจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือกฎ ซึ่งถ้ามองในแง่ของบุคคลผู้รับคำสั่งที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดจำนวนแล้วย่อมถือว่าเป็นกฎ อย่างไรก็ตาม คำสั่งนั้นมีความเป็นรูปธรรมซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของคำสั่งทางปกครองจึงถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองได้เช่นกัน ซึ่งเราอาจเรียกคำสั่งที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมแต่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปนี้ว่าคำสั่งทั่วไปทางปกครอง และอนุโลมนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับได้ เนื่องจากมีความยืดหยุ่นมากกว่าหากพิจารณาในแง่ของอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองและกฎ ตลอดจนการแจ้งคำสั่งทางปกครองและการประกาศของกฎ

คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับขอเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่กำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ มีลักษณะเป็น “Konkret-Generller Charakter” เช่น เจ้าพนักงานห้ามมิให้ประชาชนเดินขบวนร่วมกัน หรือห้ามมิให้เข้าไปในเขตบ้านที่ชำรุด เป็นต้น ในนัยเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมันเคยวินิจฉัยว่า เครื่องหมายสัญญาณจราจร เช่น ป้ายห้ามจอดรถยนต์ในเขตที่กำหนดที่บังคับใช้แก่บุคคลทั่วไปเป็น “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” กฎหมายเยอรมันถือว่า “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” มีฐานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ไม่ใช่ “กฎ”[67]

2.2.4.3 “กฎ” กับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง หมายถึง สิ่งที่ผู้มีอำนาจในฐานะหัวหน้าหน่วยงานของฝ่ายปกครองได้ออกใช้ภายในองค์กร เพื่อเป็นการกำหนดระเบียบและการดำเนินงานโดยทั่วไปภายในฝ่ายปกครองเอง ซึ่งไม่ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ในลักษณะที่เป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง แต่จะมีผลบังคับผูกพันเฉพาะเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองเดียวกัน ที่จะต้องปฏิบัติตามระเบียบที่ออกมาหากฝ่าฝืนจะมีความผิดทางวินัย และจะต้องได้รับโทษทางวินัยตามกฎหมายว่าด้วยวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐของฝ่ายปกครองนั้น[68]

---

[67]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **องค์ประกอบของ “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน**, *เรื่องเดิม*, หน้า 46-47.

[68]สมคิด เลิศไพฑูรย์, **รายงานการวิจัย เรื่อง คำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับคดีปกครอง** (กรุงเทพฯ: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 67.

แม้ว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและปฏิบัติตามมิฉะนั้นจะถูกลงโทษทางวินัยก็ตาม แต่ลักษณะบังคับเช่นนี้ก็หามีผลทำให้มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง กลายเป็นคำสั่งทางปกครองหรือกฎไปได้ เนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นเพียงการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดทางวินัย ตามที่กฎหมายว่าด้วยวินัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้เท่านั้น ไม่ใช่ว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองจะมีผลบังคับได้โดยตรง แต่จะต้องอาศัยฐานทางกฎหมายว่าด้วยวินัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมาบังคับอีกทีหนึ่ง

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจในฐานะหัวหน้าหน่วยงานของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจบังคับบัญชาของตน นอกจากนี้อำนาจบังคับบัญชามีลักษณะที่เป็นอำนาจที่อิสระ กล่าวคือ ไม่จำต้องรอการมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บทดังเช่นการกระทำทางปกครอง[69]

จากลักษณะสำคัญของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าว ได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองกับกฎหลายประการ แม้ว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองกับกฎต่างเป็นการกระทำโดยเจตนาที่เกิดจากฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ความแตกต่างดังกล่าวสามารถจำแนกแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้[70]

1) มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นเพียงเครื่องมือของฝ่ายปกครอง ในอันที่จะกำหนดหลักการจัดระเบียบและการดำเนินงานโดยทั่วไปภายในฝ่ายปกครองเอง ทำให้มาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่มีผลบังคับถึงบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองดังเช่นกฎ เนื่องจากการกระทำใดของฝ่ายปกครองจะมีฐานะเป็นกฎได้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะที่เป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กร มิใช่บุคคลที่ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ดังนั้น ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองกับกฎ คือ การมีผลบังคับไปสู่บุคคลภายนอกฝ่ายปกครองนั่นเอง

2) มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายในการจัดระเบียบและการดำเนินงานโดยทั่วไปภายในฝ่ายปกครองเองเป็นสำคัญ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเองก็ไม่มีผลบังคับถึงบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองแต่อย่างใด ดังนั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่เป็นการกำหนดนิติฐานะหรือสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ซึ่งลักษณะเช่นนี้ของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงแตกต่างกับกฎ คือ กฎจะต้องเป็นการกำหนดนิติฐานะ

---

[69] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 57.

[70] สุเจตน์ สถาพรนานนท์, **การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 37-38.

หรือสิทธิและหน้าที่ของบุคคล โดยการก่อให้เกิดผลทางกฎหมายต่อบุคคลทั่วไป แต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมิได้มีลักษณะเช่นนั้น

3) มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเกิดจากอำนาจบังคับบัญชาของผู้มีอำนาจในฐานะหัวหน้าหน่วยงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งอำนาจบังคับบัญชาดังกล่าวเป็นอำนาจทั่วไปสามารถออกบังคับใช้ภายในองค์กรของตนได้โดยพลการและเป็นอิสระ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายแม่บทใดมอบอำนาจให้ ซึ่งแตกต่างจากกฎ คือ กฎที่ฝ่ายปกครองสามารถตราบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บทขององค์กรนิติบัญญัติเสียก่อน และสามารถที่จะออกบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่กรอบของกฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้ แต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดในการออกบังคับใช้น้อยกว่ากฎ

2.3 เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง

เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง (Conditions de Recevabilité) หมายรวมถึงเงื่อนไขทุกประการที่เกี่ยวกับคำฟ้องและผู้ฟ้องคดีที่จะต้องปฏิบัติตามให้ครบถ้วน เพื่อให้ศาลสามารถรับคำฟ้องไว้พิจารณาและแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี โดยเงื่อนไขในการฟ้องคดีนั้นเป็นหลักที่ศาลรู้เองและมีผลตลอดกระบวนการพิจารณา หากคำฟ้องหรือผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีข้อหนึ่งข้อใด กรณีเป็นเงื่อนไขที่อาจแก้ไขให้สมบูรณ์ครบถ้วนได้ ศาลก็มีอำนาจสั่งให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขได้ หากผู้ฟ้องคดีไม่ยอมแก้ไขภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด หรือกรณีเป็นเงื่อนไขที่ไม่อาจแก้ไขได้ ให้ถือว่าคำฟ้องนั้นไม่สมบูรณ์ครบถ้วน ศาลจะต้องมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยไม่ต้องวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี ซึ่งเงื่อนไขในการฟ้องคดีดังกล่าวอาจแบ่งออกได้เป็น 10 ประการ ดังนี้

2.3.1 คดีที่ฟ้องเป็นข้อพิพาททางปกครอง

คดีที่ฟ้องเป็นข้อพิพาททางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์องค์กร และการกระทำ

1) หลักเกณฑ์องค์กร ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะต้องเป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยาม “หน่วยงานทางปกครอง” ว่า หมายถึง “กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”

2) หลักเกณฑ์การกระทำ ต้องเป็นการกระทำทางปกครอง โดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้การกระทำดังต่อไปนี้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง กล่าวคือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหรือออกคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร การกระทำที่เป็นการละเมิดทางปกครองและความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครอง และการกระทำที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว กรณีคดีที่ฟ้องเป็นข้อพิพาททางปกครองจึงเป็นเรื่องที่มีการร้องขอให้ฝ่ายปกครองดำเนินการก่อนและมีการสั่งการจากฝ่ายปกครองแล้ว หรือเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองตรากฎหรือออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับใช้แล้ว หลักนี้จะมีประโยชน์แก่ศาลในการพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับคดีปกครองไว้พิจารณามาก เพราะคดีบางเรื่องเป็นการฟ้องเรื่องที่อยู่ในขั้นตระเตรียมการของฝ่ายปกครอง เช่น บันทึกเสนอความเห็น ร่างระเบียบ เป็นต้น แต่สำหรับกรณีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำหรือละเมิดหรือสัญญานั้น อาจมีการฟ้องคดีโดยผู้ฟ้องคดีไม่ต้องแจ้งให้ผู้จะถูกฟ้องคดีทราบถึงข้อเรียกร้องของตนและให้เวลาตอบรับหรือปฏิเสธก่อน ซึ่งเป็นหลักของการฟ้องโดยตรงโดยไม่ต้องแจ้ง (Le Droit de la Citation Directe) ยกเว้นกรณีตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งบังคับอยู่ในตัวว่าต้องมีคำสั่งปฏิเสธของหน่วยงานก่อนจึงจะฟ้องได้[71]

สำหรับคดีปกครองในบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ถ้าเป็นคดีละเมิดหรือสัญญาทางปกครองจะไม่ถือหลักของการฟ้องโดยตรงโดยไม่ต้องแจ้ง ผู้ฟ้องคดีจะต้องร้องขอให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายหรือชำระหนี้ตามสัญญาก่อน เมื่อฝ่ายปกครองปฏิเสธจึงจะมีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองได้

เงื่อนไขในข้อนี้มีผลรวมถึงกรณีของคำสั่งที่นำมาฟ้องนั้น ต้องไม่ใช้นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (Acte Legislatif) และการกระทำทางรัฐบาล (Acte de Gouvernement)

2.3.2 คดีที่ฟ้องอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เงื่อนไขเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครอง โดยพิจารณาว่าเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง โดยต้องพิจารณา 2 ประการ คือ เขตอำนาจศาลในทางเนื้อหาและเขตอำนาจศาลในทางพื้นที่

---

[71]ประสาท พงษ์สุวรรณ์, “กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย,” ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2: กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.), หน้า 279.

1) เขตอำนาจศาลในทางเนื้อหา หมายความว่า หากจะเริ่มฟ้องคดีปกครองคดีหนึ่งคดีใดจะเริ่มฟ้องที่ศาลใด กล่าวคือ ฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด โดยมาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ ดังนี้ ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองชั้นต้น เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้ คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองประกาศกำหนด คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด คดีอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

2) เขตอำนาจศาลในทางพื้นที่ เป็นกรณีที่ศาลระดับเดียวกันมีการแบ่งเขตพื้นที่ เช่น ตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองแลวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้น ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลปกครองชั้นต้นนั้น” แต่ในกรณีนี้ย่อมไม่นำมาพิจารณาในกรณีที่มีเพียงศาลเดียวที่มีเขตอำนาจ เช่น ศาลปกครองสูงสุด

2.3.3 ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีที่ฟ้องนั้น

ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (Intérêt à Agir) เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดีหรือผู้มีสิทธิในการฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นว่าสิทธิของตนถูกโต้แย้ง (Droit Lésé) หรือมีการโต้แย้งสิทธิของผู้ฟ้องคดีแล้วจึงจะถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

1) ผู้มีสิทธิฟ้องคดีโดยผลของกฎหมาย ได้แก่ กรณีของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองแลวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า กฎหรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ ในการเสนอความเห็นดังกล่าวผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามิได้เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายจริง ๆ แต่กฎหมายให้ถือเสมือนเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42

2) ผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามข้อเท็จจริง ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองแลวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรืองดเว้นการ

กระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการที่คำสั่งทางปกครองหรือกฎนั้น ต้องก่อผลกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ฟ้องคดี (L’Acte Faisant Grief) ซึ่งมาจากหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางเป็นหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า นอกจากนิติกรรมทางปกครองจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย (L’Effet Juridique) หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีแล้ว นิติกรรมทางปกครองนั้นต้องก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ฟ้องคดีด้วย (L’Acte Faisant Grief) (De Minimis non Curat Praetor) ศาลจึงจะรับคำฟ้องไว้พิจารณา ซึ่งหากนิติกรรมทางปกครองนั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดความขัดข้องเล็กน้อย ซึ่งเกิดขึ้นเป็นปกติจากการดำเนินการภายในหน่วยงานนั้น ศาลปกครองก็ไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ เช่น การกระทำที่อยู่ในขั้นตระเตรียมการเพื่อที่จะตรากฎ (Lesactes Préparatoires) หรือคำสั่งยืนยัน (La Decision Confirmative) ที่มีวัตถุประสงค์และเนื้อหาในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ไม่ต่างไปจากคำสั่งเดิม หรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (Lesmesures d’Oedre Intérieur) ที่มีขึ้นเพื่อจัดระบบการทำงานภายในฝ่ายปกครองและมีผลบังคับใช้เฉพาะกับฝ่ายปกครองเท่านั้น หรือคำสั่งจัดระบบงานภายในกองหรือสำนัก หรือคำสั่งย้ายข้าราชการภายในกองโดยไม่กระทบต่อสิทธิประโยชน์หรือก่อให้เกิดภาระทางการเงินเพิ่มเติม[72]

2.3.4 ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมาย

การดำเนินคดีปกครองก็เช่นเดียวกับคดีประเภทอื่น กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถ (Capacité Juridique) ในการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากผู้ฟ้องคดีมีข้อบกพร่องในเรื่องความสามารถก็จะต้องดำเนินการแก้ไขตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ มาตรา 45 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในการดำเนินกระบวนพิจารณา คู่กรณีจะดำเนินการทั้งปวงด้วยตนเองหรือจะมอบอำนาจให้ทนายความหรือบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดเพื่อฟ้องคดีหรือดำเนินการแทนได้”

---

[72]ประสาท พงษ์สุวรรณ์, **เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง**, เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตร พนักงานคดีปกครอง ระดับกลาง รุ่นที่ 16, 2556. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 15.

ต่อมาระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวนการโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 20 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “คู่กรณีในคดีปกครองอาจมอบอำนาจให้ทนายความหรือบุคคลอื่นซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว และมีความรู้ความสามารถที่อาจดำเนินการแทนผู้มอบอำนาจได้ ฟ้องคดีหรือดำเนินคดีปกครองแทนคู่กรณีได้” และข้อ 20 วรรคสอง กำหนดว่า “คู่กรณีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจมอบอำนาจให้ข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้าง แล้วแต่กรณีของหน่วยงานทางปกครองนั้น หรือหน่วยงานทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นสังกัดอยู่ หรือพนักงานอัยการฟ้องคดีหรือดำเนินคดีปกครองแทนได้”

สำหรับเรื่องความสามารถในการฟ้องคดีของบุคคลนั้นตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 26 กำหนดว่า “บุคคลผู้ไร้ความสามารถจะฟ้องคดีปกครองได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสามารถ

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการอนุญาตหรือต้องได้รับความยินยอมก่อน ให้แนบหนังสืออนุญาตหรือหนังสือแสดงความยินยอมมาพร้อมกับคำฟ้องด้วย”

ในเรื่องความสามารถของผู้ฟ้องคดีที่มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะ คือ ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 27 กำหนดว่า “ในกรณีที่ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ประสงค์จะฟ้องคดีปกครองด้วยตนเอง ถ้าศาลเห็นสมควร จะอนุญาตให้ฟ้องคดีปกครองด้วยตนเองก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้พนักงานเจ้าน้าที่ของศาลแจ้งให้ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ดังกล่าวทราบ และศาลมีคำสั่งให้ผู้แทนโดยชอบธรรมนั้นหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องให้ข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อประกอการพิจารณาได้”

2.3.5 เป็นคำฟ้องที่มีสาระสำคัญครบถ้วน

ต้องเป็นคำฟ้องที่มีสาระสำคัญครบถ้วนสมบูรณ์ตามเนื้อหาที่ระบุไว้ในมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองแลวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยบัญญัติให้คำฟ้องคดีปกครองต้องใช้ถ้อยคำสุภาพและมีรายการดังต่อไปนี้

1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดี

2) ชื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

3) การกระทำทั้งหลายที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี พร้อมทั้งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ตามสมควรเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว

4) คำขอของผู้ฟ้องคดี

5) ลายมือชื่อของผู้ฟ้องคดี ถ้าเป็นการยื่นฟ้องคดีแทนผู้ฟ้องคดีแทนผู้อื่นจะต้องแนบใบมอบฉันทะให้ผู้ฟ้องคดีมาด้วย

นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีต้องแนบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องด้วย ในกรณีที่ไม่อาจแนบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องได้ เพราะพยานหลักฐานอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลอื่นหรือเพราะเหตุอื่นใด ผู้ฟ้องคดีต้องรู้เหตุที่ไม่อาจแนบพยานหลักฐานไว้ด้วย รวมทั้งต้องยื่นคำฟ้องที่ถูกต้องกับพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลหรือส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน และเพื่อประโยชน์ในการนับอายุความ ให้ถือว่าวันที่ส่งคำฟ้องแก่เจ้าพนักงานไปรษณีย์เป็นวันที่ยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครอง ตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.3.6 มีการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบขั้นตอนแล้ว

เงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เป็นไปตามหลัก (Exhaustion of Administrative Remedy หรือ Èpuisement des Voies de Recours) โดยมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด” ก่อนจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์หรือร้องทุกข์ในฝ่ายปกครองก่อน ทั้งนี้ ตามกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายกลาง และเมื่อมีการวินิจฉัยสั่งการตามกฎหมายนั้นแล้ว หรือมิได้มีการวินิจฉัยสั่งการในเวลาอันสมควร จึงจะฟ้องต่อศาลปกครองได้

เงื่อนไขนี้ถือว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ หากผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองย่อมไม่รับคำฟ้องคดีไว้พิจารณา

2.3.7 เป็นคำฟ้องที่ศาลสามารถออกคำบังคับได้

เงื่อนไขนี้เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับคำขอของผู้ฟ้องคดี ซึ่งต้องเป็นคำขอที่ศาลสามารถออกคำบังคับให้ได้ โดยเป็นไปตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติขัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่ศาลสามารถออกคำบังคับได้ตามมาตรา 72 และกรณีที่จำเป็นต้องมีคำบังคับตามมาตรา 72

1) กรณีเป็นคำฟ้องที่ศาลสามารถออกคำบังคับได้ตามมาตรา 72 หมายความว่า คำขอตามคำฟ้องนั้นต้องอยู่ในขอบเขตที่ศาลอาจกำหนดคำบังคับได้ตามมาตรา 72 ซึ่งปกติจะเป็นคำบังคับที่กำหนดขึ้นให้สอดคล้องกับประเภทคดีตามมาตรา 9 ดังนั้น ถ้าในคำฟ้องนั้นมีคำขอที่นอกเหนือหรือขัดกับมาตรา 72 จะถือว่าเป็นกรณีที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกับการที่ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้มีส่วนได้เสีย

2) กรณีเป็นคำฟ้องที่จำเป็นต้องมีคำบังคับตามมาตรา 72 หมายความว่า คำขอตามคำฟ้องนั้นต้องมิใช่กรณีที่หน่วยงานทางปกครองสามารถบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้อยู่แล้ว เช่น กรณีที่กรมสรรพากรฟ้องบังคับให้ข้าราชการของตนที่ทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่กรมสรรพากร ทั้งที่กรมสรรพากรสามารถออกคำสั่งให้ชดใช้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ยึด อายัดทรัพย์ได้อยู่แล้วตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (คำสั่งทางปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 952/2544)

นอกจากนี้ ในกรณีที่เหตุแห่งการฟ้องคดีหมดสิ้นไปแล้ว ก็เป็นกรณีที่ศาลไม่จำเป็นต้องออกคำบังคับให้

2.3.8 ยื่นคำฟ้องภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้

เงื่อนไขเกี่ยวกับอายุความหรือที่กฎหมายใช้คำว่า “ระยะเวลาการฟ้องคดี” นั้น อาจจะต้องจำแนกตามลักษณะคดีแต่ละประเภท ซึ่งมีการกำหนดระยะเวลาแตกต่างกัน ดังนี้

1) คดีที่ฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใด โดยผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนกฎ คำสั่งทางปกครองหรือสั่งห้ามการกระทำอื่นใดนั้น กรณีจะต้องยื่นฟ้องภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ได้รู้ถึงเหตุแห่งกรฟ้องคดี ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2) คดีที่ฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีนี้จะต้องยื่นฟ้องภายใน 90 วันนับแต่วันที่พ้นกำหนด 90 วันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด และไม่ได้รับคำชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3) คดีที่ฟ้องเกี่ยวกับการละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น ตามมาตรา 9 (3) ให้ฟ้องภายใน 1 ปี และการฟ้องเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาทางปกครอง มาตรา 9 (4) ให้ยื่นฟ้องภายใน 5 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรได้รู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

4) การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสถานะของบุคคล คดีปกครองประเภทนี้จะฟ้องเมื่อใดก็ได้ ตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.3.9 เป็นคำฟ้องที่ชำระค่าธรรมเนียมศาลโดยถูกต้อง

คดีปกครองบางประเภทการฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล กล่าวคือ คดีปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (2)

แต่จะมีเฉพาะคำฟ้องขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4) คือ คดีละเมิดทางปกครองและความรับผิดอย่างอื่น และคดีสัญญาทางปกครองเท่านั้น เป็นคดีที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล โดยมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้”

นอกจากนี้ มาตรา 45/1 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 45 วรรคสี่ หากคู่กรณีใดยื่นคำขอต่อศาลโดยอ้างว่าไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะเสียค่าธรรมเนียมศาล หรือโดยสถานะของผู้ขอถ้าไม่ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร ถ้าศาลเห็นว่ามีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะรับฟ้องไว้พิจารณาหรือในกรณีอุทธรณ์ซึ่งศาลเห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรที่จะอุทธรณ์ได้ แล้วแต่กรณี และศาลได้ไต่สวนแล้วเห็นว่ามีเหตุตามคำขอจริงก็ให้ศาลอนุญาตให้คู่กรณีนั้นดำเนินคดี โดยยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วนได้ คำสั่งให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลเฉพาะบางส่วน หรือมีคำสั่งให้ยกคำขอ ผู้ยื่นคำขอมีสิทธิดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง

(1) ยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคำขอนั้นใหม่ เพื่ออนุญาตให้ตนนำพยานหลักฐานมาแสดงเพิ่มเติมว่าไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะเสียค่าธรรมเนียมศาลได้จริง หรือโดยสถานะของผู้ขอถ้าไม่ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร

(2) ยื่นอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลปกครองสูงสุด

ในกรณีที่คู่กรณีใช้สิทธิตาม (1) หรือ (2) อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว จะใช้สิทธิอีกประการหนึ่งมิได้

การยื่นคำขอ การพิจารณาคำขอ การขอให้พิจารณาใหม่ การอุทธรณ์และการดำเนินกระบวนพิจารณาอื่นใดที่เกี่ยวกับการขอดำเนินคดีตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ออกตามมาตรา 44”

2.3.10 ไม่เป็นการฟ้องซ้อน ฟ้องซ้ำ หรือดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ

เงื่อนไขเรื่องไม่เป็นการฟ้องซ้อน ฟ้องซ้ำ หรือดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำมิได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วยเหตุดังกล่าว เงื่อนไขนี้จึงเป็นไปตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้กำหนด ข้อ 36 (1) กำหนดห้ามการฟ้องซ้อน ข้อ 97 ห้ามการฟ้องซ้ำ และข้อ 96 ห้ามดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ

1) เรื่องที่ฟ้องจะต้องไม่เป็นการฟ้องซ้อน ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 36 กำหนดไว้ว่า “นับแต่เวลาที่ได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลแล้ว คดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาและผลแห่งการนั้น

(1) ห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดียื่นคำฟ้องเรื่องเดียวกันต่อศาลนั้นหรือต่อศาลอื่นอีก และ

(2) ถ้ามีเหตุเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นในพฤติการณ์อันเกี่ยวด้วยการยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้น เช่น การเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลหรือการเปลี่ยนแปลงภูมิลำเนาของผู้ฟ้องคดี การเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้นหาตัดอำนาจศาลที่รับคำฟ้องไว้ในอันที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไม่”

2) เรื่องที่ฟ้องจะต้องไม่เป็นการฟ้องซ้ำ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 97 กำหนดไว้ว่า “คดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดถึงที่สุดแล้ว ห้ามมิให้คู่กรณีเดียวกันฟ้องกันอีกในประเด็นที่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน”

3) เรื่องที่ฟ้องจะต้องไม่เป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 96 กำหนดไว้ว่า

“เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีหรือประเด็นใดแห่งคดีแล้ว ห้ามมิให้ดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลอันเกี่ยวกับคดีหรือประเด็นที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วนั้น เว้นแต่

(1) การแก้ไขข้อผิดพลาดหรือหลงผิดเล็กน้อยตามข้อ 95

(2) การพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดใหม่ตามมาตรา 75

(3) การพิจารณาใหม่แห่งคดีที่สำนวนคดีหรือเอกสารในสำนวนคดีสูญหายหรือบุบสลายตามข้อ 21

(4) การยื่น การรับ หรือไม่รับอุทธรณ์ตามมาตรา 73

(5) การดำเนินการเกี่ยวกับการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระหว่างการยื่นอุทธรณ์ซึ่งคำอุทธรณ์อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้นตามข้อ 104 หรือข้อ 106

(6) การที่ศาลปกครองสูงสุดส่งคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นที่ได้พิจารณาและพิพากษาหรือมีคำสั่งคดีนั้น เพื่อให้พิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่หรือพิจารณาและพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ ตามข้อ 112

(7) การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง”

บทที่ 3

“กฎ” ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

แต่เดิมแนวคิดเรื่องการมอบอำนาจบัญญัติกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในต่างประเทศว่าสามารถกระทำได้หรือไม่และในขอบเขตเพียงใด เพราะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจไปใช้ในประเทศต่าง ๆ นั้น เป็นการนำไปใช้ในการจัดรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศที่รองรับหลักการแบ่งแยกอำนาจจะบัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจทั้งสองโดยแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ การแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดและการแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศที่กำหนดให้มีการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด แต่ในทางปฏิบัติที่เป็นจริงของการใช้อำนาจทั้งสองอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารยังคงเกี่ยวพันกันอยู่ ดังนั้น อำนาจในการตรากฎองค์กรบริหารที่มีฐานะเป็นฝ่ายปกครองจึงมีขึ้น เพื่อช่วยเหลือการทำหน้าที่บัญญัติกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งการศึกษาอำนาจการตรากฎของต่างประเทศ จะทำให้สามารถเข้าใจถึงสถานะ ประเภท และผลทางกฎหมายของกฎ และจะทำให้สามารถเข้าใจถึงสถานะ ประเภท และผลทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

การที่ประเทศไทยจะสามารถแก้ไขปัญหาระบบกฎหมายนั้น วิธีการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับอย่างมากในวงวิชาการ คือ การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ จนถือว่าเป็นแนวทางของการจัดทำวิทยานิพนธ์ ซึ่งผู้เขียนก็มีความเห็นสอดคล้องกับแนวทางนี้ จึงได้นำตัวอย่างของแนวคิดเกี่ยวกับกฎของต่างประเทศมาเปรียบเทียบ เพื่อศึกษาและค้นคว้าหาหนทางนำมาปรับใช้กับประเทศไทย ดังนี้

3.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษถือว่าองค์กรนิติบัญญัติเป็นที่มาของอำนาจนิติบัญญัติและองค์กรนิติบัญญัติอาจมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมายให้องค์กรบริหารได้ ผลของการมอบอำนาจทำให้เกิดกฎหมายที่ตราโดยการได้รับมอบอำนาจ (Delegated Legislation) หรือกฎ (Subordinate Legislation) แต่

อำนาจที่ได้รับมอบมานี้ไม่ได้มีโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่เป็นเพียงอำนาจรองเพราะถูกจำกัดตามพระราชบัญญัติที่มอบให้นั้น[1] ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงสถานะ ประเภท และผลทางกฎหมายของกฎและมาตรการภายใน ตลอดจนการควบคุมกฎโดยศาล

3.1.1 กฎ

อังกฤษไม่ได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออมาใช้ในการจัดรูปแบบการปกครอง ในทางตรงกันข้ามอังกฤษเป็นแม่แบบของการคิดค้นหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะมองเตสกิเออธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจจากการสังเกตรูปแบบการปกครองของอังกฤษ[2]

การนิติบัญญัติ (Legislation) ของอังกฤษมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกลาง และปรากฏชัดเจนในรัชสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 ค.ศ. 1327-1377 แต่มิได้มีความหมายดังเช่นความหมายในปัจจุบัน ที่หมายถึงกระบวนการที่ผ่านความเห็นชอบจาก 3 ฝ่าย (Threefold Assent) ได้แก่ กษัตริย์ ขุนนาง และสามัญชน (King, Lord, and Common)

ในสมัยกลาง พระราชบัญญัติ (Statute) เป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการบัญญัติกฎหมายของกษัตริย์อังกฤษ แต่การบัญญัติพระราชบัญญัติจะกระทำกันอย่างไรและอาศัยอำนาจอะไรในการบัญญัตินั้นไม่มีแบบพิธีที่ชัดเจนดังเช่นในปัจจุบัน คงเข้าใจและยอมรับกันเพียงว่าการบัญญัติกฎหมายเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ นอกจากนั้นกษัตริย์อาจบัญญัติกฎหมายในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่พระราชบัญญัติก็ได้ และไม่มีขอบเขตกำหนดไว้[3]

ในสมัยนั้นผู้พิพากษาอังกฤษมิได้คิดว่าตนผูกพันที่จะต้องใช้พระราชบัญญัติ ตรงกันข้ามผู้พิพากษาอังกฤษผูกพันอยู่กับคอมมอนลอว์ ถือว่าตนเป็นเพียงข้ารับใช้และเป็นปากเป็นเสียงของคอมมอนลอว์ พระราชบัญญัติของกษัตริย์ไม่ใช่กฎหมายสูงสุดดังเช่นกฎหมายของพระเจ้า (A Law of God) แต่อยู่ภายใต้คอมมอนลอว์ และทัศนะเช่นนี้ยังคงมีความสำคัญในการจำกัดขอบเขตของการบัญญัติพระราชบัญญัติ จนกระทั่งในศตวรรษที่ 19 ข้อจำกัดขอบเขตของการบัญญัติพระราชบัญญัติถูกยกเลิกไป ทำให้รัฐสภา (Parliament) เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย

---

[1]David Foulkes, **Administrative Law**, 5th ed. (London: Butterworths, 1982), pp. 58-59 อ้างถึงใน ธรรมนิตย์ สุมันตกุล, การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง (2547), ค้นวันที่ 1 เมษายน 2558 จาก http://www.lawreform.go.th, หน้า 2.

[2]หยุด แสงอุทัย, **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 57-58.

[3]C. K. Allen, **Law and Orders**, 3rd ed. (London: Stevens & Sons, 1965), p. 24 อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 43.

(Legislation) มีอำนาจบัญญัติพระราชบัญญัติให้มีผลบังคับใช้เหนือกฎหมายทั้งหลายที่บังคับใช้อยู่ในประเทศ[4] จึงกลายมาเป็นความหมายของการนิติบัญญัติในปัจจุบัน

วิวัฒนาการในการตรากฎของอังกฤษ จึงได้รับมรดกทางความคิดและสถาบันมาจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติของกษัตริย์ในยุคกลาง และพัฒนามาจากการมอบอำนาจ (Delegation) ของกษัตริย์ในฐานะรัฐบาลกลาง (A Central Subordinate Authority) แก่ส่วนท้องถิ่นหรือข้าราชบริพารของพระองค์ (Local or Subordinate Deputies) ตั้งแต่ก่อนศตวรรษที่ 14 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการมอบอำนาจให้จัดการในทางเศรษฐกิจ เช่น การส่งแกะไปขายต่างประเทศใน ค.ศ. 1337 และเครื่องเย็บสมุดใน ค.ศ. 1385[5] โดยวิวัฒนาการการตรากฎสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ระยะ ดังนี้

ระยะแรก การบัญญัติกฎหมายตามที่ได้รับมอบอำนาจ (Delegated Legislation) มีขึ้นเป็นครั้งแรกในรัชสมัยของพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 ค.ศ. 1509-1547 กล่าวคือ ใน ค.ศ. 1531 รัฐสภาได้บัญญัติพระราชบัญญัติ Statute of Sewers มอบอำนาจให้คณะกรรมการ (Commissioners of Sewers) ตรากฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ เช่น Ordinances และ Decrees โดยคณะกรรมการมีอำนาจตรากฎหมายในเรื่องใดก็ได้ เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปและมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขกฎหมาย คณะกรรมการก็มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกฎหมายนั้นรวมทั้งตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้น ซึ่งกฎหมายที่คณะกรรมการตราขึ้นนี้มีผลสมบูรณ์ตามพระราชบัญญัติเมื่อได้รับความเห็นชอบจาก Chancery และได้รับความยินยอมจากกษัตริย์ นอกจากนี้คณะกรรมการยังมีอำนาจกำหนดอัตราภาษีที่ดิน และการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการไม่ชำระภาษีรวมทั้งกำหนดบทลงโทษทางอาญาด้วย การมอบอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการมอบอำนาจอย่างกว้างขวางทั้งในการบัญญัติกฎหมาย การปกครอง และการพิจารณาคดี ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้ต่อมาเป็นเวลา 400 ปี จนถึง ค.ศ. 1930[6]

ส่วนหลักการ (The Principle) ที่องค์กรบริหารจะมีอำนาจตรากฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา เพิ่งปรากฏขึ้นใน ค.ศ. 1539 โดยพระราชบัญญัติ Statute of Proclamation มอบอำนาจให้กษัตริย์โดยคำแนะนำขององคมนตรี (King in Council) ออกประกาศพระราชโองการ (Proclamation) ทั้งนี้ เนื่องจากเริ่มมีแนวความคิดว่าพระราชโองการของกษัตริย์ควรได้รับการปรึกษาหารือจากรัฐสภาก่อนที่จะนำมาประกาศใช้[7] อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจในครั้งนั้นรัฐสภายังไม่มีฐานะเป็นองค์กรสูงสุด และกฎหมายที่กษัตริย์บัญญัติขึ้นโดยคำแนะนำขององคมนตรีมีผลบังคับ

---

[4] *ibid.,* pp. 24-25 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 43.

[5] *ibid.,* p. 25 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 43.

[6] *ibid.,* pp. 26-27 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 44.

[7] *ibid.,* pp. 25-26 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 44.

ใช้เช่นเดียวกับกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยคำแนะนำของรัฐสภา (The Same Force as Acts of Parliament) โดยมีเงื่อนไขเพียงว่าร่างกฎหมายที่กษัตริย์บัญญัติขึ้นนี้จะต้องไม่มีผลกระทบต่อคอมมอนลอว์ ไม่มีผลกระทบต่อพระราชบัญญัติที่มีผลบังคับใช้อยู่เดิม ไม่มีผลกระทบต่อที่ดิน สินค้า หรือที่อยู่อาศัย รวมทั้งไม่มีผลกระทบต่อประเพณีอันดีงามและความชอบด้วยกฎหมายของบ้านเมือง[8]

ระยะที่สอง ต่อมาในสมัยราชวงศ์สจ๊วต ค.ศ. 1603-1714 ยังคงมีปัญหาในเรื่องอำนาจของรัฐบาล รวมทั้งอำนาจบัญญัติกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย หรืองดเว้นไม่บังคับใช้กฎหมายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด (The Claim to Suspend or Dispense Form the Law) และกลายมาเป็นความขัดแย้งอย่างรุนแรงระหว่างอำนาจของรัฐสภากับอำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ ส่งผลให้เกิดเหตุการณ์เรียกคืนอำนาจ และเกิดโศกนาฏกรรมขึ้นโดยการจับกุมพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ไปขังคุก อันเป็นผลสืบเนื่องจากความขัดแย้งและการแย่งชิงอำนาจในการบัญญัติกฎหมายระหว่างรัฐสภาและกษัตริย์ดังกล่าว ต่อมาในรัชสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 พระองค์ทรงพยายามรวมอำนาจมากขึ้น ใน ค.ศ. 1688 รัฐสภาจึงทำการปฏิวัติต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชของพระองค์และบัญญัติพระราชบัญญัติ Bill of Rights 1689 เพื่อจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ และในปลายราชวงศ์สจ๊วต รัชสมัยของพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 พระองค์ทรงรวมอำนาจอีกครั้งจนก่อให้เกิดการปฏิวัติเป็นครั้งที่ 2 ซึ่งการปฏิวัติในครั้งนี้แม้ว่าจะไม่มีการเสียเลือดเสียเนื้อ แต่ก็ได้สร้างหลักเกณฑ์และสถาบันในการบัญญัติกฎหมายขึ้น และเป็นรากฐานของการใช้อำนาจนิติบัญญัติของอังกฤษในปัจจุบัน โดยรัฐสภาได้บัญญัติพระราชบัญญัติ Act of Settlement จำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ ตั้งแต่นั้นมาพระราชอำนาจของกษัตริย์ทรงถูกจำกัดโดยทั้งกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภาและคอมมอนลอว์ ศาลหลวงก็ไม่เคยพิพากษาว่าพระราชบัญญัติที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นเป็นโมฆะอีกเลย ตรงกันข้ามกลับพิพากษาว่ารัฐสภามีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมายใดหรือไม่ก็ได้ และเมื่อบัญญัติกฎหมายแล้วศาลไม่มีอำนาจตัดสินว่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นโมฆะ ด้วยเหตุนี้รัฐสภาจึงเป็นองค์กรผู้มีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนพระราชอำนาจของกษัตริย์แต่เดิมในการบัญญัติกฎหมายนั้นมีฐานะรองลงมา[9]

ระยะที่สาม ในระยะแรกของการได้รับชัยชนะของรัฐสภาเหนือกษัตริย์นั้น รัฐสภาระมัดระวังต่อการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรบริหารมาก กฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นจึงเป็นกฎหมายที่มีรายละเอียดและซับซ้อนมาก จนถึงปลายศตวรรษที่ 18 ได้มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม แนวความคิดเสรีนิยมถูกแทนที่ด้วยแนวความคิดแบบ Collectivism รัฐสภาจำเป็นจะต้องบัญญัติกฎหมายเพิ่มมากขึ้น เช่น ในเรื่องสุขภาพอนามัย ในเรื่องการศึกษา ในเรื่องการใช้แรงงานเด็ก เป็นต้น และรัฐสภาเริ่มตระหนักแล้วว่าความเป็นจริงงานนิติบัญญัติไม่อาจดำเนินต่อไปได้ โดยปราศจากความ

---

[8] *ibid.,* p. 26 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 45.

[9] *ibid.,* pp. 27-28 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 46.

ช่วยเหลือขององค์กรบริหารที่มีความรู้ความสามารถและใกล้ชิดกับปัญหา เนื่องจากงานบริการประชาชนขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว รัฐสภาจึงได้มอบอำนาจให้องค์กรบริหารมากยิ่งขึ้นจนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19 เกิดความสับสนและเกิดปัญหาที่จะต้องทบทวนถึงการมอบอำนาจของรัฐสภาและการตรากฎหมายตามที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศตวรรษที่ 20 เมื่อเข้าสู่รัฐสวัสดิการปัญหาเศรษฐกิจและสังคมเรียกร้องให้รัฐเข้าไปจัดการแก้ไขปัญหา ความต้องการกฎหมายจึงเพิ่มมากขึ้น การมอบอำนาจจึงเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย และเนื่องจากรัฐบาลมักมีเสียงข้างมากเด็ดขาดในรัฐสภาทำให้ในความเป็นจริงการบัญญัติพระราชบัญญัติโดยรัฐสภาถูกควบคุมโดยรัฐบาลผ่านกลไกพรรคการเมือง ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวจึงให้อำนาจองค์กรบริหารตรากฎและตัดสินข้อพิพาทด้วยตนเองพร้อมกับบัญญัติในลักษณะจำกัดอำนาจศาลยุติธรรมเอาไว้ เช่น ให้กฎที่ตราโดยองค์กรบริหารถือเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ หรือให้การตัดสินข้อพิพาทของรัฐมนตรีถือเป็นที่สุด ซึ่งคณะกรรมาธิการโดโนมอร์ (Donoughmore Committed) เสนอแนะว่าบทบัญญัติเช่นนี้รัฐสภาไม่ควรบัญญัติขึ้นอีก พร้อมกับให้มีมาตรการควบคุมกฎโดยรัฐสภาผู้มอบอำนาจ ก็ปรากฏว่าบทบัญญัติตัดอำนาจศาลในทำนองนี้มีน้อยลงตามลำดับ จนปัจจุบันกล่าวได้ว่าแทบไม่มีเลย

เมื่อมีข้อวิจารณ์ถึงอันตรายของการมอบอำนาจ ประกอบกับความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตระหว่างอำนาจบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาและอำนาจการตรากฎขององค์กรบริหารซึ่งมีปัญหาที่ถกเถียงกันมาก คือ การบัญญัติกฎหมายของรัฐสภามีมาตรการป้องกันทางประชาธิปไตย เช่น มีการอภิปรายร่างพระราชบัญญัติในสภาผู้แทนราษฎร มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนในร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้ แต่ในขณะที่การตรากฎขององค์กรบริหารนั้นร่างขึ้นในส่วนราชการของตน และที่สำคัญกฎหมายของฝ่ายปกครองจะมีผลบังคับใช้ทันทีโดยไม่ต้องมีการประกาศหรือแจ้งให้ประชาชนทราบก่อน ดังนั้น ใน ค.ศ. 1893 รัฐบาลจึงได้ตรากฎหมาย The Rules Publication Act, 1893 กำหนดให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาจะต้องจัดให้มีการประกาศเผยแพร่ให้ประชาชนทราบก่อน ต่อมาใน ค.ศ. 1946 รัฐสภาได้บัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้น The Statutory Instrument Act, 1946 และยกเลิก The Rules Publication Act, 1983 เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายฉบับเดิม โดยได้กำหนดคำจำกัดความให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎภายใต้คำว่า “กฎหมายอุปกรณ์” (Statutory Instruments) ไม่ว่าชื่อเฉพาะของกฎนั้นจะเรียกว่าพระราชกฤษฎีกาในสภาองคมนตรี (Order in Council) กฎกระทรวง (Ministerial Order) หรือชื่อ

อื่นใดก็ตาม[10] และยังได้กำหนดวิธีการเฉพาะที่จะตรวจสอบการตรากฎขององค์กรบริหารให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐสภาด้วย กล่าวคือ[11]

ในการยกร่างกฎนั้น ส่วนราชการเจ้าของเรื่องจะต้องส่งไปให้คณะกรรมการร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีลอร์ดชานเซลเลอร์และเจ้าหน้าที่เป็นผู้ตรวจไม่ให้กฎดังกล่าวเกินขอบอำนาจของกฎหมายแม่บท ในขั้นตอนนี้เป็นธรรมเนียมที่ส่วนราชการเจ้าของเรื่องมักจะหารือองค์กรที่เป็นผู้แทนของกลุ่มบุคคล ซึ่งจะถูกกฎนั้นบังคับใช้ โดยให้องค์กรนั้นทำความเห็นเป็นหนังสือมายังผู้ร่างได้

ที่สำคัญที่สุดกฎหมายฉบับนี้ได้เพิ่มการควบคุมกฎโดยรัฐสภา ซึ่งกำหนดมาตรการตั้งแต่ระดับการควบคุมค่อนข้างน้อยไปจนถึงการควบคุมมาก ขึ้นอยู่กับความสำคัญและผลกระทบของกฎต่อประชาชน

1) กระบวนการควบคุมที่อ่อนที่สุด ได้แก่ การบังคับให้องค์กรบริหารสามารถตรากฎและประกาศใช้ได้เลย แต่จะต้องนำกฎนั้นส่งไปยังรัฐสภา (Pay on the Table)

2) กระบวนการควบคุมที่เข้มข้นขึ้นมา ซึ่งมักใช้กับเรื่องที่สำคัญเพิ่มขึ้น ได้แก่ การบังคับให้องค์กรบริหารสามารถตรากฎและประกาศใช้ได้เลย แต่จะต้องนำกฎนั้นส่งไปให้รัฐสภา และรัฐสภาสามารถปฏิเสธไม่ให้บังคับใช้กฎดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด (Negative Procedure)

3) กระบวนการควบคุมสำหรับกฎที่สำคัญเพิ่มขึ้นไปอีก ได้แก่ การบังคับให้องค์กรบริหารจะต้องเสนอร่างกฎส่งไปให้รัฐสภา และรัฐสภาสามารถปฏิเสธไม่ให้ประกาศบังคับใช้ร่างกฎดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด (Negative Procedure)

4) กระบวนการควบคุมสุดท้ายที่ใช้สำหรับเรื่องที่สำคัญที่สุด โดยเฉพาะกฎที่กำหนดอัตราภาษีอากรหรือกำหนดความผิดทางอาญา ได้แก่ การบังคับให้องค์กรบริหารจะต้องเสนอร่างกฎต่อรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาลงมติรับรองเสียก่อน (Confirmation Procedure) จึงจะประกาศใช้ได้

นอกจากนี้ยังกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้มีการประกาศเผยแพร่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาในราชกิจจานุเบกษา (The Majesty's Stationery Office) ก่อนมิฉะนั้นฝ่ายจำเลยที่ถูกฟ้องว่าละเมิดกฎหมายดังกล่าว อาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้ว่ายังไม่มีการประกาศเผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา ในขณะเดียวกันฝ่ายโจทก์ก็อาจพิสูจน์หักล้างได้ว่าแม้จะไม่มีการประกาศเผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษาแต่ทางราชการมีประกาศเผยแพร่ให้ประชาชนทราบอยู่แล้ว หรือฝ่ายจำเลยทราบ

---

[10]R. H. Jones, **Constitutional and Administration Law** (London: Macdonald & Evans Ltd., 1968), p. 75 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 48.

[11]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศอังกฤษ," **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 14, 2 (มกราคม 2536): 43-44.

ประกาศเผยแพร่อยู่แล้ว ซึ่งกฎหมาย The Statutory Instrument Act, 1946 ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

เมื่อกฎประกาศใช้แล้วหากมีการบังคับใช้กับประชาชน ประชาชนก็อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลและยกเป็นข้ออ้างได้ว่ากฎนั้นตราขึ้นเกินขอบอำนาจที่รัฐสภามอบให้ และศาลมักจะใช้หลักคอมมอนลอร์บางหลักควบคุม เช่น หลักจะตรากฎไม่ได้ถ้าพระราชบัญญัติไม่ได้มอบอำนาจไว้โดยชัดแจ้ง หรือการมอบอำนาจในเรื่องสำคัญต่อไปนี้จะต้องแจ้งชัด เช่น การจำกัดเสรีภาพบุคคล การห้ามฟ้องคดีต่อศาล การกระทบต่อกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล หรือการเก็บภาษีอากร แม้บางครั้งกฎหมายแม่บทจะบัญญัติถ้อยคำไว้อย่างกว้างขวางมากก็ตาม

ปัจจุบันองค์กรบริหารของอังกฤษจะมีอำนาจตรากฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา ซึ่งเรียกกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบริหารนี้ว่า Delegated Legislation และมีฐานะเป็นกฎ (Secondary Legislation) ดังนั้น กฎหมายขององค์กรบริหารจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายของรัฐสภา ที่ถือเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme Legislation) หรือกฎหมายลำดับต้น (Primary Legislation) ได้ และวัตถุประสงค์ของการตรากฎก็มีขึ้นเพื่อบังคับใช้กฎหมายของรัฐสภา เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่จัดให้มีการมอบอำนาจ

3.1.2 มาตรการภายใน

ปัจจุบันมีการออกกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ไม่มีรูปแบบ (Informal Rules) ขึ้นมาแทนที่กฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ (Primary Legislation) เนื่องจากฝ่ายปกครองต้องเผชิญกับภารกิจที่ยุ่งยากทำให้ต้องสร้างกลไกใหม่ขึ้นมา เช่น ประมวลแนวปฏิบัติ (Code of Practice) บันทึกแนวปฏิบัติ (Guidance Note) หนังสือเวียน (Circular) แนวทาง (Outline Scheme) คำแนะนำ (Statement of Advice) หนังสือเวียนของส่วนราชการ (Departmental Circular) ซึ่งมีกฎเกณฑ์ที่สามารถแยกออกจากกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ (Primary Legislation) แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ[12]

ประเภทที่หนึ่ง กฎที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติ (Delegated Legislation) ในกรณีที่กฎหมายแม่บท (Parent Statute) มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองตรากฎเกณฑ์หรือกฎกระทรวง

---

[12]Robert Baldwin and John Houghton, “Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules,” **Public Law** (1986), pp. 239-240 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล, **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 129.

(Rules or Regulation) และในกรณีที่พระราชบัญญัติกำหนดให้กฎเกณฑ์ใดมีสภาพบังคับเหมือนกับกฎเกณฑ์ที่ตราโดยพระราชบัญญัติ

ประเภทที่สอง กฎที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติช่วง (Sub Delegated Legislation) ซึ่งไม่ชัดเจนว่ารัฐสภามอบอำนาจให้เฉพาะราย และไม่ชัดเจนว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีอำนาจบังคับทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์

ประเภทที่สาม กฎเกณฑ์ (Rules) แนวทาง (Guides) และบันทึกที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งออกโดยฝ่ายปกครองหรือองค์กรอื่นโดยไม่ได้อาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติ ซึ่งมีเป็นจำนวนมาก และอาจเรียกได้ว่าเป็น “กฎเกณฑ์ทางปกครองที่ไม่มีสภาพบังคับ” (Unsanctioned Administrative Rules)

สำหรับกฎเกณฑ์ (Rules) ที่ออกมาเพื่อการจัดการภายในองค์กร (Internal Management) ของฝ่ายปกครอง ไม่เป็นกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ (Legislation) ไม่ว่าด้วยประการใดทั้งสิ้น เส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่างกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติกับกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองนั้น ยังไม่ชัดเจนและคลุมเครือ แต่กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้รับการปฏิบัติตามเสมือนว่าเป็นตัวบทกฎหมาย[13] สำหรับส่วนที่อยู่นอกเหนือการควบคุมทางนิติบัญญัติสามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 ส่วน คือ[14]

ส่วนที่หนึ่ง กฎเกณฑ์ (Rules) ที่ออกโดยรัฐมนตรี (Ministers) องค์กรส่วนท้องถิ่น (Local Authority) หรือองค์กรพิเศษ (Fringe Organization) ซึ่งไม่ถือว่าเป็นกฎหมายลูกบท (Statutory Instruments) และเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือ The Statutory Instruments Act 1946

ส่วนที่สอง กฎเกณฑ์ (Rules) แนวปฏิบัติ (Guidelines) หรือกำหนดนโยบาย (Policy Statements) ที่ส่วนราชการพัฒนาและออกกฎเกณฑ์ขึ้นมาเอง แม้ว่าจะไม่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติอย่างชัดเจนเท่าใดก็ตาม ซึ่งสถานะที่แน่นอน (The Precise Status) ยังไม่ชัดเจน ยังไม่เป็นที่รับรู้แก่สาธารณะ และเป็นสิ่งที่ไม่มีการตรวจสอบจากภายนอก

ส่วนที่สาม การใช้ดุลพินิจหรือการวินิจฉัยสั่งการที่ไม่เป็นทางการ เป็นกรณีที่ส่วนราชการไม่ได้ออกกฎเกณฑ์ขึ้นมา เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจหรือการตัดสินใจ ซึ่งการตัดสินใจจะถูกกระทำโดยการใช้ดุลพินิจหรือการวินิจฉัยสั่งการที่ไม่เป็นทางการ ที่บางกรณีอาจขัดกับนโยบายที่เข้าใจกัน

---

[13]H. W. R. Wade, **Administrative Law**, 5th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1984), pp. 733-743 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 126.

[14]P. P. Craig, **Administrative Law** (London: Sweet & Maxwell, 1983), pp. 193-194 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 127.

การออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองในทางปฏิบัติไม่ใช่สิ่งใหม่ แต่เกิดขึ้นพร้อมกับสถาบันในสมัยศตวรรษที่ 19 มีการใช้คำว่า “กฎหมายที่คล้ายกับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ” (Quasi-Legislation) เพื่ออธิบายถึงกฎเกณฑ์ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองได้ออกกฎเกณฑ์ขึ้นเองโดยมีลักษณะเช่นเดียวกับเป็นกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ แม้ฝ่ายปกครองจะไม่ได้รับมอบอำนาจที่จะออกกฎเกณฑ์ดังกล่าว ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจที่จะออกกฎเกณฑ์หรือกำหนดนโยบาย เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งสถานะทางกฎหมายที่แน่นอน (The Precise Legal) ของกฎเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่ชัดเจนว่าเป็นอะไร ศาลถือว่าถ้ามีการให้อำนาจดุลพินิจแล้วก็ต้องใช้ กฎเกณฑ์ที่ห้ามไม่ให้ใช้ดุลพินิจเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่สมบูรณ์ กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายในความหมายของการมอบอำนาจนิติบัญญัติ ในบางโอกาสกฎเกณฑ์นี้ถูกใช้แทนการมอบอำนาจนิติบัญญัติและใช้ในการตีความบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ[15] แบบที่ปรากฏอยู่ของกฎเกณฑ์ไม่ได้แสดงถึงสถานะของกฎเกณฑ์เหล่านั้น กฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับอาจมีรูปแบบเหมือนกับกฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ในทำนองเดียวกันกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับก็ไม่ได้รับการจัดพิมพ์เหมือนกับกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ เช่น The Home Insulation Scheme และ Housing and Planning Circulars

ส่วนราชการได้มีการออกหนังสือเวียนไปยังหน่วยงานเป็นจำนวนมาก เพื่อเป็นการติดต่อกันระหว่างบุคคล ในตัวหนังสือเวียนเองไม่ได้บอกอะไรเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย (Legal Status) หรือผลทางกฎหมาย (Legal Effect) หนังสือเวียนเป็นการแจ้งเรื่องราว (Information) หรืออธิบายวัตถุประสงค์ของกฎหมายใหม่ การแจ้งเรื่องราวอาจเป็นเรื่องที่รัฐบาลเรียกร้องให้หน่วยงานปฏิบัติตามนโยบาย ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแต่อย่างใด หนังสือเวียนอาจเป็นคำแนะนำในการปฏิบัติตามหน้าที่ อาจเป็นการให้อำนาจ อาจเป็นการกำหนดหน้าที่แก่ผู้รับ หรืออาจเป็นการกำหนดแนวทาง (Direction) แก่องค์กรไว้เป็นการทั่วไป เช่น กำหนดแนวทางไปยังองค์กรบริการสุขภาพแห่งชาติเรียกเก็บค่าใช้จ่ายจากคนไข้สำหรับการอยู่ในโรงพยาบาล กรณีนี้สังเกตได้ว่าหนังสือเวียนมีผลกระทบต่อฐานะทางกฎหมายของบุคคลที่สาม (The Legal Position of Third Parties) คือคนไข้[16] โดยหลักแล้วหนังสือเวียนมิได้มุ่งหมายที่จะเสนอแนวทางแก่บุคคลภายนอกหน่วยงานของรัฐ แต่มุ่งหมายที่จะควบคุมการใช้อำนาจภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ ไม่ได้บังคับสั่งการต่อประชาชนแต่บังคับสั่งการภายในองค์กรของรัฐเท่านั้น เพื่อความสะดวกในการวางโครงการหรือเพื่อให้ปฏิบัติเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

---

[15] *ibid.,* pp. 210-213 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 128.

[16] David Foulkes, *op.cit.,* pp.62-64 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 131-132.

หนังสือเวียนของส่วนราชการ (Departmental Circulars) เป็นแบบธรรมดาทั่วไปของเอกสารส่วนราชการในการให้คำแนะนำไปยังเจ้าหน้าที่หรือองค์กรท้องถิ่น เพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ หนังสือเวียนบางฉบับมีการระบุหมายเลขและจัดพิมพ์ หลายฉบับเป็นเรื่องการกำหนดนโยบาย สิ่งเหล่านี้จึงมีความสำคัญมากต่อสาธารณะ เพราะเป็นสิ่งที่วางแนวทางการจัดองค์กรของรัฐบาลและแนวปฏิบัติในการใช้อำนาจดุลพินิจ สิ่งเหล่านี้จึงไม่มีผลทางกฎหมายในตัวเองและไม่มีอำนาจบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ แต่เป็นเสมือนพาหนะในการขนส่งคำแนะนำในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย[17] หนังสือเวียนบางประเภทมีลักษณะเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามกฎหมาย (Guide to Compliance) แนวทางเหล่านี้ไม่มีผลบังคับในทางตรง ดังนั้น การละเมิดคำแนะนำหรือแนวปฏิบัติจึงไม่เป็นความผิดทางกฎหมายโดยตรง แต่อาจมีมาตรการบังคับมากกว่าทางแพ่งหรือทางอาญา เช่น มีการลงโทษทางวินัย

หนังสือเวียนที่สำคัญที่สุดจะถูกพิมพ์ลงในราชกิจจานุเบกษา นอกนั้นก็จะไม่ถูกพิมพ์แต่อาจขอรับได้จากส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง กรณีไม่อาจจำกัดได้ว่าสถานะของหนังสือเวียนในความหมายทั่วไปเป็นเรื่องคำแนะนำของรัฐมนตรี เป็นข้อความแนวทางตามความเห็นชอบหรือยินยอมตามกฎหมาย หรือเป็นข้อจำกัดหรือมาตรฐานขั้นต่ำหรือขั้นสูง อย่างไรก็ตาม หนังสือเวียนเป็นสิ่งที่รัฐมนตรีได้รับมอบอำนาจให้กระทำโดยมีผลกระทบได้นอกเหนือจากกฎเกณฑ์ทั่วไป แม้ว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งเกี่ยวกับหนังสือเวียนที่ไม่ปรากฏคำตัดสินของรัฐมนตรี แต่หนังสือเวียนที่ปรากฏคำตัดสินหรืออ้างอิงคำตัดสินของรัฐมนตรีอย่างแจ้งชัด ก็ยังอยู่ในเขตอำนาจศาลที่จะทบทวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามกฎหมาย และแม้ว่าวัตถุประสงค์ของรัฐมนตรีที่กระทำตามรายงานสมุดปกขาว (White Paper) ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาทั้งสองแล้วก็ตาม ศาลก็จะกระทำการใดที่เป็นการป้องกันการกระทำซึ่งไม่ได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายได้ด้วย[18]

คำถามที่ว่าหนังสือเวียนมีลักษณะเป็นเรื่องทางนิติบัญญัติหรือเป็นเรื่องทางปกครอง ถูกยกขึ้นในคดี Jackson Stansfield and Sons v Butterworth ((1942) 2 All ER 558) ซึ่งเป็นเรื่องของการออกหนังสือเวียนและแนบบันทึกแนวปฏิบัติ (Note for Guidance) โดย Scott L. J. เห็นว่าหนังสือเวียนและบันทึกดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นเพียงเรื่องทางปกครองเท่านั้น แต่มีลักษณะเป็นเรื่องทางนิติบัญญัติด้วย เนื่องจากมีการกำหนดรายละเอียดให้แก่ผู้รับใบอนุญาตที่จะต้องปฏิบัติตามหรืออีกนัยหนึ่งเป็นการบังคับต่อสาธารณะ และในคดี Blackpool Corporation v Locker ((1948)

---

[17]H. W. R. Wade, *op. cit.,* pp. 745-747 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 131.

[18]Halsbury's Laws of England, **Libel to Local Government**, Vol. 28, 4th ed. (London: Lord Hailsham of ST. Marylebone Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1979), p. 774 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 130-131.

1 KB 349, (1948) 1 All ER 85) ที่รัฐมนตรีมีหนังสือเวียนมอบอำนาจให้องค์กรท้องถิ่นยึดครองโรงเรือน Scott L. J. ก็มีความเห็นว่าหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่องค์กรท้องถิ่นซึ่งไม่มีอำนาจดังกล่าวตามพระราชบัญญัติ แต่ในคดี Lewisham Metropolitam Borough Council v Roberts ((1949) 2 KB 608, (1949) 1 All ER 815) ซึ่งรัฐมนตรีได้ทำหนังสือมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ทำการยึดโรงเรือนได้ 1 หลังนั้น Jenkins J. เห็นว่าการมอบอำนาจนี้ไม่เป็นการมอบอำนาจทางนิติบัญญัติซึ่งต่างกับคดี Locker เนื่องจากในคดี Locker เป็นการมอบอำนาจทั่วไป มิใช่เป็นการมอบเฉพาะโรงเรือน 1 หลังเท่านั้น ส่วน Denning L. J. เห็นว่าการมอบอำนาจโดยรัฐมนตรีไม่ว่าจะเป็นการมอบอำนาจทั่วไปหรือเฉพาะกรณีก็ตาม ก็เป็นการกระทำทางปกครอง (Administrative Act) ทั้งสิ้น ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (Legislative Act)[19]

หนังสือเวียนบางกรณีมีลักษณะผสม เช่น เอกสารของรัฐมนตรีเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การเข้าเมืองซึ่งออกภายใต้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง 1971 ในคดี R. v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, Ex parte Bibi ((1976) 3 All ER 843, (1976) 1 WLR 979) มีผู้โต้แย้งว่ากฎเกณฑ์เรื่องการเข้าเมืองไม่ใช่กฎหมาย เป็นเพียงหนังสือเวียนของส่วนราชการไม่มีอะไรมากไปกว่าเป็นแนวปฏิบัติที่ดีของส่วนราชการเท่านั้น แต่ Roskill L. J. ไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติเหมือนกรณีของการวางกฎเกณฑ์ที่เป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติในกรณีอื่น ซึ่งในกรณีของ Court of Appeal ในคดี R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball ((1977) 3 All ER 452, (1977) 1 WLR 766) ศาลอุทธรณ์เห็นว่ากฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นเพียงกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองเท่านั้น[20]

หนังสือเวียนเกี่ยวกับกฎเกณฑ์เรื่องการเข้าเมือง (The Immigration Rules) ที่จัดทำโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (The Home Secretary) ตามกฎหมาย The Immigration Act 1971 ถือว่าเป็นพียงกฎเกณฑ์ที่กำหนดแนวปฏิบัติทางปกครอง (Rules of Administrative Practice) เท่านั้น ไม่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย (Rules of Law) และไม่เป็นกฎ (Delegated Legislation) ซึ่ง House of Lords ถือว่ากฎเกณฑ์เหล่านี้ไม่มีอำนาจบังคับอย่างพระราชบัญญัติ (คดี R. v. Home Secretary Ex parte Zamir (1980) A. C. 930) การที่บุคคลใดฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เหล่านี้ไม่ทำให้บุคคลนั้นมีความผิดตามพระราชบัญญัติ (คดี R. v. Home Secretary Ex parte Mangoo Khan (1980) W.L.R. 569) และกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจได้รับการปฏิบัติตามเช่นเดียวกับเป็นพระราชบัญญัติได้ หาก

---

[19]ยงยุทธ อนุกูล, **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 131-132.

[20]David Foulkes, *op. cit.,* p. 65 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 133-134.

เจ้าหน้าที่วินิจฉัยสั่งการโดยไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ แต่ในคดีดังกล่าวศาลไม่ได้อธิบายว่าเพราะเหตุใดในบางกรณีจึงถือว่ากฎเกณฑ์นั้นมีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ แต่ในบางกรณีไม่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติจึงไม่เป็นที่ประหลาดใจเลยที่มีผู้เรียกกฎเกณฑ์เหล่านี้ว่า “เป็นสิ่งที่ยากมากที่จะแบ่งประเภทหรือจำแนกแยกแยะ” (Very Difficult to Categories or Classify) และเป็นการผสมผสานกันที่ค่อนข้างแปลกระหว่างการให้ข้อมูลและการอธิบายกระบวนการในการบริหาร (A Curious Amalgam of Information and Description of Executive Procedures)[21]

ปัญหาประการต่อมา คือ การใช้หนังสือเวียนไม่ว่าจะเป็นการโอนหรือมอบอำนาจก็ตาม เป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น ในคดี Jackson Stansfield and Locker การที่รัฐมนตรีมอบอำนาจต่อให้องค์กรท้องถิ่นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาตามหลัก Ultra Vires และปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ ควรมีการพิมพ์เปิดเผยหนังสือเวียนเหล่านี้หรือไม่

นอกจากนี้ในบางครั้งส่วนราชการยังได้ออกคำแถลงการณ์ของรัฐมนตรีและกรม (Ministerial and Departmental Statements) เป็นเอกสารเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ เช่น เอกสารที่ออกโดยกรมสรรพากร (The Inland Revenue) เกี่ยวกับระบบภาษีที่มีความสำคัญมากในทางปฏิบัติ เอกสารเหล่านี้มีหลายประเภทและได้จัดพิมพ์เป็นหนังสือ ซึ่งมีรูปแบบที่เกือบจะเป็นกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ แต่โดยเนื้อหาแล้วไม่อาจเป็นกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติได้ และไม่อาจจำกัดสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายของประชาชนได้ แต่สามารถยกเลิกหรือจำกัดอำนาจดุลพินิจขององค์กร นอกจากนี้ยังมีประมวลแนวปฏิบัติ (Code of Practice) เช่น The Highway Code ซึ่งออกมาภายใต้กฎหมาย The Road Traffic Act 1930 และปัจจุบันเป็นกฎหมาย The Road Traffic Act 1972 ประมวลนี้ได้กำหนดแนวทางในการใช้ถนนแก่ประชาชน การไม่ปฏิบัติตามไม่ได้ก่อให้เกิดความผิดทางอาญา และประมวลแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งเสริมและปรับปรุงความสัมพันธ์ทางอุตสาหกรรมที่ออกโดย The Advisory Conciliation and Arbitration Service ซึ่งได้รับมอบอำนาจตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (The Employment Protection Act 1975)

สำหรับสถานะทางกฎหมายของมาตรการภายในนั้น เมื่อรัฐสภาได้รับชัยชนะเหนือกษัตริย์ประเทศอังกฤษมีวิวัฒนาการของการตรากฎมาจากพัฒนาการของหลักการที่องค์กรบริหารมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น การมอบอำนาจจะมีมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของรัฐสภา ภายหลังจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมในปลายศตวรรษที่ 18 รัฐสภามีแนวโน้มที่จะมอบอำนาจให้องค์กรบริหารมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเข้าสู่รัฐสวัสดิการ การตรากฎจึงเป็นความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตระหว่างอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา

[21]H. W. R. Wade, *op. cit.,* pp. 744-745 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 129-130.

และอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหาร และได้มีการเรียกร้องว่ารัฐสภาไม่ควรที่จะมอบอำนาจในลักษณะกว้างขวางอย่างไม่มีขอบเขต ควรวางขอบเขตของการมอบอำนาจไว้เพื่อให้ผู้รับมอบอำนาจใช้อำนาจภายในขอบเขตดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิดของผู้รับมอบอำนาจ

การขยายตัวอย่างกว่างขวางของการมอบอำนาจนิติบัญญัติขององค์กรนิติบัญญัติให้แก่องค์กรบริหารในศตวรรษที่ 20 นั้น ไม่มีความแตกต่างในเรื่องของผลบังคับใช้ทางกฎหมายอันเนื่องมาจากการใช้ชื่อทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น พระราชกำหนด ข้อบังคับ กฎท้องถิ่น คำสั่ง คำชี้แนะ และอื่น ๆ โดยที่กฎมีอำนาจบังคับใช้ตามกฎหมาย ส่วนมาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจบังคับใช้ตามกฎหมาย แต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองก็มีสถานะทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจนแน่นอนเช่นกัน กล่าวคือ ไม่มีเส้นแบ่งที่ชัดเจนแน่นอนระหว่างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจบังคับใช้ตามกฎหมาย และมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจบังคับใช้ตามกฎหมาย

ประมวลแนวปฏิบัติที่ออกโดยองค์กรที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีทางอุตสาหกรรม ได้รับการยอมรับเป็นพยานหลักฐานต่อคณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาททางอุตสาหกรรม นอกจากนี้ศาลถือว่าตนมีอำนาจเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทางอาญา ที่คณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนที่เปิดเผยไว้ แม้กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้กำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติใด คดี R. v. Criminal Injuries Compensation Board Ex parte Lain (1967) 2 QB 864

กฎของเรือนจำที่ออกภายใต้พระราชบัญญัติเรือนจำ ค.ศ. 1952 ศาลตัดสินว่าไม่มีอำนาจบังคับในคดีของนักโทษ คดี R. v. Hull Prison Visitors Ex parte St. Germain (1979) Q B 425 และคดี Raymond v Honey (1983) 1 A. C. 1 และกฎว่าด้วยการเข้าเมืองซึ่งออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยภายใต้กฎหมาย The Immigration Act 1971 ศาลวินิจฉัยว่าเป็นกฎเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครอง ไม่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายและไม่เป็นกฎ คดี R. v. Home Secretary Ex parte Zamir (1980) A. C. 930

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณะสุขมีอำนาจเข้ายึดครองที่ดินหรือมอบอำนาจได้โดยจำกัดขอบเขตตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควรในท้องที่ที่มีการประกาศกฎอัยการศึก และรัฐมนตรีสาธารณะสุขมีหนังสือเวียนมอบอำนาจให้องค์กรท้องถิ่นว่าไม่ควรจะยึดเฟอร์นิเจอร์หรือบ้านที่เจ้าของยังแสดงเจตนาครอบครองอยู่ เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นไม่ได้ปฏิบัติตามหนังสือเวียน ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจที่มีขอบเขตชอบด้วยกฎหมาย การยึดเฟอร์นิเจอร์และบ้านของโจทย์จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดี Blackpool Corporation v Locker (1948) 1 K. B. 349

กล่าวโดยสรุป การให้ความสำคัญกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎสมควรที่จะพิจารณาให้มาก โดยมีข้อที่ควรคำนึงด้วยว่าทฤษฎีกฎหมายที่แตกต่างกันสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีได้อย่างไร และคำตัดสินของศาลในเรื่องดังกล่าวก็ได้ก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลถึงลักษณะที่มีผลบังคับของกฎเกณฑ์สำหรับความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมาย แต่ก็มีปัญหาว่ากฎหมายนั้นหมายความรวมถึงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองด้วยหรือไม่ ซึ่งรูปแบบโดยทั่วไปของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง คือ หนังสือเวียนของกรม ที่ส่งคำแนะนำไปยังส่วนราชการในต่างจังหวัดเพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งหนังสือเวียนดังกล่าวไม่มีอำนาจบังคับใช้ตามกฎหมายในตัวของมันเอง แต่อาจมีผลทางกฎหมายได้ และแม้หนังสือเวียนจะไม่มีผลทางกฎหมาย แต่การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียนนั้นจะต้องได้รับการพิจารณาในเนื้อหาของหนังสือเวียนนั้นด้วย

3.1.3 การฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาล

ประเทศอังกฤษไม่เคยยอมรับว่าตนมี “กฎหมายปกครอง” แยกเป็นพิเศษออกจากกฎหมายทั่วไป[22] นักกฎหมายอังกฤษไม่เคยมีแนวความคิดจริงจังที่จะแยกข้อแตกต่างระหว่าง “กฎหมายเอกชน” (Jus Privatam) และ “กฎหมายมหาชน” (Jus Publicum) คงมีกล่าวถึงประเภทของกฎหมายดังกล่าวไว้เท่านั้น มิได้ให้ความสนใจมากนัก และมักคิดว่าไม่มีประโยชน์ใดกรณีที่จะแบ่งแยกระบบกฎหมายเช่นนั้น[23] แม้ปัจจุบันจะมีการเรียนการสอน “Administrative Law” อย่างกว้างขวางในอังกฤษ การให้คำจำกัดความกฎหมายปกครองก็ยังไม่แน่ชัด เป็นเพียงการอธิบายขอบเขตและเนื้อหาว่าเกี่ยวด้วยเรื่องใดบ้าง โดยไม่ได้แสดงลักษณะพิเศษให้เห็นว่าแตกต่างจากกฎหมายอื่นอย่างใด

อังกฤษถือว่ากฎหมายปกครองอาจมีเนื้อหาต่างจากกฎหมายเอกชน แต่โดยทั่วไปลักษณะของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้แตกต่างจากกฎหมายอื่น จริงอยู่อังกฤษมีสิ่งที่เรียกว่า “Administrative Tribunals” อยู่เป็นจำนวนมากตามกฎหมายพิเศษแต่ผลสุดท้ายคำวินิจฉัยของ Tribunals (คณะกรรมการที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองชั้นต้น) เหล่านี้ก็ย่อมขึ้นสู่ศาลยุติธรรมเหมือน

---

[22] A. V. Dicey, **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 10th ed. (London: Macmillan, 1959), p. 330 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส,” **ดุลพาห** 41, 3 (พฤษภาคม–มิถุนายน 2537): 82.

[23] William Markey, **Elements of Law**, 6th ed. (1905), pp. 152-153 อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ,” **วารสารกฎหมายปกครอง** 3 (เมษายน 2527): 1.

คดีแพ่งหรือคดีอาญาระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยเฉพาะศาล High Court of Justice ซึ่งเป็นศาลสูงชั้นแรกในคดีแพ่ง แล้วอาจต่อไปยัง Appeal Court หรือ House of Lords หรือศาลทั้งสอง เห็นได้ว่า The Supreme Court of Judicature หรือ House Lords เป็นเพียงศาลเดียวที่จะควบคุม (Review) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยคดี (Judicial) หรือกึ่งวินิจฉัยคดี (Quasi-Judicial) ตาม Common Law กับทั้งเป็นผู้ควบคุมศาลล่าง (Inferior Courts) อื่น ที่ใช้อำนาจควบคุมคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายพิเศษ (Statute) โดยนัยนี้ เมื่อทั้งข้อพิพาทที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่ความขึ้นศาลเดียวกับข้อพิพาทที่เอกชนเป็นคู่ความ การใช้หลักกฎหมายจึงใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับทั้งสองกรณีจะมีข้อแตกต่างก็เฉพาะรายละเอียดปลีกย่อยที่อาจกำหนดไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) เท่านั้น อาจสรุปได้ว่าที่กฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนโดยทั่วไปในทางกฎหมายไม่แยกเป็นอิสระเอกเทศออกจากกฎหมายอื่น เนื่องจากอังกฤษยึดมั่นในระบบศาลเดียว (Unite de Juridiction) อันก่อให้เกิดระบบกฎหมายเดียว (Unite des Régles Juridiques) นั่นเอง[24]

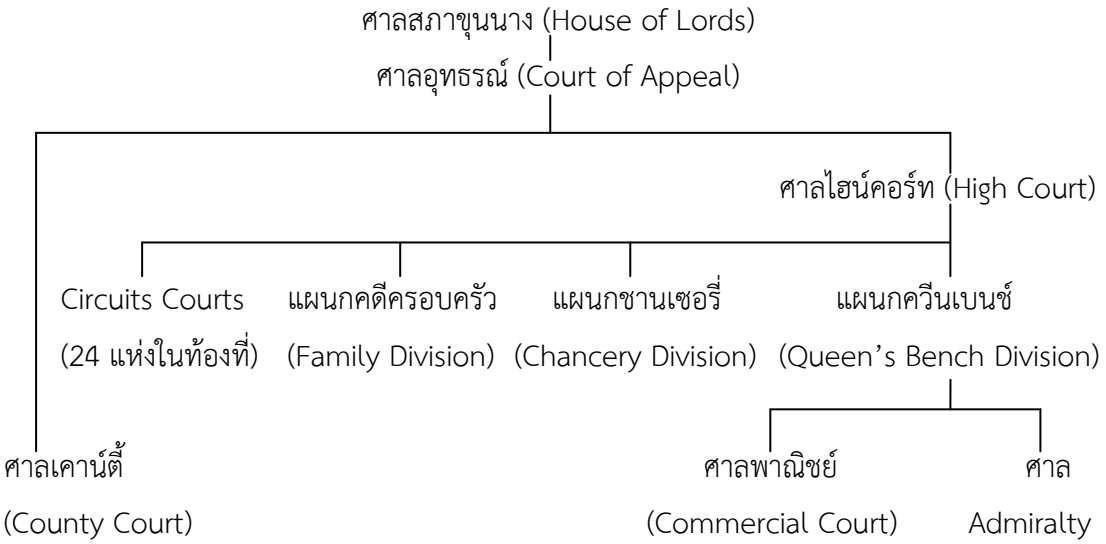
3.1.3.1 ระบบศาล

ระบบศาลอังกฤษ ศาลสูงมักมีอำนาจตัดสินปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลล่างตัดสินมาแล้ว ศาลล่างมักจะมีอำนาจในการพิจารณาคดีโดยทั่วไปคือฟังข้อเท็จจริง และตัดสินข้อกฎหมาย โดยปกติจะแบ่งเป็นคดีแพ่งและคดีอาญา ระบบศาลที่จะอธิบายนี้เป็นระบบศาลในคดีแพ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครอง[25]

---

[24]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส,” **ดุลพาห** 41, 3 (พฤษภาคม–มิถุนายน 2537): 84-85.

[25]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศอังกฤษ**, *เรื่องเดิม*, หน้า 49-52.



ภาพที่ 3.1 ระบบศาลอังกฤษ

1) ศาลเคาน์ตี้คอร์ท

ก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 อังกฤษมีศาลท้องถิ่นและศาลพิเศษมากมาย ใน ค.ศ. 1846 มีการก่อตั้งศาลเคาน์ตี้ (County Court) ให้มีเขตอำนาจรับพิจารณาคดีแพ่งเป็นการทั่วไป แต่เพียงประการเดียว ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่เรียกว่า Circuit Judge หนึ่งคนหรือหลายคนที่ลอร์ดชานเซลเลอร์เป็นผู้แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต นอกจากนั้นในศาลจะมีบุคคลที่เรียกว่า Registrar ซึ่งส่วนใหญ่ตั้งมาจากโซลิซิเตอร์ (Solicitor) ทำหน้าที่จ่าศาลเตรียมคดี และตัดสินคดีเล็กน้อยที่ไม่มีความสำคัญ

ศาลเคาน์ตี้มักประกอบด้วยผู้พิพากษานายเดียว วิธีพิจารณาค่อนข้างง่าย โดยอาจมีทนายความหรือไม่ก็ได้ มีเขตอำนาจจำกัดตามกฎหมาย เขตอำนาจถูกจำกัดด้วยจำนวนทุนทรัพย์ส่วนใหญ่เป็นคดีที่ใช้คอมมอนลอว์ เช่น คดีละเมิด สัญญา เป็นต้น และมีอำนาจบางประการเกี่ยวกับเอคควิตี้ เช่น คดีทรัสต์ คดีล้มละลาย เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีอำนาจตัดสินคดีหย่าที่ไม่มีการโต้แย้งสิทธิ คดีสังคมบางประเภท รวมทั้งคดีเกี่ยวกับการแบ่งแยกผิว ทั้งนี้ ตามแต่กฎหมายจะกำหนด

2) ศาลไฮน์คอร์ท

ศาลไฮน์คอร์ท (High Court) เป็นศาลที่ตั้งขึ้นเพื่อรวมศาลคอมมอนลอว์และศาลเอคควิตี้เข้าด้วยกันใน ค.ศ. 1875 และเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมชั้นสูง (Supreme Court of Judicature ประกอบด้วยไฮน์คอร์ทและศาลอุทธรณ์) ขึ้นตรงต่อสภาขุนนาง

ศาลยุติธรรมชั้นสูง (Supreme Court of Judicature) แบ่งออกได้เป็น 2 ชั้น ชั้นแรกในทางแพ่ง ได้แก่ ไฮน์คอร์ท (High Court) ในทางอาญา ได้แก่ คราวน์คอร์ท (Crown Court) และชั้นที่สอง ได้แก่ ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal)

ศาลไฮน์คอร์ทปกติประกอบด้วยองค์คณะผู้พิพากษานายเดียว เป็นศาลชั้นต้นมีเขตอำนาจทั่วไปในคดีแพ่ง ยกเว้นคดีนั้นกฎหมายจะกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลเคาน์ตี้ อย่างไรก็ดี คดีที่อยู่ในอำนาจศาลเคาน์ตี้โจทก์ก็มีสิทธิเลือกฟ้องยังศาลไฮน์คอร์ท ณ กรุงลอนดอนได้ แต่ศาลไฮน์คอร์ทมีอำนาจส่งคดีไปให้ศาลเคาน์ตี้พิจารณา ถ้าเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่สำคัญ ซึ่งศาลไฮน์คอร์ทแบ่งออกได้เป็น 3 แผนกใหญ่ คือ แผนกควีนส์เบนช์ แผนกชานเซอรี่ และแผนกคดีครอบครัว ดังนี้

(1) แผนกควีนส์เบนช์ (Queen's Bench) มีลอร์ดชานเซลเลอร์เป็นประธาน มีเขตอำนาจเหนือคดีแพ่งที่จะต้องใช้คอมมอนลอว์ มีที่ทำการในลอนดอน ผู้พิพากษาไฮน์คอร์ทอาจนั่งพิจารณาได้ในต่างจังหวัดเพื่อความสะดวกของคู่ความ ถ้านั่งพิจารณาในต่างจังหวัดจะเรียกว่า เซอกิตคอร์ท (Circuit Court) แผนกควีนส์เบนช์ยังมีศาลพาณิชย์ (Commercial Court) และศาล Admiralty อีกด้วยนอกจากนี้แผนกควีนส์เบนช์ยังมีอำนาจควบคุมศาลล่างและคณะกรรมการพิเศษ (tribunals) ด้วย โดยเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย จึงนับเป็นแผนกสำคัญทางกฎหมายปกครองอังกฤษ

(2) แผนกชานเซอรี่ (Chancery Division) มีลอร์ดชานเซลเลอร์เป็นประธานเช่นกัน มีที่ทำการในลอนดอน มีเขตอำนาจเกี่ยวกับคดีที่จะต้องใช้เอคควิตี้ เช่น ทรัสต์ ล้มละลาย เป็นต้น สำหรับคดีเกี่ยวกับสัญญา วิธีพิจารณาของแผนกชานเซอรี่ใช้วิธีการไต่สวน (Inquisitorial) ซึ่งคู่ความชอบมากกว่าวิธีการกล่าวหาและสืบพยานแบบถามค้าน (Coss Examination) ของแผนกควีนส์เบนช์ สำหรับคดีที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครองนั้น ศาลแผนกชานเซอรี่จะมีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่จะต้องใช้หมาย Injunction และ Declaration

(3) แผนกคดีครอบครัว ตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1971 มีเขตอำนาจเหนือคดีครอบครัว และการสมรส

3) ศาลอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) มีผู้พิพากษาที่เรียกว่า ลอร์ดจัสติส (Lords Justice) 14 นาย โดยมีประธานศาลที่เรียกว่า มาสเตอร์ออฟเดอะโรล (Master of the Roll) องค์คณะของศาลอุทธรณ์ประกอบด้วยผู้พิพากษาอย่างน้อย 3 นาย แบ่งออกได้เป็น 4 แผนก และการอุทธรณ์คดีจากศาลเคาน์ตี้ หรือศาลไฮน์คอร์ทจะต้องอุทธรณ์ไปที่ศาลอุทธรณ์ ซึ่งศาลอุทธรณ์จะพิจารณาคดีค่อนข้างน้อยเพราะจะพิจารณาคดีที่สำคัญจริง ๆ เท่านั้น เว้นแต่คดีบางประเภทที่

สามารถอุทธรณ์คดีไปสู่การพิจารณาของศาลสภาขุนนาง (House of Lords) ได้โดยตรง เพราะเป็นหลักสำคัญเกี่ยวกับกฎหมาย

4) ศาลสภาขุนนาง

ศาลสภาขุนนาง (House of Lords) มีข้อสังเกต คือ สภาขุนนาง (House of Lords) แยกตัวออกมาจากสภาที่ปรึกษากษัตริย์ (Curia Regis) ต่อมาแยกทำการออกจากสภาสามัญ (House of Commons) และสภาขุนนางเป็นสถาบันที่เก่าแก่พอ ๆ กับประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญอังกฤษ มีอำนาจนิติบัญญัติในฐานะสภาสูง มีอำนาจบริหารโดยมีลอร์ดชานเซลเลอร์เป็นประธาน และมีอำนาจตุลาการเป็นศาลสูงสุดในคดีแพ่งของทั้งอังกฤษ เวลล์ ไอร์แลนด์เหนือ และสกอตแลนด์

ตามกฎหมายแล้ว ขุนนางทุกคนที่เป็นสมาชิกสภาขุนนางอาจเข้านั่งพิจารณาพิพากษาคดีได้ทั้งที่อาจไม่ใช่นักกฎหมาย แต่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่เคารพกันมาช้านานแล้วว่าถ้าขุนนางคนใดไม่ใช่นักกฎหมายจะไม่เข้าร่วมพิจารณาคดีเลย ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงประกอบด้วยขุนนางนักกฎหมายที่สำคัญเท่านั้น กล่าวคือ ลอร์ดชานเซลเลอร์ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (Lords of Appeal in Ordinary) 10 นาย ซึ่งเรียกว่าลอว์ลอร์ด (Law Lords) และอดีตลอร์ดชานเซลเลอร์หรือขุนนางที่เคยมีตำแหน่งผู้พิพากษามาก่อน องค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอย่างน้อย 3 นาย การพิจารณาคดีแยกเป็นการไต่สวน (Instruction) โดยคณะกรรมการ 2 ชุด แต่คำพิพากษาจะต้องมาจากที่ประชุมขุนนางนักกฎหมายทุกคน ในการเตรียมคำพิพากษานั้น ลอร์ดนักกฎหมายแต่ละท่านจะเตรียมเหตุผลในข้อกฎหมายเพื่อสนับสนุนการลงมติของตนในองค์คณะ ซึ่งความเห็นนี้จะมีการพิมพ์เผยแพร่ในวารสารกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษา และความเห็นดังกล่าวนี้มีค่ายิ่งในการศึกษากฎหมายอังกฤษของนักกฎหมาย

การฎีกาจะต้องเป็นข้อกฎหมายเท่านั้นที่จะทำได้ และจะต้องมีคำรับรอง (Leave) จากศาลอุทธรณ์ หรือศาลสภาขุนนางเองเท่านั้น ข้อกฎหมายที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลสภาขุนนางจะต้องเป็นข้อกฎหมายที่สำคัญยิ่งยวดจริง ๆ เท่านั้น

3.1.3.2 ทางเยียวยาความเสียหาย

ในอังกฤษให้ความสำคัญกับสิ่งที่เรียกว่า “ทางเยียวยา” (Remedies) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความไม่แพ้สิ่งที่เรียกว่า “หลักในการควบคุม” (Principles of Control) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายสารบัญญัติ หลักกฎหมายอังกฤษหากประชาชนจะฟองคดีจะต้องพิจารณาทางเยียวยาของหมายทั้งหลายที่ศาลจะออกให้เมื่อมีคำพิพากษาแล้วให้สามารถบังคับคดีได้ตรงกับความเสียหายที่ตนต้องการมากที่สุด เพราะถ้าเลือกทางเยียวยาผิดก็จะได้หมายศาลตามทางเยียวยาที่เลือกนั้น และจะทำให้การบังคับคดีไม่สามารถบังคับคดีได้เต็มตามสิทธิ เหตุนี้จึงมีสุภาษิตกฎหมายอังกฤษว่า “ทางเยียวยามาก่อนสิทธิ” (Remedies Precede Rights)

หมายทั้งหลาย (Writs หรือ Order) ของศาลมีดังต่อไปนี้ คือ หมายปล่อยบุคคลที่ถูกควบคุมโดยมิชอบ (Writ of Habeas Corpus) หมายตามพระราชอำนาจกษัตริย์ (Prerogative Order) แบ่งออกได้เป็น 3 หมาย คือ หมายเซอทิโอรารายา (Order of Certiorari) หมายโปรฮิปิชั่น (Order of Prohibition) และหมายแมนดามุส (Order of Mandamus) ซึ่งล้วนเป็นหมายตามคอมมอนลอว์ ส่วนหมายตามเอคควิตี้ คือ หมายอินจังชั่น (Injunction) และหมายเดคคลาเรชั่น (Declaratiion) ดังนี้[26]

1) หมายปล่อย (Habeas Corpus) เป็นหมายที่ศาลสั่งให้เจ้าหน้าที่ปล่อยตัวหรือเลิกกระทำการที่กระทบต่อเสรีภาพของประชาชน หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ ต่อมาได้ขยายไปใช้กับการควบคุมการเนรเทศคนต่างด้าวหรือควบคุมตัวคนต่างด้าวด้วย

2) หมายเซอทิโอรารายา (Certiorari) ใช้สำหรับควบคุม “ความชอบด้วยกฎหมาย” (legality) ของคำพิพากษาศาลล่างหรือฝ่ายปกครอง

3) หมายโปรฮิปิชั่น (Prohibition) เป็นหมายที่มีศาลคิงส์เบนช์ใช้สั่งให้ศาลอื่นดำเนินการในขอบอำนาจของตน หรืออีกนัยหนึ่ง คือ ห้ามศาลอื่นพิจารณาพิพากษาเกินอาจ

4) หมายแมนดามุส (Mandamus) เป็นหมายที่ศาลคิงส์เบนช์ใช้สั่งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจ (Mandate) ที่ตนมีอยู่ในกรณีที่เป็นอำนาจปราศจากดุลพินิจ (Competence Liée)

5) หมายอินจังชั่น (Injunction) เป็นหมายในกฎหมายเอกชน ใช้สั่งให้ประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำตามหน้าที่ที่มีอยู่ และถ้าเป็นการเรียกค่าเสียหายก็เรียกว่าคดี Damages ซึ่งเป็นการสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหาย

6) หมายเดคคลาเรชั่น (Declaration) เป็นหมายที่ใช้ในกรณีที่หมายเซอทิโอรารายใช้ไม่ได้ และไม่บังคับใช้โดยตรงกับฝ่ายปกครอง แต่เป็นหมายที่ประกาศ (Declare) ว่าการกระทำทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลในเชิงศีลธรรม (Moral) ที่ทำให้ฝ่ายปกครองรู้ว่าตนกระทำผิด แต่ไม่มีผลทำให้คำสั่งที่ผิดนั้นสิ้นไป โดยมากฝ่ายปกครองก็จะรีบแก้ไขการกระทำของตนตามที่ศาลประกาศ หมายนี้เป็นหมายที่ศาลออกได้ตามดุลพินิจที่เห็นสมควร

เนื่องจากตามวิธีพิจารณาของอังกฤษนั้น การขอหมาย Certiorari, Prohibition, Mandamus จะต้องร้องขอต่อศาล High Court แผนก Queen’s Bench ขณะที่การขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย Damages และหมาย Declaration จะต้องกระทำต่อผู้พิพากษานายเดียวแผนก Queen’s Bench ส่วนหมาย Injunction จะต้องร้องขอต่อศาล High Court แผนก Chancery และเมื่อขอหมายศาลตามพระราชอำนาจของกษัตริย์แล้ว คือ Certiorari, Prohibition, Mandamus

---

[26] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 55-58.

หรือหมาย Habeas Corpus ประชาชนจะขอหมายตามเอคควิตี้ คือ Injunction และ Declaration ไม่ได้ ศาลจะต้องยกคำร้องแม้จะเป็นที่ชัดแจ้งว่าประชาชนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในทางอื่นอยู่ก็ตาม แต่ถ้าขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย Damages ประชาชนอาจขอให้ใช้ Injunction กับ Declaration ได้ และทางเยียวยาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถใช้ควบคู่กับทางเยียวยาตามคอมมอนลอว์และเอคควิตี้ได้ ซึ่งหมายแต่ละหมายจะมีวิธีพิจารณาและผลบังคับที่แตกต่างกัน เงื่อนไขที่จะฟ้องขอทางเยียวยาก็ต่างกัน ระยะเวลาในการฟ้องคดีก็ต่างกัน ด้วยความยากและสลับซับซ้อนของหมายและวิธีพิจารณาตามหมายนี้เอง ทำให้คู่ความที่เลือกทางเยียวยาผิดก็จะได้รับความเสียหาย

ต่อมามีการปรับปรุง Order 53 of Rules of the Supreme Court (Amendment No.3) 1977 และ The Supreme Court Act 1981 โดยรวมหมายทั้งหลายเข้าด้วยกันภายใต้ชื่อ “Application for Judicial Review” ซึ่งหากศาลเห็นว่าคู่ความมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในรูปแบบใด ศาลก็มีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้การเยียวยาเป็นไปตามสิทธิของผู้ร้องได้ รวมทั้งการสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่ความตามที่ขอด้วย เป็นผลให้อังกฤษมีศาลที่รับผิดชอบคดีปกครองโดยเฉพาะขึ้นอย่างไม่เป็นทางการ ได้แก่ แผนก Queen’s Bench ของศาล High Court

3.1.3.3 เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎนั้น เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีศาลปกครองจึงไม่มีเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ คงมีเงื่อนไขเช่นเดียวกับการฟ้องคดีโดยทั่วไป กล่าวคือ เมื่อประชาชนได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครอง ซึ่งกระทำลงโดยฝ่ายปกครองหรือโดยคณะกรรมการพิเศษ (Tribunals) ประชาชนสามารถฟ้องคดีต่อศาลสูงตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรคอมมอนลอว์หรือเอคควิตี้เท่านั้น ซึ่งหากกฎหมายลายลักษณ์อักษรคอมมอนลอว์หรือเอคควิตี้ ไม่ได้รองรับทางเยียวยา (Remedies) ในกรณีนั้นไว้จะนำคดีมาสู่ศาลไม่ได้[27]

อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษากฎหมายอังกฤษแล้วจะพบว่า เงื่อนไขการฟ้องการฟ้องคดีก็มีอยู่เช่นกัน กล่าวโดยสรุปมี 4 ประการ คือ การกระทำหรือคำสั่งที่อาจฟ้องคดีขอให้ควบคุมคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดี การห้ามมิให้ดำเนินคดีหลายทาง และระยะเวลาฟ้องคดี[28]

1) การกระทำหรือคำสั่งที่อาจฟ้องคดีขอให้ควบคุม

การกระทำหรือคำสั่งที่อาจฟ้องคดีขอให้ควบคุม (Application for Judicial Review) หมายเซอทิโอรารายย (Certiorari) เป็นหมายสำคัญที่สุดในกฎหมายปกครองอังกฤษที่ใช้ยกเลิกเพิกถอนสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหมายโปรฮิบิชั่น (Prohibition) เป็นหมายที่ศาลสูงใช้กับศาลล่าง ต่อมาก็ขยายการใช้หมายทั้งสองไปยังบุคคลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการหรือกึ่งตุลา

---

[27] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 53-54.

[28] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 59-69.

การ (Quasi-judicial หรือ Juidicialact) ด้วย และมีการขยายหมายทั้งสองไปใช้กับการกระทำหรือคำสั่งทางปกครอง (Administrative Act) ซึ่งไม่มีลักษณะใช้อำนาจตุลาการหรือกึ่งตุลาการเลยด้วย และศาลได้พิพากษาเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า “การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินปัญหาที่กระทบพลเมืองฝ่ายเดียว” โดย “ผลของอำนาจที่พระราชบัญญัติให้ไว้...” ก็อาจใช้หมายเซอทิโอราราย (Certiorari) ได้ หมายความว่าต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง แต่ถ้าเป็นเรื่องของสัญญา (Contract) ไม่ว่าจะกระทำโดยฝ่ายปกครองก็ตาม ก็ไม่อาจใช้หมายเซอทิโอราราย (Certiorari) ได้ แต่ต้องไปใช้กฎหมายแพ่งธรรมดา

คำสั่งหรือการกระทำนั้นโดยปกติต้อง “กระทบสิทธิต่อประชาชน” (Decision Effecting the Subjects) ซึ่งจะต้องเป็นการตัดสินใจที่ก่อผลในการเคลื่อนไหวสิทธิและหน้าที่ของประชาชนแล้ว ถ้าเป็นเรื่องที่ยังไม่ใช่การตัดสินใจ เช่น รายงาน หรือเรื่องภายในฝ่ายปกครองก็ยังไม่สามารถฟ้องคดีได้ แต่ต่อมาศาลได้ตีความขยายไปถึงแม้การเตรียมคำสั่งที่เป็นภายในซึ่งจะนำไปสู่การตัดสินใจขั้นสุดท้ายที่จะกระทบต่อประชาชนก็สามารถฟ้องคดีได้

ส่วนกฎซึ่งถือว่ามีลักษณะคล้ายกับกฎหมายของรัฐสภา (Legislative in Nature) จะฟ้องโดยใช้หมายเซอทิโอรารายา (Certiorari) ไม่ได้แต่อาจขอให้ใช้หมายโปรฮิบิชั่น (Prohibition) ได้

2) คุณสมบัติของผู้ฟ้องคดี

ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (Locus Standi) ซึ่งตาม Order 53 กำหนดว่า “ต้องมีประโยชน์ได้เสียเพียงพอในกรณีที่จะขอให้ศาลควบคุม” คำว่าส่วนได้เสียนี้อาจเป็นทางจิตใจไม่จำเป็นจะต้องเป็นจำนวนเงิน และในปัจจุบันศาลอังกฤษตีความส่วนได้เสียกว้างมาก เช่น คดี R v. Greater London Council Ex parte Blackburn ที่ผู้มีส่วนได้เสียขอให้ศาลห้ามสภาของนครลอนดอนปล่อยปละให้มีการฉายภาพยนตร์ลามกอนาจาร โดยเหตุว่าบุคคลนั้นมีภรรยาและบุตรอยู่ในลอนดอน อาจประสบความเสียหายจากภาพยนตร์ดังกล่าวได้

3) การห้ามมิให้ดำเนินคดีหลายทาง

ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่า หมายตามพระราชอำนาจ เช่น หมายเซอทิโอรารายา (Certiorari) หมายโปรฮิบิชั่น (Prohibition) ศาลไม่อาจออกได้หากยังมีวิธีการดำเนินคดีอื่นโดยศาล และการดำเนินคดีวิธีนั้นนำไปสู่ผลทางกฎหมายอย่างเดียวกัน เช่น เมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดทางเยียวยาที่เรียกว่าอุทธรณ์ (Appeal) ไว้แล้วก็จะมาฟ้องให้ศาลควบคุมโดยใช้หมายเซอทิโอรารายา (Certiorari) ไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ในคำสั่งที่ 53 และในพระราชบัญญัติศาลสูงสุด (The Supreme Court Act 1981) บัญญัติว่า หากโจทย์ยื่นฟ้องขอให้ศาลควบคุมโดยขอหมายเซอทิโอรารายา (Certiorari) และการยื่นฟ้องได้กระทำภายในระยะเวลาซึ่งยังไม่พ้นกำหนดเวลาอุทธรณ์ (Appeal) ที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลอาจยังไม่ประทับรับฟ้องจนกว่า

กำหนดเวลาอุทธรณ์ดังกล่าวได้ล่วงพ้นไปแล้ว ซึ่งแท้จริงแล้วการจะรับฟ้องหรือไม่ถือเป็นดุลพินิจของศาล แต่ที่มีหลักดังกล่าวเนื่องจากศาลได้วางบรรทัดฐานจำกัดอำนาจของตน

4) ระยะเวลาการฟ้องคดี

ตามทฤษฎีของกฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษถือว่าเงื่อนไขในการฟ้องคดีและผลของคดีจะตัดสินชี้ขาดไปพร้อมกันโดยเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษา ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายปกครองของประเทศในภาคพื้นยุโรปที่จะแยกเงื่อนไขในการฟ้องคดีออกจากเนื้อหาของคดี ในทางปฏิบัตินั้นศาลจะไม่เคร่งครัดในเรื่องกำหนดอายุความฟ้องคดีและไม่ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากการรับฟ้องคดีเป็นดุลพินิจของศาลและศาลจะเปิดโอกาสให้ฟ้องคดีได้มาก โดยเฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ของสังคมหรือชุมชนของผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลแทบไม่ให้ความสำคัญกับระยะเวลาการฟ้องคดีเลย

3.1.3.4 หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุม “กฎ”

การกระทำที่อยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาล คำว่า “การกระทำทางปกครอง” ประสงค์จะให้เป็นคำแปลของคำว่า “An Act of an Administrative Agency” ซึ่งอาจมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้ อาจมีลักษณะเป็นการตรากฎ อาจเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเยี่ยงตุลาการ หรือเป็นการผสมระหว่างสามลักษณะดังกล่าวก็ได้

กรณีที่ถือว่าเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (Ultra Vires) ตามหลักกฎหมายปกครองอังกฤษ ได้แก่[29]

1) Excess of Powers เป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจโดยตรง ส่วนใหญ่มักจะเป็นการกระทำที่ผิดไปจากกฎหมายสาระบัญญัติจึงอาจเรียกการกระทำในลักษณะนี้ได้อีกอย่างหนึ่งว่า “Substantive Ultra Vires”

2) Errors of Procedure เป็นการกระทำที่แม้ในเนื้อหาจะอยู่ในขอบอำนาจ แต่วิธีดำเนินการมิได้เป็นไปตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงอาจเรียกการกระทำในลักษณะนี้ได้อีกอย่างหนึ่งว่า “Procedural Ultra Vires”

3) Failure to Perform a Duty เป็นการละเลยมิได้กระทำการให้เป็นไปตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำโดยตรง

4) Abuse of Power เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ไปโดยทุจริต (Dad Faith) หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น (Wrong Motive)

---

[29]จรัญ ภักดีธนากุล, “การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ,” **ดุลพาห** 37, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2533): 110-112.

5) Error of Law on the Face of the Record เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองแสดงให้ปรากฏชัดแจ้งว่าใช้หลักกฎหมายใดเป็นหลักในการกระทำของตน และหลักกฎหมายที่ใช้นั้นผิดพลาดไปจากที่ควรจะเป็น

6) Miscellaneous Other Grounds เป็นกรณีปลีกย่อยอื่น อาจจัดให้อยู่ในหัวข้อที่กำลังก่อตัว ยังไม่เป็นเงื่อนไขที่ยอมรับกันทั่วไปอย่างใน 5 กรณีแรก เช่น กรณีที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยสั่งการตามอำนาจหน้าที่ไปโดยอาศัยข้อมูลหรือตัวแปลที่ไม่เหมาะสม (Improper Consideration had been Taken into Account) ซึ่งข้อมูลหรือตัวแปลที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว คือ สิ่งที่กฎหมายมิได้ประสงค์จะให้นำมาพิจารณา จึงทำให้การวินิจฉัยสั่งการนั้นออกนอกขอบอำนาจตามกฎหมายไป หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการใดในลักษณะที่ไร้เหตุผลโดยสิ้นเชิง (Total Unreasonableness)

7) Estoppels เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กล่าวยืนยันหรือแสดงข้อความใดต่อประชาชน ให้หลงเชื่อตามนั้นและปฏิบัติการอันใดอันหนึ่งไป และภายหลังฝ่ายปกครองจะกลับมาใช้อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ผิดเพี้ยนไปจากที่แสดงไว้ อันจะเป็นผลให้ประชาชนผู้หลงเชื่อหลงปฏิบัติตามต้องได้รับความเสียหายไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายนี้ยังอยู่ในระหว่างการพัฒนาเช่นกัน

มีการนำหลักเรื่องการกระทำปราศจากเหตุผลมาใช้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะการตรากฎโดยองค์กรส่วนท้องถิ่น ส่วนการตรากฎของส่วนกลางโดยเฉพาะรัฐมนตรี ศาลจะไม่ใช้หลักดังกล่าวแต่ศาลมักจะเชื่อมโยงเรื่องการใช้อำนาจโดยบิดผัน และเหตุอื่นนอกเหนือเหตุตามกฎหมายเสมอ จนบางครั้งอาจเกิดความสับสน

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสแต่เดิมมีการนำหลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อได้ (Delegate Potestas Non Potestdelegari) อันเป็นหลักทางกฎหมายเอกชนมาเป็นข้ออ้างอิงไม่ให้มีการมอบอำนาจ โดยมีความเห็นว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่บุคคลอื่นได้ เพราะเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากประชาชน แต่ต่อมาความจำเป็นและประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายทำให้มีการยอมรับว่าองค์กรนิติบัญญัติอาจมอบอำนาจของตนให้บุคคลอื่นเพิ่มเติมรายละเอียด เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายได้ (Fill Up in Details) หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การมอบอำนาจจะมีขึ้นก็เพียงเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าการตรากฎขององค์กรบริหารมีแนวความคิดมาจากเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ปัจจุบันปรากฏว่ากฎหมายที่ตราโดยองค์กร

บริหารนี้มีจำนวนมากกว่ากฎหมายที่บัญญัติโดยองค์กรนิติบัญญัติเสียอีก[30] ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงสถานะ ประเภท และผลทางกฎหมายของกฎ และมาตรการภายใน ตลอดจนการควบคุมกฎโดยศาลปกครอง

3.2.1 กฎ

หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออได้รับความนิยมอย่างมากในสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 และสมัชชาแห่งชาติได้ลงมติรับรองหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งมีใจความว่า “สังคมที่ไม่มีหลักประกันสิทธิ และไม่มีการบัญญัติเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นย่อมไม่มีรัฐธรรมนูญ”[31] นับแต่นั้นเป็นต้นมาหลักการแบ่งแยกอำนาจได้กลายเป็นส่วนสำคัญของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ในฝรั่งเศส เป็นการนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ หรืออำนาจทางการเมืองที่มีอยู่เดิม ผลที่ตามมา คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าเป็นเพียงคำสอนที่พ้นสมัย และตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจว่าแท้จริงแล้วก็คือการแบ่งแยกหน้าที่นั่นเอง[32] ทั้งนี้ เพื่อนำมาอธิบายการเมืองการปกครองที่เป็นจริงในฝรั่งเศส ดังนั้น รูปแบบการปกครองของฝรั่งเศสจึงมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากรูปแบบการปกครองทั่วไป[33] และแสดงออกอย่างชัดเจนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและองค์กรบริหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจการตรากฎขององค์กรบริหาร องค์กรบริหารมีอำนาจตรากฎหมายได้โดยอิสระตามเขตอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ฉบับปัจจุบัน) และลักษณะเฉพาะนี้เอง ทำให้นักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดในฝรั่งเศส อธิบายอำนาจในการ

---

[30]ธรรมนิตย์ สุมันตกุล, **การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง** (2547), ค้นวันที่ 1 เมษายน 2558 จาก http://www.lawreform.go.th, หน้า 2.

[31]วรวิทย์ กนิษฐะเสน, **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2521), หน้า 9.

[32]*เรื่องเดียวกัน,* หน้า 10.

[33]รูปแบบการปกครองของฝรั่งเศสหลังสมัยปฏิวัติ 1789 ได้ปรับเปลี่ยนเป็นระยะขึ้นอยู่กับพระราชอำนาจของกษัตริย์ และตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ค.ศ. 1958 ฝรั่งเศสปกครองด้วยระบบกึ่งประธานาธิบดี โปรดดู วิษณุ เครืองาม, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2523), หน้า 199-201.

ตราพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 159 ว่าเป็นอำนาจการตรากฎหมายโดยอิสระขององค์กรบริหาร[34]

ตามแนวคิดดั้งเดิมของระบบประชาธิปไตยฝรั่งเศส ในสมัยปฏิวัติ ค.ศ. 1789 รัฐสภาเป็นองค์กรที่มาจากเจตนารมณ์ของประชาชาติโดยตรง ดังนั้น รัฐสภา (Le Parlement) จึงเป็นองค์กรสูงสุด (Organe Souverain)[35] เป็นผู้แทนของประชาชน และเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน ซึ่งรูปแบบการปกครองอาจเรียกได้ว่าปกครองโดยสภาอย่างสมบูรณ์ (Assembly Government) กล่าวคือ องค์กรบริหารจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภาโดยเด็ดขาด องค์กรบริหารจึงเป็นเพียงองค์กรที่ดำเนินการตามนโยบายของรัฐสภา องค์กรบริหารจะต้องดำเนินการตามที่รัฐสภามอบหมาย และไม่มีสิทธิดำเนินการอื่นใดนอกจากที่ได้รับมอบหมายจากรัฐสภา

แนวคิดดั้งเดิมเช่นนี้ องค์กรนิติบัญญัติจึงเป็นผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย ส่วนองค์กรบริหารเป็นเพียงผู้บังคับใช้ หรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นเท่านั้น ทำให้รัฐสภามีฐานะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดจะบัญญัติกฎหมายเรื่องใดก็ได้ โดยจะบัญญัติกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์แม้แต่ในรายละเอียดปลีกย่อย หรือจะบัญญัติกฎหมายเพียงแต่วางหลักใหญ่ ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยให้เป็นอำนาจขององค์กรบริหารตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมก็ได้ แต่อำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารนั้นมีข้อจำกัด[36] กล่าวคือ กฎหมายที่องค์กรบริหารตราขึ้นจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้น องค์กรบริหารจะตรากฎหมายได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้น และเพียงเพื่อกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐสภา (Executive des Lois) เท่านั้น[37] ดังนั้น องค์กรบริหารจะตรากฎหมายให้ขัดแย้งหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นไม่ได้

กฎหมายตามแนวคิดดั้งเดิมของฝรั่งเศสนี้จึงแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเรียกว่า “Loi” หรือ “รัฐบัญญัติ” และกฎหมายที่องค์กรบริหารตราขึ้นเรียกว่า “Réglement” หรือกฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นการแบ่งประเภทตามองค์กรที่มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย

---

[34]รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์, **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 27.

[35]อิสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: หจก. คุณพินอักษรกิจ, 2527), หน้า 58.

[36]ชาญชัย แสวงศักดิ์, **อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส** (เอกสารประกอบการสอนระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 1.

[37]อิสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, *เรื่องเดิม*, หน้า 59.

แนวความคิดดังกล่าวเป็นพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติและกฎเกณฑ์ของฝรั่งเศส แต่ในระยะต่อมาความสัมพันธ์เปลี่ยนแปลงไปตามการปกครอง เริ่มตั้งแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 จนถึงฉบับปัจจุบันที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

สมัยสาธารณรัฐที่ 3 (ค.ศ. 1870-1940) มีการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติและกฎเกณฑ์สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระยะ ดังนี้

ระยะที่หนึ่ง องค์กรบริหารสามารถตรากฎหมายได้เอง (Les Réglements Autonomes) นับตั้งแต่ ค.ศ. 1919 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติและกฎเกณฑ์ตามแนวคิดดั้งเดิมได้เปลี่ยนแปลงไปโดยเกิดจากคำวินิจฉัยของกองเซยเดตาท์ในฐานะศาลปกครองสูงสุดในคดี Labonne (9 สิงหาคม ค.ศ. 1919) ซึ่งข้อเท็จจริงในคดี คือ ประธานาธิบดีได้ตรากฎเกณฑ์ขึ้นฉบับหนึ่งเรียกว่ากฤษฎีกา (Décret) ลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1899 เพื่อควบคุมการจราจรบนทางสาธารณะ นับเป็นกฎหมายจราจรฉบับแรกของฝรั่งเศส เพราะในขณะนั้นฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายว่าด้วยการจราจร กฤษฎีกานี้กำหนดว่าผู้ขับขี่ยานพาหนะจะต้องมีใบอนุญาต และผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตได้ถ้าบุคคลนั้นกระทำผิดกฎจราจรถึง 2 ครั้งภายในปีเดียวกัน ในคดีนี้โจทก์ถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาต จึงร้องต่อกองเซยเดตาท์ให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของผู้ว่าราชการจังหวัด โดยโจทก์อ้างว่ากฤษฎีกาไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีจะมีอำนาจตามพะราชบัญญัติบางฉบับที่จะวางกฎเกณฑ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยก็ตาม แต่ก็มีอำนาจวางกฎเกณฑ์ได้เฉพาะในท้องที่ของตนเท่านั้น ส่วนประธานาธิบดีไม่มีพระราชบัญญัติฉบับใดให้อำนาจในการที่จะวางกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการจราจรได้ทั่วทั้งประเทศ

กองเซยเดตาท์วินิจฉัยยกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า “แม้จะไม่มีรัฐบัญญัติใดให้อำนาจไว้ประมุขของรัฐก็มีอำนาจของตนที่จะวางกฎเกณฑ์ตำรวจ หรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (Measures de Police) โดยให้มีผลบังคับใช้ได้ทั่วประเทศ” คำวินิจฉัยของกองเซยเดตาท์นี้ไม่ได้ให้เหตุผลไว้ชัดแจ้งว่าประธานาธิบดีเอาอำนาจดังกล่าวมาจากไหน แต่เมื่อพิจารณา “บทอาศัยอำนาจ” ของคำวินิจฉัยดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าได้อ้างตามมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 ซึ่งบัญญัติว่า “ประธานาธิบดีมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ” (Le President de la République Surveille et Assure l’Exécution des Lois) ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ประธานาธิบดีมีฐานะเป็นประมุขแห่งรัฐและหัวหน้ารัฐบาล[38] และตามแนวคำวินิจฉัยนี้เป็นการรับรองว่าภารกิจในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติมิได้จำกัดแต่เฉพาะรัฐบัญญัติแต่ละฉบับ แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐ

[38]ชาญชัย แสวงศักดิ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 4.

บัญญัติทั้งหลายโดยส่วนรวม ซึ่งหมายรวมถึงกฎเกณฑ์ตำรวจหรือกฎเกณฑ์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (Réglement de Police) ด้วย นับตั้งแต่นั้นมาจึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจตรากฎเกณฑ์ได้เอง (Réglement Autonome) โดยไม่ต้องอาศัยรัฐบัญญัติเป็นพื้นฐานเพื่อกำหนดมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อย

ระยะที่สอง องค์กรบริหารตรากฎหมายซึ่งมีผลบังคับใช้เสมือนรัฐบัญญัติ (Les Decrets-Lois) หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 นับตั้งแต่ ค.ศ. 1926 เป็นต้นมา เป็นที่ประจักษ์แล้วว่ารัฐสภาไม่อยู่ในฐานะที่จะทำหน้าที่นิติบัญญัติของตนได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากรัฐจะต้องเข้าไปแทรกแซงในด้านเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น ส่งผลให้ต้องบัญญัติกฎหมายเพิ่มขึ้นจากยุคเสรีนิยมเป็นอย่างมาก สถานการณ์เศรษฐกิจและการเมืองก็ก่อให้เกิดปัญหาเร่งด่วนซึ่งต้องการการแก้ไขอย่างฉับพลัน แต่การดำเนินงานของรัฐสภาเป็นไปด้วยความล่าช้า ขั้นตอนในการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาไม่สามารถตอบสนองความต้องการดังกล่าวได้ นอกจากนี้การบัญญัติรัฐบัญญัติเพื่อให้รัฐเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองอาจทำให้สมาชิกรัฐสภาเสียคะแนนนิยมจากประชาชนได้ ด้วยเหตุนี้รัฐสภาจึงหันมาใช้วิธีการใหม่ โดยบัญญัติรัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (La Loi de Pleinpouvoirs) ให้แก่รัฐบาลโดยมีกำหนดเวลาการมอบอำนาจที่แน่นอนในการที่จะตรากฎหมายขององค์กรบริหารมาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ตามความจำเป็น[39] และการมอบอำนาจเช่นนี้นอกจากจะถูกจำกัดระยะเวลาแล้ว ยังมีเงื่อนไขอื่นอีกดังนี้[40]

1) กฎเกณฑ์นั้นจะต้องตราเป็นกฤษฎีกา (Décret) และจะต้องเป็นไปตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้

2) กฤษฎีกานั้นจะต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

3) รัฐบาลจะต้องเสนอกฤษฎีกาดังกล่าวต่อรัฐสภา เพื่อขอให้รัฐสภาให้สัตยาบันภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติที่มอบอำนาจ

กฤษฎีกาประเภทนี้มีผลบังคับใช้ทันที แต่ถ้ารัฐบาลไม่เสนอให้รัฐสภาให้สัตยาบันภายในระยะเวลาที่รัฐบัญญัติกำหนดหรือรัฐสภาไม่ให้สัตยาบัน กฤษฎีกานั้นก็จะสิ้นผลบังคับในวันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว หรือในวันที่รัฐสภาลงมติไม่ให้สัตยาบันแล้วแต่กรณี

สมัยสาธารณะรัฐที่ 4 (ค.ศ. 1946-1958) ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสมัยนี้เกิดจากมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจบัญญัติรัฐบัญญัติแต่เพียงผู้เดียว รัฐสภาไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นได้” เหตุผลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมอบอำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง เพื่อป้องกันไม่ให้มีการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่องค์กรบริหารดังเช่นที่

---

[39] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 4.

[40] อิสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, *เรื่องเดิม,* หน้า 63.

ปฏิบัติกันมาในสมัยสาธารณะรัฐที่ 3 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าหลักปฏิบัติดังกล่าวเป็นช่องทางให้เกิดระบบเผด็จการได้ง่าย อย่างไรก็ตาม หลังจากใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่นาน ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคมก็บีบบังคับให้รัฐสภาต้องมอบอำนาจให้รัฐบาลในอันที่จะแก้ไขรัฐบัญญัติได้ โดยใช้วิธีการหลีกเลี่ยงไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้[41]

1) แนวความคิดในการกำหนดขอบอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหาร (Domainereservé au Pouvoir Réglementaire) รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1948 ระบุเรื่องซึ่งให้ถือว่ามีลักษณะที่จะต้องตราเป็นกฎเกณฑ์ (Les Matiéres Ayant Caractéres Réglementaires) โดยบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีรัฐบัญญัติใดที่บังคับใช้ ซึ่งกำหนดว่าเป็นเรื่องที่โดยสภาพแล้วอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหาร ให้ถือว่าเป็นความผิดพลาดของรัฐสภา และรัฐบาลมีอำนาจตรากฎเกณฑ์เพื่อใช้แทนรัฐบัญญัตินั้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐบัญญัตินั้นได้ โดยตราเป็นกฤษฎีกาซึ่งผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีแล้ว” ดังนั้น รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1984 จึงเป็นผลให้รัฐบาลได้รับอำนาจถาวรที่จะตรากฎเกณฑ์เพื่อแก้ไขรัฐบัญญัติที่บังคับใช้ได้อย่างกว้างขวาง แต่แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารโดยสภาพ ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากเพราะขัดกับหลักเดิมที่ว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดและจะบัญญัติกฎหมายในเรื่องใดได้โดยไม่มีข้อจำกัด

2) การบัญญัติรัฐบัญญัติกำหนดขอบเขตในการตรากฎเกณฑ์ (Les Lois-Cadres) เป็นวิธีที่รัฐสภาบัญญัติรัฐบัญญัติเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้น และให้อำนาจรัฐบาลตรากฎเกณฑ์เพื่อแก้ไขรัฐบัญญัติภายในขอบเขต (Cadre) ที่รัฐสภากำหนดไว้

3) Les Délégations de Competence Limitées ใน ค.ศ. 1953 มีรัฐมนตรีท่านหนึ่งหารือต่อสภาแห่งรัฐว่า “ข้อห้ามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 นั้นมีความหมายและขอบเขตเพียงใด ในกรณีที่ได้รับอนุญาตโดยรัฐบัญญัติอย่างชัดแจ้ง รัฐบาลจะสามารถใช้อำนาจตรากฎเกณฑ์เพื่อยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐบัญญัติของรัฐสภาได้เพียงใด” ซึ่งกองเซยเดตาท์ได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวในบันทึกความเห็นลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1953 ไปในทางที่ผ่อนคลายไว้ว่า “ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายที่จะห้ามไม่ให้มีการใช้วิธีการตรากฤษฎีกาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติที่มอบอำนาจให้แก่องค์กรบริหาร ดังที่เคยได้ปฏิบัติมาในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 แต่โดยหลักแล้วรัฐสภามีอำนาจที่จะกำหนดขอบอำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรบริหารได้ตามที่เห็นสมควร เพื่อการนี้รัฐสภาสามารถที่จะกำหนดได้ว่าเรื่องที่เคยอยู่ในอำนาจการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา ต่อไปให้อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหาร และองค์กรบริหารสามารถแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกรัฐบัญญัติในเรื่องนั้นได้ จนกว่ารัฐสภาจะกำหนดให้เรื่อง

---

[41] รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 33-34.

ดังกล่าวกลับมาอยู่ในอำนาจของรัฐสภาตามเดิม โดยองค์กรบริหารไม่มีอำนาจที่จะตรากฎหมายในเรื่องนั้นได้อีกต่อไป”[42]

นอกจากนี้กองเซยเดตาท์ยังได้ให้ข้อสังเกตว่า การมอบอำนาจให้รัฐบาลตรากฎเกณฑ์เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐบัญญัตินั้น รัฐสภาควรกำหนดความมุ่งหมายของการตรากฎเกณฑ์ไว้อย่างชัดแจ้ง เพราะการกำหนดความมุ่งหมายไว้ในลักษณะทั่วไปและไม่แน่ชัดจะส่งผลให้เป็นการโอนอำนาจอธิปไตยแห่งประชาชาติให้แก่รัฐบาลและเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ หลังจากที่กองเซยเดตาท์ได้ให้ความเห็นไว้เช่นนี้แล้ว รัฐสภาก็กลับไปใช้วิธีการบัญญัติรัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (La Loi de Pleins Pouvoirs) เพื่อมอบอำนาจให้รัฐบาลตรากฤษฎีกาหรือรัฐบัญญัติ (Decrit-Loi) ดังที่เคยปฏิบัติในสมัยสาธารณะรัฐที่ 3[43]

อย่างไรก็ตาม มีบางเรื่องที่รัฐธรรมนูญ จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนสงวนไว้เป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเฉพาะ ดังนั้น รัฐสภาจึงไม่สามารถที่จะกำหนดให้เรื่องเหล่านี้อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารได้ รัฐสภาอาจทำได้เพียงแต่วางหลักสำคัญโดยมอบให้องค์กรบริหารเป็นผู้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมได้[44]

สมัยสาธารณะรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958-ปัจจุบัน) รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 ยังคงบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน อำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารยังคงยึดถือความเห็นของรัฐบัญญัติ (La Loi) และกฎเกณฑ์ (Reglement) ตามแนวความคิดเดิม แต่ได้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติและกฎเกณฑ์ให้สอดคล้องกับสภาพการเมืองการปกครองที่เป็นจริง ซึ่งเดิมรัฐสภามีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมายในเรื่องใดก็ได้ แต่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 นั้น ได้บัญญัติเขตอำนาจการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา เขตอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารและรับรองอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารไว้อย่างกว้างขวาง ยกเว้นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเขตอำนาจการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น (Le Domaine de la Loi) ที่รัฐสภามีอำนาจบัญญัติรัฐบัญญัติได้แต่เพียงผู้เดียว แต่รัฐสภาจะบัญญัติเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐสภาไม่ได้เช่นกัน

ในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958[45] เป็นมาตราสำคัญที่จำกัดอำนาจในการบัญญัติกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติส่วนกฎหมายเรื่องอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 จะอยู่ใน

---

[42]ชาญชัย แสวงศักดิ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 7.

[43]อิสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, *เรื่องเดิม,* หน้า 66-67.

[44]ชาญชัย แสวงศักดิ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 7.

[45]“มาตรา 34 รัฐสภาเป็นผู้ตรารัฐบัญญัติ
รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ รวมตลอดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงานและการเกณฑ์ทรัพย์สินในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสน่หา

- การกำหนดความผิดอาญาชั้นอุกฤษฏ์โทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลขึ้นใหม่ และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานภาษี อัตรา และวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรา เช่น รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น

- การจัดตั้งองค์การมหาชนประเภทต่าง ๆ ขึ้นใหม่

- หลักประกันพื้นฐานสำหรับข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

- การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของวิสาหกิจภาครัฐไปเป็นของเอกชน

รัฐบัญญัติกำหนดหลักการที่สำคัญในเรื่อง

- การจัดระเบียบทั่วไปในการป้องกันประเทศ

- การปกครองตนเอง อำนาจหน้าที่ และรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

- การศึกษา

- ระบบกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน และข้อผูกพันตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

- ระบบกฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสหภาพแรงงาน และการประกันสังคม

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับงบประมาณกำหนดรายได้และค่าใช้จ่ายของรัฐตามเงื่อนไขและภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคม กำหนดเงื่อนไขทั่วไปเกี่ยวกับสมดุลทางการเงิน บัญชีประมาณการรายรับ กำหนดเป้าหมายและค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการวางแผนกำหนดเป้าหมายของกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ

บทบัญญัติมาตรานี้อาจจะบัญญัติเพิ่มเติมและขยายความได้โดยตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ”

อำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารตามมาตรา 37[46] ซึ่งกฎเกณฑ์ที่รัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นตามมาตรา 37 วรรคแรกยังคงเรียกว่า “กฤษฎีกา” (Décrets) อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎเกณฑ์เอกเทศ (Réglement Autonome) และกฎเกณฑ์ซึ่งไม่เป็นเอกเทศ กฎเกณฑ์เอกเทศได้แก่ กฎเกณฑ์ซึ่งรัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นโดยเป็นอิสระจากรัฐบัญญัติ ยกเว้นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้บัญญัติเป็นรัฐบัญญัติ ส่วนกฎเกณฑ์ซึ่งไม่เป็นเอกเทศ ได้แก่ กฎเกณฑ์ซึ่งตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ในเรื่องที่รัฐสภาได้กำหนดหลักการพื้นฐานไว้ในมาตรา 34 วรรค 3 แห่งรัฐบัญญัติ ซึ่งกฎเกณฑ์ประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไว้ไม่ได้

อย่างไรก็ตาม รัฐบาลยังอาจตรากฎเกณฑ์ซึ่งไม่เป็นเอกเทศได้อีกกรณีหนึ่ง โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 แห่งรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ (ทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1875) ดังนั้น ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้รัฐบัญญัติ ที่รัฐสภาตราขึ้นตามมาตรา 34 วรรคแรก และวรรคสอง รัฐบาลย่อมมีอำนาจตรากฎเกณฑ์เพื่อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้ แต่กฎเกณฑ์เช่นว่านี้จะขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติใดไม่ได้

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดวิธีการควบคุมการบัญญัติรัฐบัญญัติของรัฐสภาและการตรากฎเกณฑ์เอกเทศของรัฐบาลให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) ในกรณีที่รัฐบัญญัติที่บัญญัติขึ้นก่อน ค.ศ. 1958 ในเรื่องซึ่งปัจจุบันไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐสภาตามมาตรา 34 แล้ว แต่ยังคงมีผลบังคับใช้อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกฤษฎีกาได้ โดยมีเงื่อนไขเพียงว่าจะต้องฟังความเห็นของกองเชยเดตาท์ในคณะที่ปรึกษาของรัฐบาลก่อนเท่านั้น

2) ในกรณีที่สมาชิกรัฐสภาเสนอร่างรัฐบัญญัติในเรื่องที่รัฐบาลเห็นว่าร่างรัฐบัญญัตินั้นไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐบัญญัติตามมาตรา 34 แล้ว รัฐบาลมีอำนาจที่จะคัดค้านได้ และในกรณีที่มีความเห็นขัดแย้งกันรัฐบาลหรือประธานสภามีอำนาจขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดได้ตามมาตรา 41

---

[46]“มาตรา 37 เรื่องที่มิได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐบัญญัติให้ถือว่ามีลักษณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหาร

รัฐบัญญัติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจาสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ใช้บังคับภายหลังจากวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาได้ก็ต่อเมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารตามความในวรรคก่อน”

3) ในกรณีที่รัฐบาลไม่ได้คัดค้านร่างรัฐบัญญัติและได้มีการประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายแล้ว รัฐบาลก็อาจร้องขอให้ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องชี้ขาดได้เช่นกัน ถ้าตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติดังกล่าวบัญญัติขึ้นในเรื่องที่รัฐธรรมนูญให้ตราเป็นกฎเกณฑ์ รัฐบาลก็มีอำนาจตรากฤษฎีกาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐบัญญัตินั้นได้ตามมาตรา 37 วรรค 2

กรณีที่องค์กรบริหารตรากฎเกณฑ์เรื่องที่อยู่เขตอำนาจของรัฐสภา ผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องขอให้กองเซยเดตาท์เพิกถอนกฎเกณฑ์นั้นได้ ในทางปฏิบัติการแบ่งเขตอำนาจการบัญญัติกฎหมายของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 นี้ก่อให้เกิดปัญหายุ่งยากหลายประการ กล่าวคือ

1) เขตอำนาจในการบัญญัติรัฐบัญญัติของรัฐสภา มาตรา 34 ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนพอที่จะสามารถบอกได้ว่าเรื่องใดอยู่ในเขตอำนาจของรัฐบัญญัติหรือไม่

2) รัฐบัญญัติที่บัญญัติเพียงแต่การวางกฎเกณฑ์หรือหลักการขั้นพื้นฐานของรัฐบัญญัตินั้น เป็นการยากที่จะแบ่งขอบเขตระหว่างหลักใหญ่ของการวางกฎเกณฑ์ และรายละเอียดของหลักการขั้นพื้นฐานได้

3) เป็นไปไม่ได้ที่จะแบ่งแยกรัฐบัญญัติที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้อย่างชัดเจนว่ารัฐบัญญัติฉบับใดยังคงมีค่าบังคับใช้อย่างรัฐบัญญัติอยู่ และฉบับใดอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกฤษฎีกา

4) คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญในปัญหาที่ว่ารัฐสภาบัญญัติรัฐบัญญัติเกินเขตอำนาจของตนหรือไม่ กับคำวินิจฉัยของกองเซยเดตาท์ในปัญหาที่ว่าองค์กรบริหารตรากฎเกณฑ์ในเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐสภาหรือไม่นั้น อาจจะไม่สอดคล้องกันได้และรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดทางออกของปัญหาไว้

ปัจจุบันความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติของรัฐสภา และกฎเกณฑ์ขององค์กรบริหารในฝรั่งเศส เป็นวิวัฒนาการของการปฏิบัติที่เป็นจริงในการรับผิดชอบภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1985 ได้ลดอำนาจของรัฐสภาในการบัญญัติกฎหมายและเพิ่มบทบาทให้องค์กรบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นหลัก ซึ่งถือเป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่รับรองอำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ

3.2.2 มาตรการภายใน

นอกจากการตรากฎหมายของรัฐบาล ซึ่งได้แก่ ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นก็มีอำนาจตรากฎหมายขององค์กรบริหารได้เช่นกัน แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจในการตรากฎหมายแก่รัฐมนตรีเป็นการทั่วไป แต่รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชามีอำนาจออกกฎเกณฑ์ เพื่อบังคับใช้กับหน่วยงานและผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ ซึ่งเป็นอำนาจที่

รัฐมนตรีมีอยู่โดยไม่จำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติใดให้อำนาจ แต่รัฐมนตรีไม่มีอำนาจตรากฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อประชาชนเป็นการทั่วไปดังเช่นประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรี

มีความเห็นพ้องกันสำหรับการกระทำบางประการที่ไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งและไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพทางกฎหมาย (N'Apportentaucune à l'Ordonnancement Juridique) ซึ่งศาลปกครองชี้ว่าการกระทำเหล่านี้ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นการให้คำปรึกษาหรือกำหนดแนวทาง (Consultative ou Indicatif) ในคำพิพากษาของ CE. 24 Mai 1957, Chaugny เกี่ยวกับการให้ความเห็น การกระทำเกี่ยวกับการย้ำถึงกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว (CE. 22 Janv. 1954, Institution Notre Dame du Kreisker) กรณีมาตรการตระเตรียมก่อนการออกคำสั่ง (Measures Préparatoires) และภายหลังคำสั่งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่มีปัจจัยใหม่เพิ่มเติม[47]

มาตรา 9 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 บัญญัติหลักเกณฑ์ในการประกาศโฆษณามาตรการภายใน ซึ่งกฤษฎีกาลงวันที่ 22 กันยายน 1979 ได้ระบุวิธีการประกาศโฆษณาให้ชัดเจนขึ้น ต่อมามีมาตรา 1 แห่งกฤษฎีกาลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 บัญญัติว่า "ผู้มีส่วนได้เสียทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะอ้างอิงหรือยก คำสั่ง (Instructions) แนวปฏิบัติ (Directives) และหนังสือเวียน (Circulaires) ที่ได้มีการประกาศโฆษณาแล้วตามสมควรขึ้นใช้ยันกับฝ่ายปกครองได้ ในกรณีที่เอกสารเช่นว่านั้นไม่ขัดต่อรัฐบัญญัติ (Lois) และกฎเกณฑ์ (Réglements)" จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจสรุปได้ว่าประชาชนมีสิทธิที่จะยกมาตรการดังกล่าวที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นอ้างอิงกับฝ่ายปกครอง หรือศาลปกครอง เพื่อโต้แย้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่ไม่สอดคล้อง หรือเพื่อเรียกร้องว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่กำลังจะออกมานั้น จะต้องเป็นไปโดยไม่ขัดแย้งกับมาตรการดังกล่าว

หนังสือเวียน (Les Circulaire) เป็นการกระทำที่หัวหน้าหน่วยงานมีต่อผู้ใต้บังคับบัญชา เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติในการใช้กฎหมาย โดยทั่วไปแล้วจะไม่สร้างปัจจัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา การตีความกฎหมายที่มีอยู่ในหนังสือเวียนไม่มีคุณค่าทางกฎหมายสำหรับประชาชนทั่วไป ซึ่งจะยอมรับเฉพาะการตีความโดยทางศาลเท่านั้น ในกรณีนี้หนังสือเวียนจึงไม่อาจถูกโต้แย้งได้โดยประชาชน (Administré) แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการ ข้าราชการจะต้องปฏิบัติตามโดยเหตุผลของหน้าที่ในการเชื่อฟังการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น (Devoir d' Obeisance Hiérarchique) และถ้าหนังสือเวียนก่อให้เกิดผลใดขึ้นมา ข้าราชการก็ไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้ เพราะจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ เหตุผลเหล่านี้คือคำอธิบายว่าเหตุใดหนังสือเวียนจึงไม่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (Réglement)[48]

---

[47]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส," **วารสารกฎหมายปกครอง** 4, 2 (สิงหาคม 2528): 285.

[48]*เรื่องเดียวกัน,* หน้า 286.

ในทางปฏิบัติแล้วมีการใช้หนังสือเวียนอย่างแตกต่างกันมาก บางประเภทเป็นเอกสารหมุนเวียนภายใน (Documents d' Ordre Intérieur) เท่านั้น มีลักษณะจำกัดแต่เพียงเตือนถึงบทบัญญัติทางกฎหมายและตีความบทบัญญัติ แต่มีบางประเภทที่ได้สร้างหรือก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ที่มีผลทางกฎหมายอย่างแท้จริงเช่นเดียวกับกฎเกณฑ์ทั่วไป (Réglement) พนักงานผู้รับผิดชอบคดี Notre Dame du KreisKer คือ M. Tricot ได้เสนอให้พิจารณาถึงสภาพที่แท้จริงของหนังสือเวียนแท้ ๆ กับหนังสือเวียนที่มีลักษณะบังคับทั่วไป (Circulaire Interpretative et Circulaire Réglementaire) ซึ่งหนังสือเวียนแท้ ๆ จะฟ้องเพิกถอนไม่ได้ ส่วนหนังสือเวียนที่เป็นกฎบังคับทั่วไป (Réglement) นั้นฟ้องเพิกถอนได้ และอาจพิจารณาในฐานะปัจจัยหนึ่งของความชอบด้วยกฎหมาย

หลักเกณฑ์ที่จะแสดงว่าหนังสือเวียนมีลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire) หรือไม่นั้น เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลปกครอง ปัจจุบันการใช้หนังสือเวียนมีมากขึ้นด้วยเหตุผลของความซับซ้อนของปัญหา ฝ่ายปกครองจึงนิยมใช้หนังสือเวียนมากกว่า Arête (อาจแปลได้ว่าเป็น "ประกาศกระทรวง") ซึ่ง M. Tricot แสดงความเห็นว่า หากผู้พิพากษาปฏิเสธลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire) ของหนังสือเวียนอย่างอัตโนมัติ เท่ากับว่าผู้พิพากษาเสี่ยงในการลดหลักประกันให้กับผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยเขาจำเป็นจะต้องคอยจนกว่าจะมีคำสั่งเฉพาะบุคคลเสียก่อน จึงจะฟ้องการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายได้ ในทางตรงข้ามหากผู้พิพากษายอมรับลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire) ของหนังสือเวียนง่ายเกินไปที่อาจเป็นเพียงการกำหนดแนวทางธรรมดาของฝ่ายปกครอง ก็เท่ากับขัดต่อกระบวนการที่ฝ่ายปกครองต้องการแก้ไข ด้วยเหตุผลเหล่านี้การนิยามหนังสือเวียนทั้ง 2 ประเภทของผู้พิพากษาศาลปกครอง จึงค่อนข้างยืดหยุ่นและไม่ชัดเจนในบางครั้ง

ในทางกฎหมายหนังสือเวียน คือ การกระทำที่เปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ทางกฎหมาย และนำบางสิ่งบางอย่างที่ใหม่ ต่างจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายแต่เดิม โดยกำหนดพันธะขึ้นใหม่ต่อผู้อยู่ใต้ปกครอง หรือสร้างสิทธิและหน้าที่ขึ้นใหม่ หลักเกณฑ์นี้ได้ก่อรูปมาจากคำพิพากษา CE. 29 Janv. 1954, Notre Dame du Kreisker, Conclusion Tricot. เป็นกรณีที่ฟ้องหนังสือเวียนของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1950 เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย Falloux ลงวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1850 เกี่ยวกับเงินช่วยเหลือของเขตการปกครอง Départements และ Communes ต่อสถาบันการศึกษาระดับมัธยม ในหนังสือเวียนนี้ได้บัญญัติถึงการขอคำปรึกษาจากคณะกรรมการระดับสูงของการศึกษาแห่งชาติ ซึ่งไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับใด นอกจากนั้นยังบัญญัติให้สถาบันเอกชนลงนามผูกพันบางประการที่ดูเหมือนจะขัดต่อหลักเสรีภาพทางการศึกษา (Liberté de l'Enseignement) โดยจัดให้มีการควบคุมทางปกครองและทางการศึกษาของสถาบัน นอกจากนั้นยังกำหนดพันธะให้ทำเอกสารเกี่ยวกับจำนวนผู้ศึกษา ผลการสอบ และคุณภาพของผู้สอน

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าในทุกข้อที่เพิ่มเติมเข้ามานี้ ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงการตีความกฎหมายเท่านั้น แต่ได้สร้างกฎเกณฑ์ใหม่ขึ้นมา ทำให้หนังสือเวียนมีลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire)[49]

ความแตกต่างของหนังสือเวียนทั้ง 2 ประเภทนี้ มีคำพิพากษาเป็นจำนวนมาก แต่ค่อนข้างลำบากในการตีความ ผู้พิพากษาปฏิเสธลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire) ในหลายสมมุติฐาน เช่น เป็นเพียงแต่นิยามการดำเนินงานภายในของบริการและไม่มีผลทางกฎหมายต่อประชาชน (CE. 9 Mars. 1951, Guislain R. 142) หรือเป็นเพียงแต่แสดงความคิดเห็นและตีความคำสั่งเท่านั้น ที่กำหนดพฤติกรรมบางประการต่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงาน แต่ถือว่าเป็นหนังสือเวียนประเภทที่มีลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire) เมื่อมีผลต่อบุคคลภายนอกหรือผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยเพิ่มเติมข้อกำหนดใหม่หรือลบล้างหลักประกันบางประการ เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

คำพิพากษาบางเรื่องผู้พิพากษาไม่ยอมรับลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire) ของหนังสือเวียนบางอย่าง โดยให้เหตุผลว่ารัฐมนตรีสามารถจำกัดได้เฉพาะการตีความกฎหมายหรือกำหนดแนวทางเท่านั้น ในขณะที่ดูเหมือนว่าในหนังสือเวียนเหล่านี้มีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายใหม่เกิดขึ้น (CE. 9 Sept. 1954, Union Nationale des Associations de Parents d'Eléves de l'Enseignement Libre R. 224, CE.5 Mai. 1961, SociétéLibrairie Aristide Quillet A. J. 1961, 329) ข้อเท็จจริงในคดี คือ มีการฟ้องเพิกถอน "Fontanet" ที่ออกเพื่อบังคับใช้ตามกฤษฎีกาที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1958 มีจุดประสงค์ที่จะต่อต้านการปฏิบัติทางการค้าบางประการ ที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาขั้นต่ำ การปฏิเสธการขาย ซึ่งศาลปกครองพิจารณาหนังสือเวียนนี้โดยยืนยันถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย โดยเน้นลักษณะของเจตจำนงเพื่อปฏิเสธลักษณะบังคับทั่วไป (réglementaire) อย่างไรก็ตาม หนังสือเวียนนี้ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติบางประการที่มีอยู่ในกฤษฎีกา เช่น รูปแบบคำขอยกเว้นการห้ามกำหนดราคาขั้นต่ำ แต่ศาลปกครองสูงสุดได้ปฏิเสธอย่างชัดแจ้งถึงลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire) โดยยืนยันว่าเกี่ยวกับเงื่อนไขด้านรูปแบบ (Condition de Forme)[50]

ผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนนั้น โดยหลักแล้วถือเป็นเอกสารภายในหน่วยงานทางปกครองที่มีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้นจะมีผลทางวินัยตามมา แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประชาชนหนังสือเวียนนั้นนอกจากจะออกโดยมิได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐบัญญัติแล้ว ยังไม่มีผลบังคับต่อบุคคลภายนอก จึงไม่อาจใช้ยันกับบุคคลภายนอกหรือประชาชนได้ หนังสือเวียนเป็นเพียงมาตรการภายในหรือการเตรียมการของ

---

[49] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 287-288.

[50] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 289.

เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง โดยตัวของหนังสือเวียนเองจึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หรือกระทบสิทธิและหน้าที่ของประชาชน หนังสือเวียนมิใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของ “กฎหมาย” ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วย “กฎหมาย” แต่หนังสือเวียนก่อให้เกิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม[51]

ในประเด็นที่ว่าจะมีการนำหนังสือเวียนไปยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้หรือไม่นั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองประเทศฝรั่งเศสแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง

1) ในช่วงแรกศาลปกครองของฝรั่งเศสยอมรับว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ขัดแย้งกับหนังสือเวียนหรือฟ้องคดีขอให้เพิกถอนหนังสือเวียนที่กระทบสิทธิและหน้าที่ของตนได้ แต่ประชาชนไม่อาจฟ้องคดีเกี่ยวกับหนังสือเวียนได้เลยไม่ว่าในกรณีใด

2) ในปัจจุบันศาลปกครองของฝรั่งเศสแยกกรณีระหว่างหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความหรืออธิบายกฎหมาย (Circulaire Interprétative) อันได้แก่หนังสือเวียนที่จัดทำขึ้นใช้ภายในหน่วยงานให้มีความเข้าใจตรงกันซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลต่อบุคคลภายนอก กับหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ (Circulaire Réglementaires) อันได้แก่ที่มีผลเป็นการสร้างหรือก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายมีลักษณะเป็นกฎหมาย เช่น กฎเกณฑ์ทั่วไป (Réglement) และหากก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกหนังสือเวียนประเภทนี้ก็จะมีสภาพเป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้กลับหลักแนวคำวินิจฉัยเดิมในคดี Institution Notre-Dame du Kreisker ค.ศ. 1954 ว่าถ้าเป็นหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ ประชาชนย่อมมีสิทธินำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ในทางปฏิบัติศาลปกครองจะพิพากษาในเนื้อหาของคดีแล้วพิพากษาให้เพิกถอนหนังสือเวียนดังกล่าวเสมอ เพราะเท่ากับว่าฝ่ายปกครองอาศัยหนังสือเวียน ซึ่งควรจะเป็นเรื่องภายในระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชามากำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายโดยที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ถ้าเป็นหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความ หรืออธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการจัดองค์กรหรือการดำเนินงานของหน่วยงาน เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีสิทธินำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เว้นแต่หนังสือเวียนนั้นจะกระทบต่อสิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

แนวปฏิบัติ (Les Directive) เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจโดยกำหนดแนวปฏิบัติ (Ligne de Conduite) ที่ฝ่ายปกครองนำไปใช้ในทางปฏิบัติ เมื่อฝ่ายปกครองมีกิจการในการออกกฎเกณฑ์และแนวทางด้านเศรษฐกิจ เช่น กฎเกณฑ์รูปแบบในการกำหนดแนวทาง

---

[51]ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับ “กฎ” ที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 7, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2550): 2-3.

หรือจูงใจทางเศรษฐกิจ เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบเหล่านี้มักจะไม่ชัดเจน โดยเฉพาะเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงให้ความช่วยเหลือ ทำให้ในทางปฏิบัติจะต้องมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติ ซึ่งแนวปฏิบัตินี้มีประโยชน์สำหรับฝ่ายปกครองที่ต้องการการอ้างอิงที่ชัดเจน ทำให้นโยบายทางเศรษฐกิจเป็นเอกภาพเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทางปฏิบัติ และที่สำคัญเป็นประโยชน์ต่อประชาชนในฐานะผู้ใช้บริการทางเศรษฐกิจ การกำหนดแนวทางที่แน่นอนนี้ทำให้รู้สิทธิและหน้าที่ของตนและเป็นหลักประกันเมื่อมีคดีเกิดขึ้น ซึ่งแนวปฏิบัติต้องไม่เพิ่มเติมเงื่อนไขใหม่ ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และไม่สามารถฟ้องเพิกถอนได้โดยตรง แต่ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของแนวปฏิบัติอาจถูกยกขึ้นมาได้เมื่อมีคำสั่งที่ออกมาโดยอาศัยแนวทางของแนวปฏิบัตินั้น ศาลปกครองยืนยันว่าแนวปฏิบัติไม่ใช่กฎเกณฑ์ทั่วไป (Réglement) เพราะไม่ต้องการให้มีลักษณะบังคับทั่วไป (Réglementaire) และคำฟ้องที่เกี่ยวข้องจะกระทำได้ต่อเมื่อมีคำสั่งที่ใช้บังคับตามแนวปฏิบัติออกมาแล้วเท่านั้น[52]

ความหมายของแนวปฏิบัติเกิดขึ้นในคำพิพากษา Crédit Foncier de France (CE. 11 Dece. 1970) ซึ่งศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถกำหนดแนวปฏิบัติกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของตนไว้เป็นการล่วงหน้าได้ โดยยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถอ้างแนวปฏิบัติเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองได้ ต่อมาเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของแนวปฏิบัติ จะถือเป็นกฎที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนหรือไม่ ได้มีการวางระบบให้แน่ชัดขึ้นในคดี SociétéGéa (CE. 29 Juin. 1973) ว่าแนวปฏิบัติโดยตัวของมันเองมิได้มีลักษณะเป็นกฎ สิ่งที่กระทบสิทธิของประชาชนก็ยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยแนวปฏิบัติ ดังนั้น ประชาชนจึงมสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ประชาชนเห็นว่าไม่เป็นไปตามแนวปฏิบัติ หรือขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกตามแนวปฏิบัติ แต่ถ้าประชาชนเห็นว่าแนวปฏิบัตินั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนไม่มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนแนวปฏิบัติได้โดยตรง เพราะแนวปฏิบัติมิได้มีลักษณะเป็นกฎ จึงไม่มีผลเปลี่ยนแปลงสถานภาพทางสิทธิหรือหน้าที่ทางกฎหมายของประชาชนที่เกี่ยวข้องแต่คำพิพากษาบางเรื่องชี้ให้เห็นว่าบางครั้งแนวปฏิบัติเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (Réglement) (CE. 31 Janv. 1975, Soe. Rallye)

มาตรการระเบียบภายในอื่น (Les Measures d’ Ordre Intérieur) คือ มาตรการนอกจากหนังสือเวียนและแนวปฏิบัติ มีวัตถุประสงค์ที่จะปรับปรุงและอำนวยความสะดวกในการดำเนินงาน เช่น คำสั่งที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาลำดับสูง มาตรการที่มีผลเฉพาะบุคคลกึ่งวินัย หรือแม้แต่คำสั่งลักษณะทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบบริการ แนวความคิดทั่วไปถือว่าคำสั่งหรือมาตรการเหล่านี้ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจก่อความเสียหายได้โดยตรง แต่เป็นการยากที่จะอธิบายว่าคำสั่งเหล่านี้ไม่อาจสร้างความเสียหายได้ ที่จริงเป็นการสร้างเหตุผลเพื่ออ้างเหตุไม่รับฟ้องเพิกถอน

---

[52]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, *เรื่องเดิม,* หน้า 291-292.

คำสั่งเหล่านี้ หรือไม่รับฟ้องฐานละเมิดคำสั่งภายใน คำพิพากษาในเรื่องนี้มีจุดยืนค่อนข้างยืดหยุ่น แต่เมื่อมาตรการเหล่านี้ทำความเสียหายให้กับสถานะทางกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องแล้ว ศาลปกครองมักจะถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไปและอาจฟ้องเพิกถอนได้ (CE. 19 Mars. 1952, Veillard R. 169)

สำหรับสถานะทางกฎหมายนั้น ประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลักนิติรัฐ ซึ่งหมายความรวมถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย กล่าวคือ การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นปฏิบัติการทางปกครอง สัญญาทางปกครอง และนิติกรรมทางปกครองจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนหลักกฎหมายทั่วไป โดยเอกชนผู้ซึ่งถูกกระทบสิทธิ อาจถูกกระทบสิทธิ มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีที่เอกชนถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนนิติกรรมทางปกครองนั้น

ผลจากการการเปลี่ยนแปลงบทบาทเดิมของฝ่ายปกครองที่มีอยู่อย่างจำกัดในยุคของรัฐเสรีนิยมมาเป็นบทบาทที่มีอยู่อย่างกว้างขวางในยุคของรัฐสมัยใหม่ ทำให้ระบบกฎหมายยังไม่สามารถปรับตัวได้ทัน รัฐบัญญัติและกฤษฎีกาซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายเดิมไม่สอดคล้องกับบทบาทใหม่ของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจึงคิดค้นเครื่องมือในการปฏิบัติงานใหม่ขึ้นมา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองได้ใช้มาตรการภายในของฝ่ายปกครองในรูปแบบเอกสารมากำหนดกฎเกณฑ์ โดยมิได้ให้ความสำคัญกับผลทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเหล่านี้มากนัก ซึ่งในทางปฏิบัติมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชน

นักกฎหมายไม่ว่าจะเป็นนักวิชาการ ศาล หรือรัฐสภา เริ่มตื่นตัวขึ้นมาในภายหลัง โดยพยายามที่จะวิเคราะห์สถานะภาพ และสร้างระบบกฎหมายที่จะใช้บังคับกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แต่ก็ไม่สามารถแก้ไขความล้าสมัยของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้ ต่อมาศาลปกครองจึงเริ่มยอมรับว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองในรูปแบบเอกสารอาจถูกนำมาฟ้องคดีต่อศาล เพื่อขอให้เพิกถอนได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ซึ่งการฟ้องคดีประเภทนี้เรียกว่า “Le Recours Pour Excès de Pouvoirs” ในช่วงแรกเจ้าหน้าที่เท่านั้นที่มีสิทธิฟ้อง ต่อมาจึงขยายสิทธิไปยังประชาชนด้วย โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้กลับหลักแนวคำวินิจฉัยเดิมในคดี Institution Notre-Dame du Kreisker ค.ศ. 1954 ว่าถ้าเป็นหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ ประชาชนย่อมมีสิทธินำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

ส่วนแนวปฏิบัติ ปี ค.ศ. 1936 ในคดี Jamart ศาลอธิบายเหตุผลที่ไม่ยอมรับคำฟ้องขอให้เพิกถอนเอกสารดังกล่าว โดยมีเหตุผลทางทฤษฎีว่าแนวปฏิบัติมีหน้าที่เพียงประการเดียว คือ การจัดองค์กร และวิธีการปฏิบัติภายในองค์กร เจ้าหน้าที่ไม่สามารถนำมาตรการภายในดังกล่าวไปฟ้องคดีได้

ต่อมา ปี ค.ศ. 1970 ในคดี Crédit Foncier de France (CE. 11 Dece.1970) ศาลปกครองยอมรับว่าประชาชนสามารถอ้างประโยชน์จากแนวปฏิบัติได้ แต่ไม่สามารถนำแนวปฏิบัติไปฟ้องคดีได้

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่บัญญัติโดยองค์กรนิติบัญญัติและกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบริหาร โดยกำหนดเขตอำนาจของพระราชบัญญัติไว้ในมาตรา 34 และเขตอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารไว้ในมาตรา 37 ส่วนกฎหมายที่องค์กรบริหารตราในเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของพระราชบัญญัติตามมาตรา 34 เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น นายกรัฐมนตรีก็อาศัยอำนาจทั่วไปตามมาตรา 21 ตรากฎหมายลูกบทได้ แม้พระราชบัญญัติแม่บทจะไม่ได้ให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนก็ตาม นอกจากนี้ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้พระราชบัญญัติที่ฝ่ายปกครองนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น เช่น คำสั่งในรูปของหนังสือเวียน และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มเติมกฎเกณฑ์บางอย่างแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ เช่น กำหนดหน้าที่หรือให้หลักประกันเพิ่มเติมกับประชาชน ถือว่าหนังสือเวียนนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม ลักษณะความสำคัญระหว่างการบัญญัติกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติและการตรากฎหมายขององค์กรบริหารดังกล่าวนี้ เป็นลักษณะเฉพาะที่มีอยู่ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผลมาจากวิวัฒนาการทางการเมืองการปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่รับรองอำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุป มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีจุดมุ่งหมายเพื่อใช้โดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานหรือของฝ่ายปกครอง และจะไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกคือประชาชน แต่ปัจจุบันศาลปกครองได้แยกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองออกเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่เป็นเรื่องภายในหน่วยงาน และมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่เป็นการวางกฎเกณฑ์ สำหรับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่เป็นเรื่องภายในหน่วยงานนั้นประชาชนไม่อาจฟ้องขอให้เพิกถอนได้ แต่ถ้ามีคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้น คำสั่งดังกล่าวอาจถูกศาลเพิกถอนได้ แต่จะฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการภายในนั้นไม่ได้ ส่วนมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่เป็นการวางกฎเกณฑ์อันมีผลทางกฎหมายต่อประชาชน ประชาชนสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนได้

แนวความคิดเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองหมายความรวมถึงกฎด้วย และศาลปกครองสูงสุดยอมรับว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองบางประเภทมีผลเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ เนื่องจากมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพทางกฎหมาย มาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงถูกจัดให้อยู่ในประเภทใดประเภทหนึ่งของนิติกรรม สามารถใช้ยันบุคคลได้ทุกคนโดยเฉพาะผู้มีส่วนได้เสีย แต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองบางประเภทก็ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพทางกฎหมาย ดังนั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง โดยรูปแบบจึงไม่อาจใช้เป็นเครื่องบ่งชี้สถานภาพทาง

กฎหมายได้ โดยมีมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นกฎ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าไม่มีลักษณะเป็นกฎในจำนวนที่ใกล้เคียงกัน

3.2.3 การฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง

ภายใต้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1958 องค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจบัญญัติรัฐบัญญัติได้เฉพาะในเรื่องที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 เท่านั้น ในขณะที่มาตรา 37 ให้อำนาจองค์กรบริหารตรากฎได้อย่างกว้างขวาง โดยกำหนดไว้ว่าเรื่องที่นอกเหนือไปจากที่ให้บัญญัติเป็นรัฐบัญญัติให้ตราเป็นกฎ ดังนั้น อำนาจในการตรากฎขององค์กรบริหารจึงมีลักษณะเป็นอำนาจทั่วไป (La Competence Normative de Droit Commun) แต่อำนาจในการบัญญัติรัฐบัญญัติขององค์กรนิติบัญญัติมีลักษณะเป็นข้อยกเว้น คือ บัญญัติกฎหมายได้เฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น (La Compétence Normative d’Exception)

กฎจะต้องตราโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ โดยผลของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจทั่วไปในการตรากฎ ในรูปการลงนามประกาศบังคับใช้รัฐกฤษฎีกา หรือผ่านทางรัฐมนตรีผู้รักษาการตามรัฐกฤษฎีกา ซึ่งกฎจะมีผลใช้ยันต่อผู้ที่อยู่ในบังคับได้ต่อเมื่อมีการประกาศแล้ว

1) ประธานาธิบดีใช้อำนาจในการตรากฎแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ การร่วมลงนามในรัฐกำหนด การร่วมลงนามในรัฐกฤษฎีกา และการตรากฎตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ

2) รัฐมนตรีทั่วไปแล้วไม่ใช่ผู้มีอำนาจโดยตรงในการตรากฎ เว้นแต่ 2 กรณี คือ เพื่อให้งานบริการสาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนดำเนินไปได้ และเป็นเรื่องที่มีกฎหมายหรือกฎให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง

3) ผู้ว่าราชการจังหวัด รวมทั้งนายกเทศมนตรีก็มีอำนาจในการตรากฎตามที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ได้แก่ อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย

4) ผู้บริหารองค์การมหาชน หรือหัวหน้าหน่วยงานทางปกครอง แม้ไม่มีอำนาจทั่วไปในการตรากฎ แต่ย่อมมีอำนาจทั่วไปในการวางหลักเกณฑ์เพื่อจัดระเบียบภายในองค์กรที่มีลักษณะบังคับแก่ผู้ใต้บังคับบัญชา และในบางกรณีก็มีผลต่อบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ใช้บริการสาธารณะด้วย

เดิมองค์กรบริหารมีอำนาจตรากฎเพื่อบังคับให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติเท่านั้น ปัจจุบันองค์กรบริหารมีอำนาจในการตรากฎ โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งการแยกความแตกต่างระหว่างรัฐบัญญัติกับกฎนั้นจะถือเกณฑ์เนื้อหาของกฎหมายเป็นเกณฑ์เดียวในการวินิจฉัยไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายที่บัญญัติโดยองค์กรนิติบัญญัติต่างจากกฎที่ตราโดยองค์กรบริหารในแง่ของขั้นตอนพิธีการ รัฐบัญญัติจะต้องผ่านกระบวนการออกเสียงลงมติโดยรัฐสภาและประกาศใช้

โดยประธานาธิบดี อันเป็นกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แม้รัฐธรรมนูญจะสร้างกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติไว้ โดยให้เป็นอำนาจการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) แต่ก็เป็นลักษณะการควบคุมก่อนการบังคับใช้กฎหมาย เมื่อรัฐบัญญัติประกาศบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว ก็จะมีผลบังคับใช้เป็นการถาวรและไม่อาจโต้แย้งได้ ส่วนกฎนั้นแตกต่างโดยสิ้นเชิงไม่ว่ากฎนั้นจะตราโดยฝ่ายปกครองลำดับชั้นสูงเพียงใด ก็อาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง หากกฎนั้นขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า เช่น รัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติ หรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้กับระบบกฎหมายฝรั่งเศส[53]

3.2.3.1 ระบบศาล

ปัจจุบันศาลปกครองของฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้น (Les Tribunaux Administratifs: TA) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Les Cours Administratives d'Appel: CAA) และศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat: CE)

ศาลปกครองชั้นต้นเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1953 ปัจจุบันมีอยู่ 42 แห่ง แบ่งเป็นศาลปกครองบนพื้นแผ่นดินใหญ่ 31 แห่งและดินแดนโพ้นทะเลอีก 11 แห่ง[54] ศาลปกครอ งชั้นต้นแต่ละศาลประกอบด้วยหัวหน้าศาล หัวหน้าคณะ และตุลาการมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองทั่วไปที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้ว่าให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองพิเศษหรือศาลปกครองสูงสุด นอกจากนี้ ศาลปกครองชั้นต้นของฝรั่งเศสยังหมายรวมถึงองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองเฉพาะด้าน (Les Juridictions Administratives Spécialisées) ซึ่งได้แก่ องค์กรวิชาชีพ (Les Ordresprofessionnels) ต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยโทษทางวินัย (Matière Disciplinaire) เช่น สภามหาวิทยาลัย (Le Conseil de Discipline Interne à l'Université) แพทยสภา (L'Ordre de Médecins) หรือบรรดาศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยความผิดเกี่ยวกับการคลัง (Matière Financière) เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค (Les Chambres Régionales des Comptes) หรือศาลตรวจเงินแผ่นดิน (La Cour des

---

[53] Michel Azibert, Maître des Requétes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส (รายงานการศึกษา เรื่อง Lecontrôle de la Validité de la Norme Réglementaire par le Juge Administrative) เอกสารวิชาการเสนอต่อที่ประชุมสมาคมสภาแห่งรัฐและศาลปกครองสูงสุดแห่งสหภาพยุโรป ครั้งที่ 10 ณ กรุงเอเธนส์ ระหว่างวันที่ 14- 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1986, แปลโดย ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์, **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 18-19.

[54] Phillippe Foillard, **Droit administratif**, 2nd ed. (Bruxelles: Larcier, 2013), p. 301.

Comptes) โดยส่วนใหญ่แล้ว ศาลปกครองสูงสุดจะทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองเหล่านี้ในปัญหาข้อกฎหมาย[55]

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1987 เพื่อแบ่งเบาภาระของศาลปกครองสูงสุด ปัจจุบันมีอยู่ 8 แห่ง[56] ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แต่ละศาลจะประกอบด้วย ประธาน ตุลาการหัวหน้าคณะ และตุลาการมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งมิใช่คดีที่ฟ้องของให้เพิกถอนกฎ ระเบียบของฝ่ายปกครอง เว้นแต่คดีอุทธรณ์ที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด[57]

ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นศาลสูงสุดของระบบพิจารณาคดีปกครอง คดีทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ ภาค จังหวัด เทศบาล องค์การมหาชน หรือนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท เช่น องค์กรวิชาชีพ (Les Ordresprofessionnels) หรือสมาพันธ์กีฬา (Les Fédérations Sportives) อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้น ภายในศาลปกครองสูงสุดมีการแบ่งโครงสร้างเป็น 2 ส่วนคือ แผนกกฤษฎีกา (Les Sections Administratives) และแผนกคดี (La Section du Contentieux)

สำหรับแผนกกฤษฎีกามีการแบ่งออกเป็น 6 แผนกตามภารกิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ แผนกกิจการภายใน (La Section de l'Intérieur) แผนกการคลัง (La Section des Finances) แผนกโยธา (La Section des Travaux Publics) แผนกสังคม (La Secionsociale) แผนกวิจัย (La Section des Ètudeset Rapport) และล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 2008 มีการตั้งแผนกใหม่คือแผนกการปกครอง (La Section de l'Administration) มีอำนาจรับผิดชอบการบริหารกิจการบ้านเมือง (La Gestionpublique) เจ้าหน้าที่ของรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองและประชาชน[58]

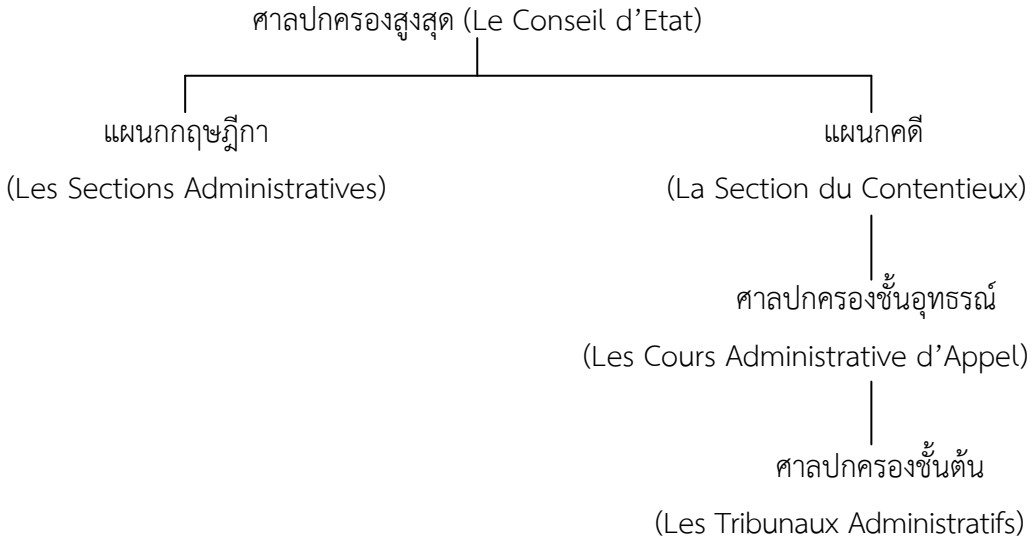
---

[55]ชาญชัย แสวงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2545), หน้า 42; นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), หน้า 52-53.

[56] Phillippe Foillard, *op. cit.*, p. 301.

[57]นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 52.

[58]Jean Waline, **Droit Administratif**, 25th ed. (Paris: Dalloz, 2014), pp. 624-625.



ภาพที่ 3.2 ระบบศาลปกครองฝรั่งเศส

3.2.3.2 เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับ "กฎ"

การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ โดยการฟ้องเป็นคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Recours Pour Excés de Pouvoir) เป็นสิทธิที่เปิดกว้างแก่บุคคลทั่วไป การฟ้องลักษณะนี้โดยหลักแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้โต้แย้งการกระทำทางปกครองได้ในทุกเรื่อง แม้ไม่มีตัวบทกฎหมายเขียนไว้ก็ตาม[59] การที่ศาลปกครองจะรับคดีไว้พิจารณามีเงื่อนไขแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้ เนื้อหาของกฎที่ถูกโต้แย้ง คุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดี และขั้นตอนพิธีการหรือรูปแบบในการเสนอคำฟ้อง

1) เนื้อหาของกฎ

คำฟ้องจะต้องเป็นการโต้แย้ง "การกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง" (Un Acte Administrative Unilatéral) และจะต้องปรากฏด้วยว่าการกระทำทางปกครองนั้นเป็นการ

[59]คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่ ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1950 คดี Dame Lamotte อ้างถึงใน Michel Azibert, Maître des Requétes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส (รายงานการศึกษา เรื่อง Lecontrôle de la Validité de la Norme Réglementaire par le Juge Administrative) เอกสารวิชาการเสนอต่อที่ประชุมสมาคมสภาแห่งรัฐและศาลปกครองสูงสุดแห่งสหภาพยุโรป ครั้งที่ 10 ณ กรุงเอเธนส์ ระหว่างวันที่ 14- 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1986, แปลโดย ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์, **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 24.

กระทำที่มีผลไปยังภายนอก ซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์แก่ผู้รับ การกระทำให้ต้องปฏิบัติหรือละเว้นไม่ต้องปฏิบัติ (Une Decision Exécutoire) หรือเป็นสำนวนว่า “การกระทำที่ทำให้เกิดความเดือดร้อนเสียหาย” (Une Decision Faisant Grief)

กรณีของกฎ การรับพิจารณาคำฟ้องผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาว่ากฎที่ถูกโต้แย้งนั้นเป็นการ “วางหลักเกณฑ์” มิใช่เพียงการอธิบายขยายความกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว เช่น หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการอธิบายความหมายหรือตีความตัวบทกฎหมายหรือกฎระเบียบ (La Circulaire Interprétative) การฟ้องโต้แย้งหนังสือเวียนประเภทนี้จึงเป็นคำฟ้องที่รับไว้พิจารณาไม่ได้ ส่วนหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎ (La Circulaire Réglementaire) คำฟ้องโต้แย้งหนังสือเวียนประเภทนี้จึงรับไว้พิจารณาได้

คำฟ้องโต้แย้งหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎ มักเป็นคดีที่ศาลปกครองรับไว้พิจารณา เนื่องจากรัฐมนตรีที่กำกับดูแลกระทรวงมิได้มี “อำนาจทั่วไป” ในการตรากฎ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย หรือมีอำนาจตรากฎเฉพาะที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในหน่วยงานของตนเท่านั้น แต่รัฐมนตรีมักใช้วิธีการออกหนังสือเวียนเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้นมา

2) คุณสมบัติของผู้มีสิทธิฟ้องคดี

ผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้ปรากฏว่าตนมีความสามารถตามกฎหมาย (La Capacité Juridique) ที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาทางศาลเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน และแสดงให้เห็นว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียเป็นการส่วนตัวที่จะกระทำเช่นนั้นได้ ศาลปกครองมักจะปฏิเสธไม่รับคำฟ้องของผู้ที่อ้างว่าเป็นการฟ้องแทนส่วนรวมในกรณีที่คำสั่งหรือกฎอาจมีผลกระทบต่อบุคคลทั่วไปในวงกว้าง (Une Action Populaire) อย่างไรก็ดี ปัจจุบันศาลปกครองได้ขยายขอบเขตของการยอมรับคุณสมบัติของผู้มีส่วนได้เสียออกไปกว้างขวางกว่าเดิม เช่น ผู้เสียภาษีคนหนึ่งถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงที่จะฟ้องโต้แย้งมาตรการจัดเก็บภาษีในท้องถิ่นได้แล้ว การเป็นผู้มีถิ่นพำนักอยู่ในเขตเทศบาลแห่งหนึ่งก็สามารถโต้แย้งกฎเกณฑ์ที่ออกโดยเทศบาลนั้นได้ หรือการเป็นผู้ใช้บริการสาธารณะก็อยู่ในฐานะที่จะโต้แย้งเงื่อนไขในการจัดการบริการสาธารณะนั้นได้ เป็นต้น

ข้อจำกัดที่สำคัญจะปรากฏอยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการหรือคณะบุคคลที่กระทำการแทน ซึ่งอาจอยู่ในรูปของสมาคมหรือสหภาพที่ได้รับการยอมรับให้เป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนได้ ในเรื่องที่กระทบต่อสถานภาพความเป็นข้าราชการ แต่สิทธิในการฟ้องคดีดังกล่าวมีข้อจำกัดอยู่ว่าจะต้องไม่เป็นการโต้แย้งมาตรการที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรหรือการจัด

โครงสร้างอำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน[60] เว้นแต่มาตรการเหล่านั้นจะมากระทบต่อสถานภาพของพวกเขา

3) ระยะเวลาและรูปแบบในการเสนอคำฟ้อง

เงื่อนไขเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี (Le Délai du Recours) ระยะเวลาทั่วไปของการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น กำหนดไว้ 2 เดือนนับแต่วันแจ้งคำสั่งทางปกครอง หรือนับจากวันประกาศบังคับใช้กฎ (La Publication) หลังจากพ้นระยะเวลา 2 เดือนไปแล้ว กฎย่อมไม่อาจถูกฟ้องคดีให้เพิกถอนได้อีก โดยหลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีถือว่ามีลักษณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (L'Ordre Public) ศาลมีหน้าที่ต้องยกเหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อไม่รับคดีไว้พิจารณา และผู้ถูกฟ้องคดีอาจยกเรื่องนี้ขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ

อย่างไรก็ดี เมื่อล่วงพ้นระยะเวลาในการฟ้องคดีโจทย์อาจยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ กล่าวคือ กรณีพ้นระยะเวลาฟ้องขอให้เพิกถอนกฎโดยตรงไปแล้ว แต่ถ้าเมื่อใดมีการนำกฎมาปรับใช้เป็นคำสั่ง และความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งขึ้นอยู่กับความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว ก็สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งนั้นได้ภายใน 2 เดือน ซึ่งศาลจะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นด้วยในตัว แต่ผลในทางคดีจะจำกัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎเฉพาะในคดีนั้นเท่านั้น โดยกฎนั้นยังคงใช้บังคับกับบุคคลอื่นได้อยู่

รัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถร้องขอไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจให้ยกเลิกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยมาตรา 3 แห่งรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่พิจารณาคำขอให้มีการยกเลิก (Abrogation) กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่ากฎจะไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้นหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังเพราะกฎหมายหรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป บทบัญญัตินี้เป็นการเปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งกฎได้ โดยหากฝ่ายปกครองปฏิเสธคำขอไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย ผู้ขอก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ภายในกำหนดระยะเวลาการฟ้องทั่วไป คือ 2 เดือน กรณีนี้มีผลเป็นการยกเลิกกฎ แต่ต่างจากการฟ้องโต้แย้งกฎโดยตรงภายในระยะเวลาการฟ้องคดีเพราะไม่อาจมีผลย้อนหลังได้

รูปแบบการยื่นคำฟ้องนั้นไม่มีข้อจำกัดมากนัก ปัญหาคงมีอยู่ในบางเรื่อง เช่น การฟ้องของนิติบุคคลจะต้องมีการตรวจสอบฐานะและอำนาจในการกระทำการแทน หรือความชัดเจนของคำฟ้องที่จะต้องระบุเรื่องที่ฟ้องและวัตถุประสงค์ของการฟ้องให้ชัดเจน เป็นต้น

การฟ้องคดีสามารถยื่นฟ้องได้ด้วยตัวเองโดยไม่จำเป็นจะต้องมีทนายความ

---

[60]คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่ ลงวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1956 คดี Association Générale des Administrations Civils อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 26.

หลักเกณฑ์ทั้งหมดนี้ใช้กับการฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ใช้กับกรณีที่มีการยกข้ออ้างว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมายในคดีที่ฟ้องโต้แย้งคำสั่งหรือมาตรการที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎ (Exception d'Illégalité) เพราะการโต้แย้งกฎในกรณีนี้เป็นเพียงการหยิบยกข้อต่อสู้ (Un Moyen) มิได้เป็นคำฟ้องเพิกถอนกฎนั้นโดยตรง (Un Recouurs)

3.2.3.3 หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุม "กฎ"

ในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เงื่อนไขที่ถูกยกขึ้นมาเป็นข้อพิจารณา ได้แก่ เรื่องการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ของผู้ตรากฎ (L'Incompétence de l'Auteur de l'Acte) ความบกพร่องในเรื่องรูปแบบหรือขั้นตอนพิธีการในการตรากฎ (Le Vice de Formeou de Procédure) การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่น (La Violation de la Loi) เช่น การกระทำโดยมีเหตุจูงใจที่ผิดกฎหมาย สำคัญผิดในข้อเท็จจริง (Erreur de Fait) สำคัญผิดในข้อกฎหมาย (Erreur de Droit) วินิจฉัยผิดพลาด (Erreur d'Appréciation) บิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Le Détournement de Povoir)

1) การควบคุมกรอบการใช้อำนาจ

การควบคุมการใช้อำนาจ (Le Contrôle de la Compétence) ของผู้ตรากฎ เนื่องจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ เป็นการกระทำอันบกพร่องอย่างร้ายแรง การกระทำที่ขัดต่อการแบ่งแยกอำอาจหรือขัดแย้งกับกรอบอำนาจลำดับชั้นบังคับบัญชา ศาลปกครองสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้ เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดออกกฎระเบียบที่ตามปกติแล้วอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีเท่านั้น[61] รัฐมนตรีหากมิได้รับมอบอำนาจเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะรายไว้โดยชัดเจน ก็ไม่สามารถออกกฎระเบียบซึ่งตามปกติเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี[62] การเข้าไปใช้อำนาจแทนในระดับเดียวกัน แต่ต่างกันในแง่การแบ่งแยกอำนาจตามเนื้อหาของการใช้อำนาจ (Ratione Materiae) กล่าวคือ มีกฎหมายกำหนดว่าเรื่องใดอยู่ในอำนาจของบุคคลใด การแบ่งแยกอำนาจตามเขตพื้นที่ (Ratione Loci) การแบ่งแยกตามช่วงเวลาการดำรงตำแหน่ง (Ratione Temporis) การเข้าไปใช้อำนาจแทนภายในกรอบอำนาจของบุคคลหรือองค์กรที่ต่ำกว่าในระดับท้องถิ่น ซึ่งบุคคล

---

[61]คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1952 คดี Demoiselle Thése อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 28.

[62]คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977 คดี Dame Si Moussa อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 28.

หรือองค์กรนั้นมีอำนาจเฉพาะตามหลักการแบ่งอำนาจการปกครอง (La Déconcetration Administrative) หรือตามหลักการกระจายอำนาจการปกครอง (La Décentralisation)[63]

ลำดับชั้นของกฎหมายก็เป็นเรื่องสำคัญที่จะกำหนดกรอบอำนาจของบุคคลหรือองค์กรที่มีอำนาจตรากฎ ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ การแบ่งแยกอำนาจการตรากฎในรูปรัฐกฤษฎีกาและอำนาจในการบัญญัติกฎหมายในรูปรัฐบัญญัติ

ผู้มีอำนาจตรากฎ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นกรณีเฉพาะแล้วจะไม่สามารถตรากฎในเรื่องที่สงวนไว้ให้ต้องบัญญัติเป็นรัฐบัญญัติ ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958

2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบฝ่ายปกครองว่าได้ตรากฎสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le Principe de Légalité) หรือไม่ หลักเกณฑ์ที่ให้ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและยึดถือปฏิบัติเช่นนี้เรียกว่า “กรอบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย” (Le Bloc de Légalité) ประกอบไปด้วยรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไป กฎระเบียบ และบรรดาคำพิพากษาขององค์กรยุติธรรมซึ่งเป็นที่สุดแล้ว

3.3 ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันไม่ยอมรับให้องค์กรบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง องค์กรบริหารจะสามารถตรากฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชนได้แต่เพียงเท่าที่กฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติที่มาจากรัฐสภามอบอำนาจให้กระทำได้ หรือกรณีที่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ (Basic Law, Grundgesetz) กำหนดไว้เท่านั้น และรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้วางข้อจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติที่จะสามารถมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของตนให้แก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงสถานะ ประเภท และผลทางกฎหมายของกฎ และมาตรการภายใน ตลอดจนการควบคุมกฎโดยศาลปกครอง

3.3.1 กฎ

รัฐธรรมนูญเยอรมันวางข้อจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติที่จะสามารถมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของตนให้แก่องค์กรบริหาร เนื่องจากเยอรมันได้รับประสบการณ์ในอดีตจากการใช้

---

[63]คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1950 คดี Buisson อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 28.

อำนาจในการบัญญัติกฎหมายขององค์กรบริหารไปในทางที่ไม่ถูกต้อง ในยุคจักรวรรดิที่สามภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ค.ศ. 1919 (Weimar Constitution) ซึ่งองค์กรนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายที่มีอิทธิพลและส่งผลกระทบอย่างกว้างขวาง เรียกว่า “Ermächtigungsgesetze” โดยบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรบริหารสามารถบัญญัติกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้มีเนื้อหาใดหรือมีขอบเขตในเรื่องใดก็ได้ และในบางกรณีองค์กรบริหารก็ใช้อำนาจประกาศกฎเกณฑ์ (Verordnungen) ที่ล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญด้วย สมัยรัฐบาลของฮิตเลอร์ (Hitler) ถึงขนาดยอมให้องค์กรบริหารบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ได้

ผลลัพธ์ดังกล่าวปรากฏตามมาตรา 80 (1)[64] ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐบาลสหพันธ์ รัฐมนตรีสหพันธ์ หรือรัฐบาลมลรัฐ อาจได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ตรากฎ โดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎจะต้องถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย และกฎนั้นจะต้องอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มอบอำนาจไว้ด้วย หากกฎหมายที่มอบอำนาจบัญญัติให้มีการมอบอำนาจต่อไปได้อีก ให้ตรากฎที่มีผลบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายเพื่อมอบอำนาจดังกล่าว”

ระบบกฎหมายเยอรมันตามมาตรา 80 ของกฎหมายพื้นฐาน กำหนดให้องค์กรบริหารสามารถตรากฎได้ใน 2 ลักษณะ คือ

1) กฎ (Rechtsverordnungen/Statutory Order) ที่ตราขึ้นโดยองค์กรบริหาร เช่น กฤษฎีกา ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ หรือระเบียบ เป็นต้น

2) กฎ (Satzungen/Charter or Byelaw) ที่ตราขึ้นโดยองค์กรอิสระ (Autonomous Bodies) เช่น ข้อบัญญัติ หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นต้น

นอกจากนี้ระบบกฎหมายเยอรมันยังยอมรับหลักเกณฑ์ประเภทหนึ่งที่มีความแตกต่างในเรื่องของฐานะทางกฎหมายแตกต่างไปจากกฎ คือ คำสั่งหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschrift) ซึ่งเป็นการวางระเบียบ กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ออกโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ เป็นอำนาจที่องค์กรบริหารมีอยู่ในตนเองในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในฝ่ายปกครองเองจึงไม่มีผลกระทบโดยตรงกับประชาชน

---

[64] The Basic Law

“Article 80 Issue of ordinances

(1) The Federal Govemment, a Federal Minister or the Land govemments may be authorized by law to issue ordinances. The content, purpose, and scope of the authorization so conferred must be set forth in such law. This legal basis must be stated in the ordinance. If a law provides that such authorization may be delegate, such delegation shall require another ordinance.”

ดังนั้น ระเบียบ กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎ[65]

1) กฎที่ตราขึ้นโดยองค์กรบริหาร (Rechtsverordnungen/Statutory Order) มีการบัญญัติไว้ตามมาตรา 80 (1) ของกฎหมายพื้นฐานโดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง กฎจะตราขึ้นได้แต่เพียงโดยรัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ หรือรัฐบาลของมลรัฐ ซึ่งได้รับการมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ตรากฎ โดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎจะต้องกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมาย และกฎจะต้องมีการอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการตรากฎนั้นด้วย ดังนั้น กฎจึงไม่สามารถตราขึ้นโดยอ้างอิงฐานที่มาแห่งอำนาจจากกฎหมายประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎที่ตราขึ้นมานั้นจะเป็นกฎที่ให้สิทธิและหน้าที่หรือจำกัดสิทธิและหน้าที่

ประการที่สอง รัฐสภาไม่สามารถบัญญัติกฎหมายที่มอบอำนาจในการตรากฎให้แก่องค์กรอื่นได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้เป็นอำนาจเฉพาะของรัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ และรัฐบาลของมลรัฐเท่านั้น แต่กฎหมายอาจกำหนดให้องค์กรดังกล่าวมอบอำนาจช่วงในการตรากฎให้แก่องค์กรที่เกี่ยวข้องได้

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายแม่บทจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจให้องค์กรบริหารตรากฎไว้ให้ชัดแจ้ง ดังนั้น จึงเป็นเงื่อนไขที่องค์กรบริหารจะตรากฎโดยฝ่าฝืนเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ไม่ได้ ซึ่งคำว่าเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตนั้นในการใช้และการตีความของศาลปกครองไม่ได้แยกใช้หรืออธิบายความหมายโดยแยกขาดออกจากกัน และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ไม่ได้พยายามให้คำจำกัดความหรืออธิบายความหมายแยกจากกันแต่อย่างใด

2) กฎที่ตราขึ้นโดยองค์กรอิสระ (Bylaws/Satzungen) เป็นกฎที่ตราขึ้นโดยเทศบาล มหาวิทยาลัย องค์กรวิชาชีพ องค์กรวิทยุกระจายเสียง ธนาคารชาติของสหพันธรัฐเยอรมัน เป็นต้น ภายใต้หลักกฎหมายที่ยอมรับให้องค์กรเหล่านี้มีความเป็นอิสระในการดำเนินภารกิจหน้าที่ของตน จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรอิสระเหล่านี้จะต้องมีการตรากฎมาบังคับใช้ โดยเฉพาะ

---

[65]Mahendra P. Singh, **German Administrative Law in Common Law Perspective**. 2nd ed. (Berlin: Springer-Verlag, 2001), pp. 41-43 อ้างถึงใน นรินทร์ อิธิสาร, **การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 31.

อย่างยิ่งเทศบาลและสมาคมเทศบาลนั้นมีบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานรับรองสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวตามมาตรา 28 (2) ส่วนนิติบุคคลอื่นองค์กรนิติบัญญัติมักจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจสามารถตรากฎได้เช่นกัน

เนื่องจากองค์กรอิสระไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรบริหาร ดังนั้น ข้อจำกัดในการตรากฎของกฎหมายพื้นฐานมาตรา 80 (1) จึงไม่ถูกนำมาบังคับใช้ แม้องค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจอย่างกว้างขวางที่จะมอบอำนาจในการตรากฎให้แก่องค์กรอิสระ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าองค์กรนิติบัญญัติจะมอบอำนาจโดยไม่มีขอบเขตจำกัด ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ใช้หลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตยในทางรัฐสภาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบและกำหนดให้การมอบอำนาจของรัฐสภาผูกพันกับหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับการแทรกแซงหรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ทั้งนี้ กระบวนการหรือขั้นตอนในการตรากฎจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ ในส่วนของเทศบาลจะต้องคำนึงถึงหลักการที่กำหนดไว้ตามมาตรา 28 (2) ของกฎหมายพื้นฐานที่การตรากฎของเทศบาลจะต้องตราขึ้นโดยผู้แทนที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชน และกฎดังกล่าวจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาของเทศบาล (The Commune Gazette)[66]

ในส่วนเรื่องของกระบวนการตรากฎของเยอรมันนั้น ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดกระบวนการตรากฎไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ กระบวนการตรากฎโดยทั่วไปมักจะมีที่มาจากวิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐาน หรืออาจจะมีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎ และมักจะไม่ปรากฏว่าจะต้องมีขั้นตอนที่จะต้องปรึกษาหารือกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากการตรากฎนั้นก่อน หรือมีขั้นตอนที่จะต้องให้องค์กรในรูปแบบของคณะกรรมการพิเศษขององค์กรนิติบัญญัติพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการตรากฎ ดังเช่นที่กำหนดเอาไว้ในประเทศอังกฤษหรือในประเทศกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ทั่วไป

แม้ในระบบกฎหมายเยอรมันจะไม่มีกฎหมายกำหนดกระบวนการตรากฎเอาไว้ แต่กฎหมายพื้นฐานก็ได้กำหนดหลักการที่เข้มแข็งและมีความสำคัญในการคุ้มครองและป้องกันการใช้อำนาจในการตรากฎที่ไม่ชอบเอาไว้แบ่งออกได้เป็น 5 ประการ ดังนี้[67]

ประการที่หนึ่ง ตามมาตรา 80 (1) ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้กฎจะต้องอ้างอิงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการตรากฎเอาไว้เสมอ ซึ่งโดยทั่วไปการ

---

[66] *Ibid*., pp. 57-58 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 32.

[67] นรินทร์ อิธิสาร, **การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 33-37.

อ้างอิงจะปรากฏในคำปรารภของกฎ ทั้งนี้ เพื่อแสดงว่ามีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภาให้อำนาจในการตรากฎ

ประการที่สอง กฎที่ตราขึ้นโดยรัฐบาลของสหพันธ์หรือรัฐมนตรีของสหพันธ์ และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์และอัตราในการใช้บริการไปรษณีย์ การโทรคมนาคม การรถไฟของสหพันธ์ การก่อสร้างหรือการดำเนินการของกิจการดังกล่าวที่ออกตามกฎหมายของสหพันธ์ รวมถึงกฎที่ตราขึ้นโดยมลรัฐในภารกิจที่ทำในฐานะเป็นตัวแทนของสหพันธ์ หรือในกรณีที่เป็นภารกิจของมลรัฐเองจะต้องได้รับความยินยอมจากสภาสูง (Bundesrat) ของรัฐสภาแห่งสหพันธ์ก่อน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเอาไว้เป็นอย่างอื่น

ประการที่สาม กฎจะต้องตราขึ้นหรือลงนามโดยผู้ที่มีอำนาจในการตรากฎนั้น จะต้องสามารถตรวจสอบได้ว่าตราขึ้นโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ และโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจ ทั้งนี้ เพื่อแสดงถึงเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการตรากฎ

ประการที่สี่ กฎทุกฉบับจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Bundesgesetzblatt/The Federal Law Gazette หรือใน Bundesanzeiger/The Federal Gazette) ตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึงกฎที่ตราโดยรัฐบาลมลรัฐหรือโดยมลรัฐที่ได้รับมอบอำนาจช่วง หรือกฎที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องทั้งในระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาของมลรัฐ (The Land Law Gazettes) ด้วย เนื่องจากกฎมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป จึงมีความจำเป็นที่จะต้องประกาศเพื่อให้ประชาชนที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎนั้นได้ทราบถึงบทบัญญัติดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย

ประการที่ห้า กฎที่ประกาศจะต้องมีการกำหนดหรือระบุถึงวันที่เริ่มต้นหรือวันที่มีผลบังคับใช้ของกฎเอาไว้ หากไม่มีการกำหนดวันดังกล่าวกฎนั้นจะมีผลบังคับใช้ภายหลังจากครบ 14 วันนับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 82 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน นอกจากนี้กฎจะไม่มีผลบังคับใช้จนกว่าจะได้มีการประกาศใช้

สำหรับการให้เหตุผลในการตรากฎไม่ได้มีการกำหนดเอาไว้ แต่บางกรณีองค์กรผู้ตรากฎก็ได้ให้เหตุผลไว้ใน Local or Department Gazettes หรือจะมีการให้เหตุผลแนบไปกับร่างกฎที่เสนอต่อสภาสูงของสหพันธ์เพื่อขอความยินยอม ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมในแต่ละกรณี

3.3.2 มาตรการภายใน

กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบริหารแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นกฎหมายบังคับใช้กับประชาชน (Rechtsverordnungen) และกฎเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverordnungen) กฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นกฎหมายบังคับใช้กับประชาชนก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ของประชาชนได้ทั่วไป กฎเกณฑ์ประเภทนี้องค์กรบริหาร

จะออกได้ก็ต่อเมื่อได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติที่องค์กรนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นเท่านั้น ส่วนกฎเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะภายในฝ่ายปกครอง ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าหน่วยงานที่มีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา โดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ หรือรัฐบัญญัติที่องค์กรนิติบัญญัติบัญญัติขึ้น และไม่มีผลโดยตรงต่อประชาชน[68]

การมีผลในทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (Die Rechtswirkungen der Verwaltungsvorschriften) มีดังนี้

1) ผลผูกพันภายในฝ่ายปกครอง (Innenwirkung) โดยหลักแล้วมาตรการภายในของฝ่ายปกครองย่อมมีผลผูกพันต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชา โดยเจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมาตรการภายในของฝ่ายปกครองตามที่ผู้บังคับบัญชาได้กำหนดไว้ แต่สำหรับบุคคลทั่วไปแล้วมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ต่อประชาชนแต่ประการใด นอกจากนี้มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมิได้มีความสำคัญแต่อย่างใดในกรณีที่ศาลพิจารณาข้อพิพาทในทางกฎหมายระหว่างรัฐกับประชาชน กล่าวโดยสรุป โดยหลักแล้วมาตรการภายในของฝ่ายปกครองย่อมมีผลผูกพันเฉพาะเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่แก่ประชาชน รวมทั้งมิได้มีผลผูกพันต่อศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชนแต่อย่างใด

2) ผลผูกพันต่อบุคคลภายนอก (Aussenwirkung) มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีผลผูกพันภายในฝ่ายปกครองก็จริงอยู่ แต่ในขณะเดียวกันมาตรการภายในของฝ่ายปกครองอาจมีผลต่อบุคคลภายนอกด้วย เพราะมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจำนวนมากได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่มีต่อบุคคลภายนอก โดยมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเหล่านี้ย่อมมีผลใช้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีผลทำให้มาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวในทางข้อเท็จจริงแล้วมีผลต่อบุคคลภายนอก ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองย่อมมีผลโดยอ้อมต่อบุคคลภายนอก

องค์ประกอบข้อนี้เป็นการกำหนดขอบเขตระหว่างเสรีภาพของประชาชนและฝ่ายปกครองว่ากรณีใดเป็นการก้าวไปสู่ขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ข้อเสนอให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในองค์กรส่วนราชการฝ่ายปกครอง หรือกรณีที่ผู้บังคับบัญชาสั่งให้เจ้าหน้าที่ในความรับผิดชอบของตนกระทำการตามคำสั่งภายในขอบเขตของงาน (Innerdienstliche Weisungen) ซึ่ง

---

[68]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (**กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 78-80.

อาจอยู่ในรูปของหนังสือเวียน คำสั่งภายใน แนวปฏิบัติ และแนวการใช้ดุลพินิจเหล่านี้มีผลเป็นกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครอง ไม่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก[69]

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่เป็นการออกนิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งประชาชนจะฟ้องร้องต่อศาลโต้แย้งทันทีไม่ได้ ตราบใดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังไม่ได้ออกนิติกรรมทางปกครอง เช่น กรณีฝ่ายปกครองโดยผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาระงับการมอบงานให้แก่ผู้รับเหมาก่อสร้างถนน จนกว่าคดีความของผู้รับเหมาก่อสร้างถนนที่ศาลอาญาจะเสร็จสิ้น ผู้รับเหมาดังกล่าวจะฟ้องโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองไม่ได้ แต่อาจไปฟ้องร้องกันในทางแพ่ง หรือกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ตรวจสั่งให้เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบมีคำสั่งรื้อถอนบ้านพักที่สร้างโดยผิดกฎหมาย คำสั่งดังกล่าวมีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบ แต่เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครอง ตราบใดที่เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบยังไม่มีคำสั่งให้รื้อถอนบ้านพักนั้น ประชาชนเจ้าของบ้านพักจะฟ้องร้องต่อศาลโต้แย้งคำสั่งนั้นไม่ได้ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบมีคำสั่งให้ประชาชนเจ้าของบ้านพักรื้อบ้านพักดังกล่าว คำสั่งนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครอง ประชาชนผู้รับคำสั่งชอบที่จะฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองนั้นต่อศาลได้

กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่ประชาชน และมีการฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวต่อศาล มาตรการภายในของฝ่ายปกครองก็อาจถูกศาลควบคุมตรวจสอบได้ภายในขอบเขตของคำฟ้องนั้น ศาลชอบที่จะพิจารณาถึงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้นว่ามีการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากพบว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายดุจกัน

อย่างไรก็ตาม กรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองของเยอรมันมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายข้างมากเห็นว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองสามารถถูกตรวจสอบได้ (BVerwGE 58, 45, 49) ส่วนฝ่ายข้างน้อยเห็นว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่สามารถถูกตรวจสอบได้ (Ossenbühl, DVBl. 1969, 566; Hill, NVwZ 1989, 410; Differenzierend Wahl NVwZ 1991, 417; Erbguth, DVBl. 1989, 473)[70]

---

[69]V. Unruh/Greve, **Grundkurs Öffentliches Recht**, 2nd ed. (Frankfurt, 1997), p. 126 อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “องค์ประกอบของ “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 17, 3 (กันยายน 2530): 42-43.

[70]Friedhelm Hufen, **Verwaltungsprozeßrecht**, (Munich, 1994), p. 387.

ศาลปกครองสหพันธรัฐ (Bundesverwaltungsgericht) แยกพิจารณานิติสัมพันธ์พิเศษทางกฎหมายปกครองของบุคคลบางประเภท เช่น ข้าราชการ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐเป็นพิเศษจากประชาชนทั่วไป จึงมีนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับรัฐเป็นพิเศษ (Sog. Besondere Gewaltverhältnisse) เมื่อพิจารณาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดมากกว่าประชาชนธรรมดา เนื่องจากมีการยอมตนหรือจำต้องยอมตนให้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา (Unterworfensein) ของอำนาจปกครอง ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ในทางการงาน[71]

ความสัมพันธ์พื้นฐาน (Grundverhältnis) เป็นนิติกรรมในการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งความสัมพันธ์พิเศษกับรัฐ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานนี้ ถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปยังภายนอก กระทบสิทธิของข้าราชการในฐานะส่วนตัว เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการ ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครอง ข้าราชการผู้ถูกกระทบสิทธิอาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งต่อศาลได้ ซึ่งความสัมพันธ์ในฐานะนี้จัดเป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน

ความสัมพันธ์ในทางการงาน (Betriebsverhältnis) เป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานซึ่งข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตาม ไม่ใช่ในฐานะส่วนตัว สถานภาพทางกฎหมายในฐานส่วนตัวของข้าราชการผู้นั้นจึงยังไม่ถูกกระทบกระเทือน ระเบียบคำสั่งในทางการงานจึงไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก ดังนั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น และจะฟ้องโต้แย้งคำสั่งนั้นไม่ได้ เนื่องจากเป็นเรื่องการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการ

สำหรับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบริหาร ประเภทที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าหน่วยงาน โดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐบัญญัติหรือที่เป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้[72]

1) ระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในฝ่ายปกครองและการดำเนินการขององค์กร (Die Organisations und Dienstvorschriften) กรณีนี้เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในก็ดี การแบ่งภาระหน้าที่ภายในของหน่วยงานก็ดี การกำหนดเกี่ยวกับการทำงานก็ดี ตลอดจนระยะเวลาการทำงานเท่าที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้

---

[71]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “องค์ประกอบของ “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 17, 3 (กันยายน 2530): 44-45.

[72]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 26-27.

2) ระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางแนวทางในการตีความกฎหมาย (Die Gesetzesauslegungen und Norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften) ระเบียบภายในของฝ่ายปกครองกรณีนี้เป็นการวางแนวทางในการตีความกฎหมายหรือวางแนวทางในการใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง (Unbestimmte Rechtsbegriffe) ในกรณีนี้ระเบียบภายในของฝ่ายปกครองทำหน้าที่ช่วยเจ้าหน้าที่ระดับล่างในการตีความกฎหมายดังกล่าว และทำให้การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองเกิดความเป็นเอกภาพในการใช้และการตีความกฎหมาย

3) ระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจ (Die Ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften) ในกรณีนี้เป็นการกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าเจ้าหน้าที่ระดับล่างจะมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจอย่างไร การวางแนวทางการใช้ดุลพินิจดังกล่าวทำให้เกิดความมั่นใจว่าการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะเป็นไปอย่างเสมอภาค และก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

4) ระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่กำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้น (Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften) กรณีนี้เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งฝ่ายปกครองอาจออกระเบียบภายในของฝ่ายปกครองเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เพื่อทำให้ภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุความมุ่งหมายได้

สำหรับสถานะทางกฎหมายนั้น ประเทศเยอรมันนิติกรรมทางปกครองไม่ได้หมายความรวมถึงกฎด้วย แต่ก็มีการรับฟ้องคดีเกี่ยวกับการควบคุมกฎ โดยการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยฝ่ายปกครองนั้น จะต้องเป็นกฎที่ได้รับมอบอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติ และจำกัดให้กระทำได้เฉพาะตามกฎหมายรัฐบัญญัติที่เป็นกฎหมายบริหารบัญญัติและกฎหมายองค์กรบัญญัติ ซึ่งตราขึ้นตามประมวลกฎหมายก่อสร้างเท่านั้น โดยผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ซึ่งถูกกระทบสิทธิในทางมหาชนของตน หรืออาจถูกกระทบสิทธิในทางมหาชนของตนในเวลาที่คาดหมายได้

กล่าวโดยสรุป ผลทางกฎหมายของระเบียบภายในของฝ่ายปกครองนั้น มีผลผูกพันต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ใต้บังคับบัญชา แต่สำหรับบุคคลทั่วไปแล้วระเบียบภายในของฝ่ายปกครองมิได้ก่อให้เกิดสิทธิ หรือหน้าที่ต่อประชาชนแต่อย่างใด รวมทั้งมิได้มีผลผูกพันต่อศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชนแต่อย่างใด

3.3.3 การฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง

หากพิจารณากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรประกอบกับลำดับชั้นของกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว สามารถแบ่งกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายออกได้เป็น 4 ประเภท คือ รัฐธรรมนูญ (Verfassung) รัฐบัญญัติ (Formelle Gesetze) กฎหมายบริหารบัญญัติ (Rechtsverordnung) และกฎหมายองค์การบัญญัติ (Satzung)

กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบริหารประเภทที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐบัญญัติ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายบริหารบัญญัติเทียบได้กับพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง และกฎหมายองค์การบัญญัติเทียบได้กับข้อบัญญัติท้องถิ่นและข้อบังคับองค์กรวิชาชีพ

กระบวนการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) โดยมีวัตถุประสงค์ให้การคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ในทางมหาชนเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ซึ่งกำหนดให้ศาลปกครองชั้นสูงมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ดังนี้[73]

1) กฎที่ออกภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายควบคุมอาคาร หรือออกตามบทบัญญัติหรือกฤษฎีกาที่ออกตามมาตรา 246 วรรคสอง ของกฎหมายควบคุมอาคาร

2) บทบัญญัติของกฎหมายอื่น ที่มีสถานะต่ำกว่ากฎหมายของมลรัฐเท่าที่กฎหมายของมลรัฐได้กำหนดไว้

คำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎมีผลเป็นการทั่วไป ไม่ได้มีผลเฉพาะคู่ความในคดีตามมาตรา 47 (5) VwGO การฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวจึงมีผลให้ไม่ต้องมีคดีในลักษณะเดียวกันขึ้นมาสู่ศาลอีก เมื่อคดียุติลงแล้วย่อมจะทำให้การปรับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งมีผลเป็นการสนับสนุนความมั่นคง

---

[73] “Artcle 47 Jurisdiction to review legality of rules

(1) The Higher Administrative Court shall adjudicate on application within the bounds of its jurisdiction on the validity of

1. by-laws issued under the provisions of the Federal Building Code and of statutory orders issued on the basis of § 246, paragraph 2 of the Federal Building Code,

2. other legal provisions ranked below the statutes of a Land, to the extent the Land Law so provides.”

แห่งนิติฐานะของประชาชนที่เกี่ยวข้อง[74] และเหตุผลของความมั่นคงทางกฎหมาย (Rechtssicherheit) การร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะต้องกระทำภายในสองปีนับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎนั้น หลังจากระยะเวลาดังกล่าวล่วงพ้นไปแล้วบุคคลใดจะฟ้องขอให้ศาลปกครองแสดงความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะของกฎอีกไม่ได้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหนทางในการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะหมดไปโดยสิ้นเชิง ปัจเจกบุคคลจะต้องรอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิและหน้าที่ของตนก่อน จึงจะสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยอาจกล่าวอ้างว่ากฎที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งไม่ชอบด้วยรัฐบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท และก่อนที่ศาลปกครองจะพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองจะต้องพิจารณาประเด็นเบื้องต้นแห่งคดีเสียก่อนว่ากฎชอบด้วยรัฐบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทหรือไม่ อย่างไรก็ดี แม้ศาลปกครองเห็นว่ากฎดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็เพียงแต่พิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จะก้าวล่วงไปพิพากษาแสดงความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะของกฎไม่ได้[75]

3.3.3.1 ระบบศาล

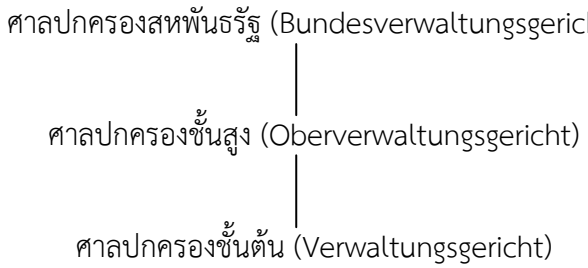
ศาลปกครอง (Verwaltungsgerichte) จากการบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (Die Verwaltungagerichtsordnung vom 21.1.1960) ได้วางกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาบังคับใช้อย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วประเทศทุกมลรัฐ มลรัฐจะบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลปกครองสำหรับกฎหมายมลรัฐ ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงเฉพาะรายละเอียดเท่านั้น ศาลปกครองมีอยู่ 3 ชั้นศาล[76]

---

[74]คำวินิจฉัยศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BVerwG NJW 1978, 2211 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 2-3.

[75]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน**, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 2-3.

[76]บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คดีปกครองเยอรมัน, ใน **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์** (กรุงเทพฯ: พี.เค.พริ้นติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 188-189.



ภาพที่ 3.3 ระบบศาลปกครองเยอรมัน

1) ศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgericht) แบ่งออกได้เป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครองในฐานะเป็นศาลชั้นต้น องค์คณะหนึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน คนหนึ่งทำหน้าที่เป็นประธาน และมีผู้พิพากษากิตติมศักดิ์หรือผู้พิพากษาสมทบอีก 2 คน เว้นแต่คดีที่พิจารณาโดยผู้พิพากษาคนเดียวผู้พิพากษาสมทบจะร่วมพิจารณาในการพิจารณาคดีด้วยวาจาเท่านั้น

2) ศาลปกครองชั้นสูง (Oberverwaltungsgericht) บางมลรัฐใช้คำว่า (Verwaltungsgerichtshof) พิจารณาพิพากษาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นในฐานะเป็นศาลอุทธรณ์ และรับคำร้องขอให้ตรวจสอบกฎว่าขัดกับกฎหมายมลรัฐหรือไม่ในฐานะที่เป็นศาลปกครองชั้นต้น องค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน คนหนึ่งทำหน้าที่เป็นประธานและมีผู้พิพากษากิตติมศักดิ์หรือผู้พิพากษาสมทบอีก 2 คน บางมลรัฐกำหนดให้มีผู้พิพากษา 5 คน

3) ศาลปกครองสหพันธรัฐ (Bundesverwaltungsgericht) ตั้งอยู่ที่กรุงเบอร์ลินตะวันตก พิจารณาพิพากษาฎีกาข้อกฎหมายคัดค้านคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นสูง ในกรณีพิเศษอาจเป็นคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่ยื่นฎีกาข้ามขั้นตอนอุทธรณ์ (Sprungsrevision) และยังเป็นศาลชั้นต้นพิจารณาคดีพิพาททางปกครองระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐหรือระหว่างมลรัฐด้วยกัน องค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 5 คน และบังคับให้คู่ความจะต้องมีทนายความ (Anwaltszwang)

3.3.3.2 เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

การควบคุมกฎ (Normenkontrollverfahren) ซึ่งขึ้นสู่ศาลปกครองชั้นสูงเท่านั้น อำนาจร้องขอให้ตรวจสอบกฎจะต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับการฟ้องคดีโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง คำร้องดังกล่าวอาจยื่นโดยส่วนราชการฝ่ายปกครอง หรือประชาชนผู้ซึ่งอาจถูกกระทบสิทธิ์ในอนาคตอันใกล้ รัฐหรือองค์กรของรัฐที่ตรากฎนั้นจะเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีข้อสังเกตว่ากรณีดังกล่าวจะเรียกว่า “คำร้อง” (Antrag) ไม่ใช่ “คำฟ้อง” (Klage) เนื่องจากผู้ที่โต้แย้งกฎกับองค์กรที่ตรากฎไม่ได้อยู่ในฐานะเป็นคู่กรณี (Partei) ที่โต้แย้งกันในคดี

1) เขตอำนาจศาล

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคำฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ได้แก่ ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐ (Oberverwaltungsgericht, Verwaltungsgerichtshof) ทั้งนี้เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองทั่วไป (Allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit) เท่านั้น หมายความว่าศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้เฉพาะกฎที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎ ดังนั้น หากกฎฉบับใดมีเนื้อหาทั้งในส่วนที่เป็นเรื่องของกฎหมายปกครองและกฎหมายอาญา เฉพาะแต่ส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองเท่านั้น ที่จะเป็นวัตถุแห่งคดีที่ศาลปกครองจะมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญานั้นศาลปกครองไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้[77]

2) วัตถุแห่งคดี

ระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้กำหนดให้กฎทุกประเภทเป็นวัตถุแห่งคดี กรณีเป็นที่สงสัยว่าวัตถุแห่งคดีนั้นเป็นบทกฎหมายที่มีฐานะเป็นกฎ (Untergesetzliche Rechtsvorschriften) หรือเป็นคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgeme iNverfügung) หรือระเบียบของฝ่ายปกครอง (allgemeine Verwaltungsvorschrift) ที่ไม่มีฐานะเป็นกฎ จะพิจารณาว่ากฎเกณฑ์นั้นได้ผ่านแบบพิธีของกระบวนการในการตรากฎหรือไม่ โดยจะยังไม่พิจารณาเนื้อหาของกฎเกณฑ์นั้น ในการฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจำกัดเฉพาะกฎ 2 ประเภท ดังนี้[78]

(1) กฎที่เป็นกฎหมายองค์การบัญญัติ (Satzung) และกฎหมายบริหารบัญญัติ (Rechtsverordnung) ซึ่งฝ่ายปกครองตราขึ้นตามกฎหมายการวางผังก่อสร้าง (Bauplanungsrechtilche Normen) ระเบียบ (Satzung) ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้าง (Baugesetzbuch-BauGB) และรัฐบัญญัติ (Rechtsveroordnung) ที่ตราโดยอาศัยพื้นฐานของมาตรา 246 วรรค 2 ของ BauGB เป็นกฎตามมาตรา 47 วรรค 1 ข้อ 1 ของ VwGO ซึ่งในทุกมลรัฐระเบียบหรือรัฐบัญญัติที่ตราตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง

---

[77] Thomas Würtenberger, **Verwaltungsprozeßrecht** (Munich, 1998), p. 193 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน**, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

[78] บรรเจิด สิงคะเนติ, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน**, (กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2548), หน้า 131-132.

(2) กฎที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ารัฐบัญญัติของมลรัฐ (Andere im Rang Unter dem Landesgesetz Stehende Rechtsvorschrift) เช่น กฎกระทรวงที่ออกโดยกระทรวงแห่งมลรัฐ หรือกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ออกโดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติของมลรัฐ และย่อมขึ้นอยู่กับมลรัฐนั้นจะบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือไม่ ซึ่งมลรัฐส่วนใหญ่ได้ตราให้นำเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเข้าไปบังคับใช้

หากเป็นกฎของสหพันธ์ (Eine Rechtsverordnung des Bundes) กล่าวคือ เป็นกฎที่องค์กรฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์ตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจรัฐบัญญัติของสหพันธ์ กฎนั้นย่อมไม่อาจเป็นวัตถุแห่งคดีในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองได้ แต่ในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองของมลรัฐอาศัยอำนาจรัฐบัญญัติของสหพันธ์ตรากฎขึ้นบังคับใช้ในมลรัฐของตน ย่อมถือว่ากฎดังกล่าวเป็นกฎหมายของมลรัฐ และเป็นวัตถุแห่งคดีในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองได้[79] แต่กรณียังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน คือ กฎที่มลรัฐตราโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายของสหพันธ์ กรณีเช่นนี้จะถือว่าเป็นกฎของมลรัฐหรือกฎของสหพันธ์[80]

3) ระยะเวลา

การยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการประกาศบังคับใช้กฎนั้นแล้ว ตามมาตรา 47 วรรค 1 และวรรค 5 VwGo ที่วางพื้นฐานการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่มีผลบังคับใช้อยู่ (Eine Bestehende Norm) แต่เมื่อมีการประกาศบังคับใช้กฎแล้ว แม้ว่ากฎนั้นจะยังไม่มีผลบังคับใช้ ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิและหน้าที่ก็สามารถร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวได้[81] ด้วยเหตุนี้โอกาสแรกที่จะโต้แย้งกฎได้เมื่อมีประกาศบังคับใช้กฎนั้นแล้ว ย่อมมีความแน่นอนชัดเจนในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาของกฎดังกล่าว ในกรณีที่ยังไม่มีการประกาศบังคับใช้กฎ แม้จะเห็นได้ชัดเจนว่าในอนาคตอันใกล้จะมีการประกาศบังคับใช้กฎนั้น และกฎดังกล่าวจะกระทบสิทธิและหน้าที่ของผู้ร้อง

---

[79]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน**, *เรื่องเดิม,* หน้า 3-4.

[80]Thomas Würtenberger, **Verwaltungsprozeßrecht** (Munich, 1998), p. 195 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน** (กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2548), หน้า 132.

[81]BayVGH, BayVBI. 1986, 497 ff. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน**, *เรื่องเดิม*, หน้า 3-4.

ผู้ร้องก็ยังไม่สามารถร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นได้ ในทางตรงกันข้ามหากกฎได้ถูกยกเลิกหรือสิ้นสภาพบังคับไปแล้ว โดยหลักบุคคลย่อมไม่อาจยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นได้เช่นกัน เว้นแต่กฎที่ถูกยกเลิกหรือสิ้นสภาพบังคับไปแล้วนั้น ยังคงส่งผลกระทบในทางกฎหมายอยู่ในเวลาที่ยื่นคำร้อง เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยกเลิกประกาศเก็บค่าธรรมเนียมไปแล้ว แต่ยังมีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยกฎนั้นอยู่ เช่นนี้ผู้ถูกกระทบสิทธิและหน้าที่สามารถร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวได้[82] อย่างไรก็ตาม การร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะต้องกระทำภายใน 2 ปีนับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎ ตามมาตรา 47 วรรค 2 VwGO หลังจากระยะเวลาดังกล่าวล่วงพ้นไปแล้วบุคคลใดจะฟ้องขอให้ศาลปกครองแสดงความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะของกฎอีกไม่ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าจะเป็นการหมดโอกาสในการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ หากมีการออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิประชาชนโดยมีกฎเป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งนั้น ประชาชนสามารถฟ้องคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ ซึ่งก่อนที่จะพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองศาลปกครองย่อมจะพิจารณาประเด็นเบื้องต้นแห่งคดีก่อนว่า กฎชอบด้วยรัฐบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจหรือไม่

4) การยื่นคำร้องและผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง

ศาลปกครองจะเริ่มกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ก็ต่อเมื่อมีการยื่นคำร้อง (Antrag) ศาลปกครองไม่สามารถเริ่มกระบวนการได้เอง และไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงคำฟ้องในลักษณะอื่นให้เป็นคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎด้วยตัวศาลปกครองเองได้[83] การยื่นคำร้องจะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร[84] และจะต้องยื่นคำร้องภายในสองปีนับแต่วันที่ประกาศใช้กฎ[85] โดยผู้ยื่นคำร้องจะต้องร้องขอท้ายคำร้องให้ศาลปกครองพิพากษายืนยันหรือแสดงความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะของกฎนั้น[86] ในส่วนของผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง คือ

---

[82]VGH Kassel DVBl. 1973, 956 อ้างจาก Württenberger, aaO., p. 197. อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 5.

[83]Schmidt Glaeser/Horn, **Verwaltungsprozeßrecht**, 15th ed. (2000), p. 260. อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 5.

[84]§47 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 81 Abs. 1 S. 1 analog อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.*

[85]§47 Abs. 2 S. 1 VwGO อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 5.

[86]§47 Abs. 1 VwGO อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.*

บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และหน่วยงานของรัฐ โดยผู้ทำเรื่องเสนอคำร้องต่อศาลโดยหลักแล้วจะต้องเป็นทนายความที่ได้รับมอบอำนาจเต็ม หรือเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายในมหาวิทยาลัย[87]

(1) กรณีผู้ยื่นคำร้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะต้องแสดงให้เห็นว่ากฎหรือการบังคับใช้กฎนั้นจะกระทบสิทธิและหน้าที่ในทางมหาชนของตน หรืออาจกระทบสิทธิและหน้าที่ในทางมหาชนของตนในเวลาที่คาดหมายได้[88] สิทธิและหน้าที่ในทางมหาชน (Subjektiv-Öffentliches Recht) อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายธรรมดาหรือจากสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ได้ ในกรณีที่ผู้ร้องเป็นนิติบุคคลจะต้องปรากฏว่ากฎดังกล่าวกระทบสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลนั้นเอง ไม่ใช่เพียงแต่กระทบสิทธิและหน้าที่ของสมาชิกของนิติบุคคลเท่านั้น[89]

(2) กรณีผู้ยื่นคำร้องเป็นหน่วยงานของรัฐ (Behörde) ในการยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎมีอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐจะยื่นคำร้องได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐมีประโยชน์ในอันที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐนั้น และจะต้องแสดงให้เห็นว่าจำเป็นที่จะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิเป็นพิเศษ (Besonderes Rechtsschutzinteresse) หากปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐที่ยื่นคำร้องจะต้องร่วมบังคับตามกฎนั้น หรือปรากฏว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลจะต้องคำนึงและระมัดระวังการดำรงอยู่ของกฎนั้น[90] เหตุผลของการให้สิทธิหน่วยงานของรัฐยื่นคำร้องเนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันเห็นว่าไม่สมควรบังคับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับตามกฎที่ตนเชื่อว่าไม่มีผลในทางกฎหมายเพราะขัดกับกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า การบังคับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ดำเนินการในลักษณะดังกล่าวจะขัดกับหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้องค์กรของรัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและความถูกต้องเป็นธรรม

---

[87] §61 Abs. 1 S. 1 VwGO อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 5.

[88] หลักการดังกล่าวเป็นหลักการใหม่ เดิมก่อนจะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองใน ค.ศ. 1996 การยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎสามารถกระทำได้โดยผู้ยื่นคำร้องแสดงว่าตนอาจได้รับผลร้าย (Nachteil) จากกฎหรือการบังคับใช้กฎนั้นอย่างไร โดยไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าสิทธิในทางมหาชน (Subjektiv-ÖffentlichesRecht) ของตนถูกกระทบ การเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดีในกรณีของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว ส่งผลให้ผู้มีอำนาจฟ้องคดีลดจำนวนลง

[89] Bosch/Schmidt, aaO., S. 387 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน**, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

[90] Gerhardt, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietxner, § 47 VwGORn. 78 f. อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 7.

(Gesetz und Recht) อย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานของรัฐที่จะบังคับใช้กฎมีอำนาจเหนือกฎนั้น เช่น สามารถที่จะประกาศยกเลิกกฎดังกล่าวได้เอง หน่วยงานของรัฐนั้นจะใช้สิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎไม่ได้ เพราะกรณีดังกล่าวถือว่าหน่วยงานของรัฐไม่มีประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ[91] ในส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องชี้ให้เห็นว่าตนมีประโยชน์ในอันที่จะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิและหน้าที่เป็นพิเศษ โดยไม่จำเป็นจะต้องชี้ให้เห็นว่าการที่ตนจะต้องระมัดระวังในการที่จะปฏิบัติตามกฎ หรือจะต้องบังคับใช้กฎนั้นจะกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ในการปกครองตนเอง (Rech auf Selbstverwaltung) แต่หากประเด็นของเรื่องไม่ใช่กรณีของการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องบังคับใช้กฎ แต่เป็นกรณีที่กฎซึ่งตราโดยองค์กรฝ่ายปกครองของมลรัฐส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ในการปกครองตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวก็สามารถร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น เช่นเดียวกับกรณีที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลยื่นคำร้องดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่จะต้องชี้ให้เห็นว่ากฎดังกล่าวกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ในการปกครองตนเองอันเป็นสิทธิและหน้าที่ในทางมหาชนอย่างไร[92]

นอกจากนี้ต้องมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิ (Rechtsschutzbeduerfnis) ด้วย กรณีย่อมไม่อาจถือว่ามีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิ คือ แม้ศาลจะวินิจฉัยว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มิได้มีส่วนในการขจัดความเดือดร้อนหรือเสียหายที่เกิดมาจากกฎดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด

3.3.3.3 หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุม “กฎ”

คำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และให้พิพากษาแสดงความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะ ย่อมเป็นคำร้องที่ถือว่ามีเหตุผลในทางกฎหมายรองรับ (Begründet) หากปรากฏว่ากฎดังกล่าวตราขึ้นโดยมีความบกพร่องในแง่ของแบบพิธีหรือมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า

ศาลปกครองจะตรวจสอบว่ากฎได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรที่มีอำนาจ (Zuständigkeit) โดยถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอน (Verfahren) โดยถูกต้องตามรูปแบบ (From) หรือไม่ และกฎดังกล่าวขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่าหรือไม่ การตรากฎดังกล่าวขัดหรือแย้งกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ เป็นต้น

---

[91]Gerhardt, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietxner, § 47 VwGORn. 79 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 7.

[92]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 6-7.

เกณฑ์ (Maßstab) ที่ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของกฎ ได้แก่ กฎหมายของสหพันธ์ (Bundesrecht) และกฎหมายของมลรัฐ (Landesrecht) กฎหมายของสหพันธ์ หมายถึง รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ (Grundgesetz) รัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ (Gesetze des Bundes) และกฎหรือกฎหมายบริหารบัญญัติแห่งสหพันธ์ (Rechtsverordnung des Bundes) ส่วนกฎหมายของมลรัฐ หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ (Landesverfassung) รัฐบัญญัติแห่งมลรัฐ (Landesgesetze) และกฎหรือกฎหมายบริหารบัญญัติแห่งมลรัฐซึ่งได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครองระดับสูง (Rechtsverordnungen Höherrangiger Landesinstanzen)

หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่สำคัญ คือ[93]

1) อำนาจของผู้ตรากฎ (Zustandigkeit) โดยหลักแล้วหน่วยงานที่ตรากฎจะต้องเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ ส่วนกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือนิติบุคคลมหาชนอิสระอื่น อำนาจขององค์กรเหล่านี้จะถูกกำหนดไว้ตามภารกิจขององค์กรหรือจากกฎหมายที่มอบหมายภารกิจให้แก่องค์กร หรือกรณีองค์กรที่มีอำนาจเหนือพื้นที่ (Gebiestskorperschaften) ก็จะมีอำนาจตรากฎเพื่อบังคับใช้เหนือพื้นที่เท่านั้น

2) กระบวนการ ขั้นตอน (Vertahren) โดยทั่วไปกรณีที่กฎตราโดยบกพร่องในเรื่องของกระบวนการ ขั้นตอน ย่อมส่งผลให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และตกเป็นโมฆะ แต่ที่ผ่านมายังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดถึงกระบวนการตรากฎไว้ และไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาบังคับใช้ (VwVfG) เนื่องจากเป็นเรื่องของกระบวนการ ขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ถ้ากฎมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนโดยตรง ผู้ตรากฎจำเป็นที่จะต้องรับฟังความคิดเห็นของบุคคลที่ได้รับผลกระทบโดยตรงด้วย แม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม

3) พื้นฐานทางกฎหมายที่มอบอำนาจในการตรากฎ (Ermächtigungsgrundlage) กฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎที่ก่อให้เกิดผลกระทบหรือก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนจะต้องมีพื้นฐานในทางกฎหมายอย่างเพียงพอด้วย กล่าวคือ กฎหมายแม่บทจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของกฎไว้ หรือกรณีกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีบทบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Gemeindeordnung) ก็จะต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ กฎจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ

---

[93]บรรเจิด สิงคะเนติ, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน**, *เรื่องเดิม*, หน้า 134-137.

4) กฎจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่า (Kein Verstoß Gegen Höherrangiges Recht) มิฉะนั้นกฎนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ โดยพิจารณาจากลำดับชั้นหรือสถานะซึ่งถือเป็นหลักการที่สำคัญของหลักนิติรัฐอย่างหนึ่ง และเป็นไปตามหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองตรวจสอบจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหมายสหพันธ์ และกฎหมายของมลรัฐทั้งหมด แต่สำหรับกรณีที่กฎฉบับหนึ่งขัดแย้งกับกฎอีกฉบับหนึ่ง อาจอาศัยหลักเกณฑ์การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทั่วไปมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ

กรณีกฎที่ขัดแย้งกันนั้น หากฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นกฎที่ตราโดยองค์กรในลำดับที่สูงกว่า กฎฉบับนั้นย่อมอยู่ในลำดับสูงกว่าตามไปด้วย อย่างไรก็ตาม กฎที่เกี่ยวกับการวางผังก่อสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขัดกับกฎที่ออกตามกฎหมายคุ้มครองภูมิประเทศที่ตราโดยรัฐส่วนกลาง ถือว่ากฎที่ตราโดยรัฐส่วนกลางไปแทรกแซงหลักการปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น จึงไม่นำกฎของรัฐส่วนกลางมาใช้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กรณีกฎในลำดับชั้นเดียวกันขัดแย้งกัน ให้ถือหลักกฎที่ตราภายหลัง (Der Lex Posterior Grundstaz) ยกเลิกกฎที่ตราก่อน

กรณีกฎขัดแย้งกับระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) โดยหลังแล้วไม่ถือว่ากฎฉบับนั้นเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจแสดงเป็นนัยว่าอาจขัดกับหลักความเสมอภาคได้

บทที่ 4

“กฎ” ในระบบกฎหมายไทย

ประเทศไทยถือว่ากฎเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่องค์กรบริหารที่มีฐานะเป็นฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจมาจากองค์กรนิติบัญญัติให้ตรากฎเกณฑ์ที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในรายละเอียดที่ต้องปฏิบัติตาม ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติบัญญัติไว้ โดยการตรากฎจะต้องอ้างถึงกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจเสมอ เนื้อหาของกฎจะถูกจำกัดตามกฎหมายแม่บท และกฎจะตราขึ้นโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ ซึ่งในบทนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงสถานะ ประเภท และผลทางกฎหมายของกฎและมาตรการภายใน ตลอดจนการควบคุมกฎโดยศาลปกครอง

4.1 ความหมาย ลักษณะ และประเภทของ “กฎ”

คำว่า “กฎ” หมายถึง กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง และกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ไม่ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะเรียกชื่อว่าอะไร ซึ่งตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป และมีค่าบังคับต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยประเภท ขอบเขต ค่าบังคับ และกระบวนการในการตรา “กฎ” การศึกษาเรื่องดังกล่าวจึงเป็นการศึกษาทางตำรา และอนุมานจากตัวบทกฎหมาย และจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งการเรียกชื่อ “กฎ” จะพิจารณาจากองค์กรผู้ตรา เช่น พระมหากษัตริย์ รัฐมนตรี หัวหน้าส่วนราชการ คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ส่วนเกณฑ์เนื้อหาในเรื่องของระดับความสำคัญที่จะต้องมอบหมายให้ฝ่ายปกครองตรา “กฎ” ประเภทใดนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ และมักจะอยู่ในดุลพินิจขององค์กรนิติบัญญัติ โดยเปรียบเทียบกับแนวการบัญญัติกฎหมายที่เคยปฏิบัติกันมา

4.1.1 ความหมายของ “กฎ”

ที่มาของกฎหมายไทยแต่ดั้งเดิม คือ พระธรรมศาสตร์และราชศาสตร์ สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์แต่โบราณจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น กฎหมายเป็นเรื่องของความยุติธรรม เป็นสิ่ง

ศักดิ์สิทธิ์ และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ โดยปรากฏในพระธรรมศาสตร์ ส่วนข้อบังคับต่าง ๆ ที่กษัตริย์ทรงบัญญัติขึ้นเรียกว่า “ราชศาสตร์” โดยอาศัยหลักกฎหมายจากพระธรรมศาสตร์ อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดมีหน้าที่ในการเพิ่มเติม ขยายความ ตลอดจนตีความพระธรรมศาสตร์ให้มีผลบังคับใช้ได้ ราชศาสตร์จึงมีลักษณะและหน้าที่เสมือนกฎของพระธรรมศาสตร์[1]

ยุคก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 หรืออาจเรียกได้ว่ายุคก่อนการปฏิรูปกฎหมาย เป็นยุคที่ประเทศได้เปิดรับแนวความคิดและอารยธรรมของประเทศตะวันตกเข้ามาเป็น Modern State[2] อาจกล่าวได้ว่าเป็นยุคที่เริ่มเข้าสู่ยุคนิติบัญญัติของไทย มีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นใช้บังคับ และปฏิรูปกฎหมายไปเป็นกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) อันเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายในปัจจุบัน และแนวความคิดในทางกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปจากยุคโบราณ กล่าวคือ กษัตริย์ทรงเริ่มใช้อำนาจบัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริง เริ่มตั้งแต่การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้ในรูปของประกาศ

สมัยรัชการที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ อารยธรรมตะวันตกได้เข้ามาในประเทศไทย ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างมาก เช่น ระบบราชการ กระบวนการยุติธรรม การศึกษา และการสาธารณูปโภค เป็นต้น ที่สำคัญการปฏิรูปกฎหมายพระมหากษัตริย์ทรงเริ่มใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริง โดยอาศัยอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ มีการบัญญัติกฎหมายในรูปของประกาศพระราชบัญญัติ ประกาศพระราชกำหนด และประกาศ โดยนำประกาศเหล่านี้พิมพ์ในหนังสือราชกิจจานุเบกษาใน พ.ศ. 2401 แต่ขณะนั้นการประกาศในราชกิจจานุเบกษายังไม่ได้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งปวงจะต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนจึงจะมีผลบังคับใช้[3] แต่ความจริงบทกฎหมายซึ่งออกประกาศบังคับใช้ตั้งแต่ พ.ศ. 2417 โดยมากก็ย้อนลงพิมพ์อยู่ในราชกิจจานุเบกษาทุกฉบับ

สมัยรัชการที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ พระองค์ทรงปฏิรูปการปกครองโดยมีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมเมื่อวันที่ 25 มีนาคม ร.ศ. 110 (พ.ศ. 2434) และปรับปรุงระบบบริหารราชการเป็นกระทรวง มีประกาศตั้งตำแหน่งเสนาบดีเมื่อวันที่ 1 เมษายน ร.ศ. 111 (2435) เป็นหัวหน้ากระทรวง นับตั้งแต่นั้นมาอำนาจของกษัตริย์ในการบัญญัติกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่กษัตริย์ทรงบัญญัติกฎหมายขึ้นเอง ซึ่งอาจได้รับคำปรึกษาจากที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน มาเป็นให้เสนาบดี

---

[1]กมลชัย รัตนสกาววงศ์ “กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย,” **วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 16, 1 (ธันวาคม 2538): 68.

[2]ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา** (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 33.

[3]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย**, *เรื่องเดิม*, หน้า 69.

กระทรวงออกกฎข้อบังคับได้โดยได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากกษัตริย์ และเสนาบดียังสามารถออกกฎเสนาบดีเพื่อจัดระเบียบบริหารราชการภายในกระทรวงของตน ส่วนกษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตราพระราชบัญญัติโดยให้ผ่านการพิจารณาของรัฐมนตรีสภา

สมัยรัชการที่ 6 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ มีคดีพิพาทขึ้นมาสู่ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288-291/2466 ประเด็นที่ว่ากฎเสนาบดีกระทรวงนครบาลว่าด้วยที่กุศลสถานชนิดศาลเจ้า ลงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2463 ข้อ 13 ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 123 แห่งพระราชบัญญัติปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มีข้อความนอกเหนือพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจไว้หรือไม่ กฎเสนาบดีเป็นข้อบังคับสำหรับเพียงแต่จัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติเท่านั้น หรือว่ามีข้อความนอกเหนือออกไปได้ กรรมการศาลฎีกามีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่ 1 เห็นว่า กฎเสนาบดีเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาตและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ย่อมบังคับใช้ได้และถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ เป็นกฎหมายสำหรับแผ่นดิน ส่วนฝ่ายที่ 2 เห็นว่า กฎเสนาบดีเป็นข้อบังคับสำหรับจัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติเท่านั้น หากให้ข้อความที่นอกเหนือพระราชบัญญัติบังคับใช้ได้ ก็จะกลายเป็นกฎเสนาบดีสามารถแก้ไขกฎหมายของแผ่นดินได้

กรรมการศาลฎีกานำความเห็นทั้ง 2 ฝ่ายขึ้นทูลรัชกาลที่ 6 และพระองค์ทรงพระราชทานพระบรมราชาวินิจฉัยและให้พิพากษาว่า กฎเสนาบดีที่ได้ออกโดยอ้างพระบรมราชานุญาตแล้วก็ต้องมีฐานะเป็นกฎหมาย แต่ถ้าออกโดยมิได้อ้างพระบรมราชานุญาตย่อมบังคับใช้ได้แต่เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายหรือเท่าที่ไม่นอกเหนือความในพระราชบัญญัติ ส่วนกฎเสนาบดีซึ่งจะออกต่อไปในภายหน้าจะอ้างพระบรมราชานุญาตหรือไม่ก็ตามจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายหรือนอกเหนือพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บท และอย่าให้มีบทกำหนดโทษเป็นอาญาหรือเบี้ยปรับ และสำนวนที่เคยใช้เป็นทำนองว่า “ต่อเมื่อกฎข้อบังคับนั้นได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัตินั้น” ให้เลิกเสียไม่ใช้เป็นธรรมเนียมสืบไป และให้ใช้ว่า “ให้เสนาบดี ... มีอำนาจออกกฎข้อบังคับเพื่อจัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และเมื่อกฎข้อบังคับนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้เป็นอันใช้บังคับได้” นอกจากนี้รัชกาลที่ 6 ได้ทรงวางระเบียบในการร่างพระราชบัญญัติและร่างกฎเสนาบดีไว้ว่า เมื่อใดจะเรียบเรียงพระราชบัญญัติหรือกฎเสนาบดีขึ้น ให้ส่งไปให้เจ้าหน้าที่กองร่างกฎหมายกระทรวงยุติธรรม ตรวจแก้หรือยกร่างขึ้นใหม่เสียก่อนเพื่อให้ถูกต้องด้วยหลักทางการ และเมื่อได้ทำความตกลงกับเจ้าหน้าที่กระทรวงยุติธรรมแล้วจึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย[4]

---

[4]รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์, **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 65-70.

ยุคหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 อำนาจในการบัญญัติกฎหมายซึ่งแต่เดิมเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ได้เปลี่ยนมาเป็นของรัฐสภา โดยร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร และกษัตริย์ทรงประกาศให้ใช้แล้วให้มีผลบังคับใช้ได้ ส่วนกฎหมายที่บัญญัติในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ให้มีผลบังคับใช้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดกับธรรมนูญการปกครอง อย่างไรก็ตาม ในตอนต้นของการเปลี่ยนแปลงการปกครองอำนาจของกษัตริย์ในการบัญญัติกฎหมายยังไม่ถูกจำกัดโดยสิ้นเชิง กษัตริย์ทรงมีอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นเพื่อตัดถนน ขยายถนน ให้วัด หรือให้สภากาชาดสยาม เป็นต้น และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 บทบัญญัติมาตรา 56 ให้อำนาจกษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และมีการบัญญัติพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดี กฎเสนาบดีจึงเปลี่ยนเป็น “กฎกระทรวง” ในปี พ.ศ. 2480 มีบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎกระทรวงซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยให้ยกเลิกข้อกำหนดที่ให้กฎกระทรวงจะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาต[5]

ปัจจุบันมาตรา 3 วรรค 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ว่า “‘กฎ’ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาบทนิยามศัพท์ของคำว่า “กฎ” ตามมาตรา 3 วรรค 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวหาได้อธิบายลักษณะและสาระสำคัญของกฎอย่างครบถ้วนไม่ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้อธิบายเพียงตัวอย่างของกฎ คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่น และอธิบายความหมายของกฎเพียงลักษณะเดียว คือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยไม่ได้อธิบายลักษณะสำคัญอื่น ๆ ของกฎแต่อย่างใด ประกอบกับในระบบกฎหมายไทยข้อความคิดเกี่ยวกับกฎนั้นถือว่าเป็นกฎหมายที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติให้ตรากฎเกณฑ์ เพื่อกำหนด

---

[5]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย**, *เรื่องเดิม*, หน้า 70-71.

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในรายละเอียดที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและภายใต้หลักการที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไปกำหนดไว้ โดยการตรากฎจะต้องอ้างอิงบทบัญญัติของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจเสมอ และเนื้อหาของกฎเหล่านี้จะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้

ดังนั้น การตีความความหมายของกฎนั้น นอกจากที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในบทนิยามแล้ว จะต้องตีความความหมายหรือลักษณะของกฎโดยพิจารณาประกอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักกฎหมายที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ด้วย นั่นคือ กฎจะต้องเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ฝ่ายปกครองตราออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป กล่าวคือ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา หรือโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติท้องถิ่น และกฎจะต้องมีแหล่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กฎจะมีแหล่งที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หรือให้ผลประโยชน์ในด้านใดแก่ประชาชนก็ตาม และมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งการมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะนี้จะต้องเป็นการมีผลบังคับโดยตรงออกไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง คือ ประชาชน มิใช่มีผลบังคับภายในฝ่ายปกครองเองแต่อย่างใด

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า “กฎ” ในระบบกฎหมายไทยประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 5 ประการ[6] คือ

1) เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย “ฝ่ายปกครอง”

2) เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติ

3) เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท

4) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้กับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

5) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก

หากการกระทำของฝ่ายปกครองใดไม่มีลักษณะในทางกฎหมายของกฎอย่างครบถ้วนแล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นกฎ

---

[6]บรรเจิด สิงคะเนติ, **กฎ** (เอกสารประกอบคำสอน วิชากฎหมายปกครองชั้นสูง, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 4.

นอกจากนี้โดยหลักแล้วกฎใช้วิธีการประกาศเป็นหลัก ในกรณีนี้กฎหมายได้กำหนดวิธีการประกาศ เช่น พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงนั้นต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา เทศบัญญัติต้องประกาศไว้โดยเปิดเผยที่สำนักงานเทศบาลแล้วเจ็ดวัน[7] หรือข้อบัญญัติขององค์การบริหารส่วนจังหวัดต้องประกาศไว้โดยเปิดเผยที่ทำการขององค์การบริหารส่วนจังหวัดแล้วสิบห้าวัน[8] และกฎหมายได้พัฒนา โดยบังคับให้มีการพิมพ์เผยแพร่หลายสิ่งที่เป็นกฎเกณฑ์ ซึ่งให้ถือปฏิบัติวิธีการเดียวกับกฎ ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534 กำหนดว่า “บรรดากฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน หรือการตีความกฎหมาย หรือกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ที่ผู้มีอำนาจได้วินิจฉัยไว้บรรดาที่มีผลเป็นการทั่วไปสำหรับใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา หรือสั่งการตามคำขอของประชาชนนั้น ให้ส่วนราชการที่เป็นผู้ออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งดำเนินการประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้ส่วนราชการที่ออกกฎ หรือใช้ระเบียบ ข้อบังคับหรือหนังสือเวียน หรือผลการตีความนั้นเป็นหลักในการพิจารณาหรือสั่งการ ดำเนินการรวบรวมเอกสารดังกล่าวไว้ ณ หน่วยที่รับคำขอ เพื่อให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องตรวจสอบได้

... ให้กระทรวง ทบวง กรม รวบรวมบรรดากฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน การตีความกฎหมายที่ไม่ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตามหลักเกณฑ์นี้ จัดทำเป็นรูปเล่ม เก็บรักษาไว้ในสถานที่ที่จำเป็น และสะดวกในการให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องตรวจสอบได้”

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ก็ได้กำหนดหน้าที่ให้แก่หน่วยงานของรัฐที่จะต้องส่งข้อมูลข่าวสารของราชการ ได้แก่ กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความ ที่มีลักษณะเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปแก่เอกชนนั้นไปลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา[9] ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐไม่นำไปลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาแล้วก็จะนำมาบังคับใช้แก่เอกชนที่เกี่ยวข้องในทางที่ไม่เป็นคุณไม่ได้ เว้นแต่ผู้นั้นจะได้รู้ถึงข้อมูลข่าวสารนั้นตามความเป็นจริงมาก่อนแล้วเป็นเวลาพอสมควร[10] แต่หลักเกณฑ์เรื่องการให้นำกฎไปลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ไม่ใช้กับกฎที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดวิธีการเผยแพร่หรือเปิดเผยไว้ด้วยวิธีอื่น เช่น กฎที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น เทศบาล หรือองค์การบริหารส่วนจังหวัด เป็นต้น[11]

---

[7]มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

[8]มาตรา 53 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

[9]มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

[10]มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

[11]พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 10 และหนังสือสำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ ที่ นร 1311/605 ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2542 ตอบข้อ

4.1.2 ลักษณะของ “กฎ”

จากความหมายของกฎดังกล่าว สามารถแบ่งแยกลักษณะสาระสำคัญของกฎออกได้เป็น 5 ประการ[12] ดังนี้

4.1.2.1 เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดยฝ่ายปกครอง

กฎเป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติอีกชั้นหนึ่ง โดยองค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ได้แก่ กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ประกาศคณะกรรมการ ข้อบัญญัติ เทศบัญญัติ ข้อบังคับ เป็นต้น กฎเกณฑ์เหล่านี้จะมีศักดิ์เป็นกฎหมายที่มีฐานะต่ำกว่ากฎหมายที่ตราโดยผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารในฐานะรัฐบาล แม้กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะมีศักดิ์ฐานะต่ำกว่า แต่ก็มีผลบังคับใช้แก่ประชาชนเป็นการทั่วไป ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามย่อมมีความผิดตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎนี้ได้ ตัวอย่างเช่น

1) พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าหรือการหากำไร (ฉบับที่ 343) พ.ศ. 2541 เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าหรือการหากำไร เป็นการบังคับเป็นการทั่วไป (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 2/2547)

2) กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ถูกฟ้องต่อศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 3256/2544 กล่าวหาว่าระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดและผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำจังหวัด พ.ศ. 2541 ข้อ 12 (13) ที่กำหนดให้ผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมืองในระยะเวลาห้าปีก่อนวันได้รับการเสนอชื่อต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ได้รับการเสนอชื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัด เป็นระเบียบที่มิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งต่อมาศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาในดีหมายเลขแดงที่ 1501/2547 ให้เพิกถอนข้อ 12 (13) ของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าว และคณะกรรมการการเลือกตั้งได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลางต่อศาลปกครองสูงสุดนั้น ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.88/2549)

หารือของกรมอนามัยในประเด็นที่ว่าข้อกำหนดของราชการส่วนท้องถิ่นทุกประเภทซึ่งออกตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ไม่ต้องลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา

[12]บรรเจิด สิงคะเนติ, **กฎ**, *เรื่องเดิม*, หน้า 4-8.

3) ประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่อง จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและเขตเลือกตั้งของแต่ละจังหวัดและท้องที่ที่ประกอบเป็นแต่ละเขตเลือกตั้ง สำหรับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปครั้งแรกภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2554 เมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2554 มีลักษณะเป็นข้อกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ มีลักษณะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งและกฎหมายอื่นออกกฎ คำสั่ง หรือมีมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคลย่อมเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง และการออกประกาศดังกล่าวก็มิใช่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.128/2556)

4) ประกาศคณะกรรมการกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมือง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการชะลอการเบิกจ่ายเงินที่พรรคการเมืองได้รับการจัดสรรจากกองทุนเพื่อพัฒนาพรรคการเมือง ลงวันที่ 21 พฤษภาคม 2545 ของคณะกรรมการกองทุนเพื่อพัฒนาพรรคการเมือง ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและปฏิบัติหน้าที่ตามมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือของสำนักคณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยคำฟ้องดังกล่าวมิได้เป็นการยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือของสำนักคณะกรรมการการเลือกตั้ง และเป็นคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 364/2551)

5) คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่ทั้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 การใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ (1) การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (2) การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ถึงแม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ตาม แต่ก็มิใช่องค์กรที่จะไม่อาจถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการได้แต่อย่างใด การใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีในทางปกครอง เช่น การออกกฎ ออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใดย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ผู้ถูกฟ้องคดี

อาศัยอำนาจตามมาตรา 11 มาตรา 12 และมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 ออกระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดและผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำจังหวัด พ.ศ. 2541 ระเบียบดังกล่าวมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีสภาพเป็น “กฎ”

6) มติคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ยกเลิกมติคณะกรรมการการเลือกตั้ง ครั้งที่ 40/2542 (182) และมติครั้งที่ 35/2542 (177) ซึ่งเป็นมติเกี่ยวกับการไม่เห็นชอบให้ผู้รับการบรรจุเป็นพนักงานของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งปรับเงินเดือนเพิ่มร้อยละ 30 จากเงินเดือนสุดท้ายที่ได้รับจากส่วนราชการเดิมตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งการบรรจุแต่งตั้ง เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองและมิใช่การวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ มติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะจึงมีลักษณะเป็นกฎ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.50/2551)

อย่างไรก็ตามมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญที่แตกต่างออกไป โดยพิจารณาว่ากฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่มีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

1) ระเบียบขอคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ก.ก.ต.) ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 2543 ข้อ 3 เพิ่มความเป็นข้อ 6 ทวิ เป็นระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (7) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 เป็นบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะจึงเป็นกฎ และระเบียบดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เพราะคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง แต่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543)

2) พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 มีข้อความแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่กำหนดให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ และส่วนที่กำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกตั้งทั่วไปใหม่ โดยทั้งสองส่วนไม่อาจแยกออกจากกันได้ ดังนั้น การที่คณะรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป พ.ศ. 2549 จึงเท่ากับเป็นการตราพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงทำให้คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป พ.ศ. 2549 ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.39/2549)

3) ประกาศแนวเขตเทศบาลตำบลด่านขุนทดและแบ่งเขตเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลตำบลด่านขุนทด ลงวันที่ 2 ธันวาคม 2546 เป็นเรื่องที่คณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางบริหารหรือทางปกครองแต่อย่างใด คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 34/2548)

เห็นได้ว่าศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญใช้เกณฑ์องค์กรในการพิจารณาในการแบ่งเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยไม่ได้พิจารณาว่ากฎนั้นอาจตราโดยการใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจในทางปกครองตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐองค์กรตุลาการ องค์กรของรัฐองค์กรบริหาร องค์กรของรัฐองค์กรอิสระ หรือองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนก็ได้ และองค์กรอิสระเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีความเป็นอิสระและใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวในบทต่อไป หัวข้อ 5.1 ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

4.1.2.2 เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติ

กฎเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บท ซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไปที่ให้อำนาจในการตรากฎ ค่าบังคับของกฎจึงอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ากฎหมายแม่บท หากเป็นการตรากฎโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยลำพังอาจไม่ใช่กฎ ดังนั้น การตรากฎจึงต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้นอาจเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ ตัวอย่างเช่น

ประกาศคณะกรรมการกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ เรื่องการจัดสรรผลประโยชน์สุทธิเข้าบัญชีเงินกองทุน และหลักเกณฑ์วิธีการคิดมูลค่าสินทรัพย์สุทธิของกองทุนส่วนสมาชิกเป็นจำนวนหน่วยและมูลค่าต่อหน่วย (Unitization) ประกาศ ณ วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2545 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศฯ (ฉบับที่ 2) ประกาศ ณ วันที่ 31 มีนาคม 2547 ข้อ 7 ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 เป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 510/2553 และที่ 98/2554 วินิจฉัยแนวทางเดียวกัน)

4.1.2.3 เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท

กฎ โดยองค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อย อันจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ รายละเอียดของการปฏิบัติ และเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท โดยกำหนดเนื้อหาสาระภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทมอบอำนาจ ซึ่งจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติแต่ละฉบับไม่มีผลบังคับในตัวเองทุกมาตรา บางมาตราจำเป็นจะต้องมีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ตราบใดที่

ยังไม่มีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยออกมากฎหมายมาตรานั้นจะบังคับใช้ไม่ได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์ของการบริหารราชการแผ่นดิน จากหลักการดังกล่าวก่อให้เกิด “หลักการที่เป็นข้อจำกัดอำนาจของรัฐสภาในการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองในการตรากฎ” โดยข้อจำกัดที่องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองกำหนดรายละเอียดได้มีกรณีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกำหนดโทษทางอาญา และการกำหนดฐานภาษี ตัวอย่างเช่น

ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง การขึ้นทะเบียนการออกใบสำคัญและการต่ออายุใบสำคัญการขึ้นทะเบียนวัตถุอันตรายที่กรมวิชาการเกษตรรับผิดชอบ พ.ศ. 2551 ประกาศกรมวิชาการเกษตร เรื่อง กำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์และวิธีการขึ้นทะเบียน การออกใบสำคัญและการต่ออายุใบสำคัญการขึ้นทะเบียนวัตถุอันตรายที่กรมวิชาการเกษตรเป็นผู้รับผิดชอบ พ.ศ. 2552 ประการศกรมวิชาการเกษตร เรื่อง กำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์ และวิธีการขึ้นทะเบียน การออกใบสำคัญและการต่ออายุใบสำคัญการขึ้นทะเบียนวัตถุอันตรายที่กรมวิชาการเกษตรเป็นผู้รับผิดชอบ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2553 และประกาศกรมวิชาการเกษตร เรื่อง กำหนดอัตราความเข้มข้นในแต่ละสูตรของวัตถุอันตรายที่รับขึ้นทะเบียน ได้กำหนดให้ใช้บังคับกับผู้ที่ประสงค์จะผลิตหรือนำเข้าวัตถุอันตรายที่กรมวิชาการเกษตรรับผิดชอบ ประกาศทั้งสี่ฉบับดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 696/2554)

4.1.2.4 เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้กับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

กฎจะต้องมีลักษณะเป็นนามธรรม-ทั่วไป ซึ่งสามารถแยกออกจากการกระทำที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย หากมีการออกกฎที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย ก็จะเป็นลักษณะของการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎ ตัวอย่างเช่น

ประกาศกรมสรรพสามิต เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการอนุญาตให้ทำและขายสุรากลั่นชุมชน พ.ศ. 2546 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศกรมสรรพสามิต เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการอนุญาตให้ทำและขายสุรากลั่นชุมชน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 4) ข้อ 14 ที่กำหนดให้ภาชนะบรรจุขนาด 0.150 ลิตร บรรจุสุราและนำออกจากสถานที่ทำสุราได้จนถึงวันที่ 30 กันยายน 2548 เป็นประกาศที่กรมสรรพสามิตได้กำหนดเกี่ยวกับภาชนะในการบรรจุสุราซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดกรรมวิธีเกี่ยวกับการทำสุรา โดยมีผลเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีสภาพเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.223/2555)

4.1.2.5 เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก

กฎจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก ลักษณะข้อนี้เป็นการกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองว่ากรณีใดเป็นการก้าวไปสู่ขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของเอกชน กล่าวคือ เป็นการก้าวพ้นขอบเขตของการกำหนดที่มีผลภายในออกมามีผลเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ต่าง ๆ แก่เอกชนภายนอกฝ่ายปกครอง เมื่อผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชารื้อถอนอาคารที่สร้างขึ้นโดยผิดกฎหมาย คำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นย่อมผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ก็มีผลเป็นการเฉพาะภายในฝ่ายปกครอง เมื่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้ดำเนินการรื้อถอนตามคำสั่งจึงจะมีผลเป็นการกระกระทำทางปกครอง เจ้าของอาคารดังกล่าวจึงชอบที่จะโต้แย้งการกระทำทางปกครองนี้ต่อศาลได้ ดังนั้น กรณีที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งที่อยู่ภายในขอบเขตของงานให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการตามคำสั่งในงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน ในรูปของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเหล่านี้มีผลเป็นกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครอง แต่ไม่ใช่กฎหมายและไม่มีผลโดยตรงออกไปสู่ภายนอก ตัวอย่างเช่น

ข้อ 41 ของระเบียบกรมที่ดิน ว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก พ.ศ. 2548 กำหนดว่า กรณีที่ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการมรดก แม้คำสั่งของศาลนั้นยังไม่ถึงที่สุด ผู้จัดการมรดกก็มีอำนาจเข้าไปจัดการมรดกได้ตามอำนาจหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถรับจดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดกในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้โดยไม่ต้องให้ผู้ขอนำหลักฐานที่รับรองว่าคดีถึงที่สุดมาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่อย่างใดนั้น เห็นว่าข้อ 41 ของระเบียบกรมที่ดิน ว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก พ.ศ. 2548 เป็นระเบียบภายในของกรมที่ดินที่ใช้บังคับโดยทั่วไปต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดิน เพื่อว่างแนวทางในการพิจารณาใช้ดุลพินิจรับจดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดกในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามความเหมาะสมแต่ละกรณี มิใช่เป็นระเบียบที่ใช้บังคับต่อบุคคลภายนอกหรือประชาชน อันเป็นบทบัญญัติที่เป็นกฎตามบทนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.214/2553)

4.1.3 ประเภทของ “กฎ”

เกณฑ์การแบ่งประเภทของกฎ หรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายปกครองนั้นสามารถแบ่งได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่ง

1) เกณฑ์รูปแบบ เป็นการใช้รูปแบบเป็นเกณฑ์ในการแบ่งกฎ โดยพิจารณาจากลักษณะ วิธีการ และเงื่อนไข ที่ปรากฏออกมา เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด กฎกระทรวง ฯลฯ

2) เกณฑ์องค์กร เป็นการพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นผู้ตรากฎ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระดับชาติ เช่น ประมุขของรัฐ รัฐบาล กระทรวง ทบวง กรม และกฎเกณฑ์

แห่งกฎหมายระดับท้องถิ่น หรือองค์กรกระจายอำนาจ เช่น ข้อบัญญัติท้องถิ่น ข้อบังคับรัฐวิสาหกิจ ข้อบังคับมหาวิทยาลัย

3) เกณฑ์ที่มา เป็นการพิจารณาที่มาของอำนาจในการตรากฎ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ กฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และรวมถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ไม่ต้องอาศัยอำนาจกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดรับรอง

การจะอธิบายถึงกฎนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรจะพิจารณาตามเกณฑ์รูปแบบเป็นสำคัญ เนื่องจากเป็นเกณฑ์ที่มีการแบ่งแยกประเภทของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอย่างชัดเจนที่สุด

เมื่อพิจารณามาตรา 3 วรรค 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วอาจจำแนกประเภทของกฎออกได้เป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ และบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะซึ่งมีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น ประกาศพระบรมราชโองการ ประกาศของคณะปฏิวัติ ประกาศของส่วนราชการ เป็นต้น ดังนี้

4.1.3.1 พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎที่รัฐบาลถวายคำแนะนำให้กษัตริย์ทรงตราขึ้น พระราชกฤษฎีกาแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระ และพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎ

1) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาบัญญัติให้กษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยผู้เสนอ คือ คณะรัฐมนตรี พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ไม่ได้ออกโดยสืบเนื่องมาจากกฎหมายแม่บทฉบับใด แต่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เช่น พระราชกฤษฎีกาปิดประชุมสมัยวิสามัญแห่งรัฐสภา พ.ศ. 2549 อาศัยอำนาจตามมาตรา 161 มาตรา 164 และมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นต้น และหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพะราชกฤษฎีกาประเภทนี้ จะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ หรือเพื่อกำหนดการอันจำเป็นแก่การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนด เช่น พระรากฤษฎีกากำหนดที่ดินให้เป็นอุทยานแห่งชาติ พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 หรือพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 เป็นต้น

ส่วนการยุบสภาผู้แทนราษฎรและกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปนั้น แม้มาตรา 116 ของรัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา แต่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวหาได้ตราขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ หรือเพื่อกำหนดการอันจำเป็นแก่การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนดไม่ แต่เป็นกลไกในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามระบบรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงไม่ใช่พระราชกฤษฎีกาตามนัยมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรและกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.3/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.24-32/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.36/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.45/2549)

พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 มีข้อความแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่กำหนดให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ และส่วนที่กำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกตั้งทั่วไปใหม่ โดยทั้งสองส่วนไม่อาจแยกออกจากกันได้ ดังนั้น การที่คณะรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป พ.ศ. 2549 จึงเท่ากับเป็นการตราพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงทำให้คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป พ.ศ. 2549 ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.39/2549)

2) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลูกบท เป็นกรณีที่พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดมีบทบัญญัติให้องค์กรบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย การตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะใช้ในกรณีที่สำคัญกว่าปกติหรือเป็นส่วนที่ขยายต่อของพระราชบัญญัติ โดยการอ้างบทอาศัยอำนาจของกษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญประกอบกับบทอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บท และประเพณีของการตราพระราชกฤษฎีกานั้นจะต้องทูลเกล้าฯ เพื่อที่รัฐบาลจะต้องตระหนักว่าอำนาจการตรากฎในเรื่องนี้ไม่ใช้อำนาจของรัฐบาลเพียงลำพัง แต่จะต้องมีเหตุผลที่เหมาะสมสามารถถวายคำอธิบายต่อกษัตริย์ได้ และหากกษัตริย์ทรงไม่เห็นชอบด้วยอาจจะขอให้ทบทวนก่อนทรงลงพระปรมาภิไธยก็ได้ กิจการที่ถือว่ามีความสำคัญ เช่น การลดหรือยกเว้นภาษีตามพระราชกฤษฎีกาออกตามประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 414) พ.ศ. 2546 การกำหนดบริเวณสำรวจที่ดินที่จะเวนคืนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนที่ดิน พ.ศ.

2520 หรือการจัดองค์กรรัฐบางประเภทตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เป็นต้น

ตัวอย่างของพระราชกฤษฎีกาที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยว่ามีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

(1) พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2550 พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 และพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2547 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.6/2555 และที่ ฟ.7/2555 วินิจฉัยแนวทางเดียวกัน)

(2) พระราชกฤษฎีกากำหนดบริเวณที่ดินป่าดงหมูแปลงที่สาม และป่าดงภูสีฐาน ฯลฯ ให้เป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า พ.ศ. 2543 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.3/2546)

(3) พระราชกฤษีกากำหนดบริเวณที่ดินหาดแหลมสน และเกาะใกล้เคียงในท้องที่ตำบลราชกูด อำเภอเมืองระนอง ตำบลม่วงกลวง ตำบลกะเปอร์ ตำบลบางหิน ตำบลนาคา ตำบลกำพวน อำเภอกะเปอร์ จังหวัดระนอง และตำบลคุระ อำเภอคุระบุรี จังหวัดพังงา ให้เป็นอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2522 มีสภาพเป็นกฎ ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 159 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 เพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ หรือเพื่อกำหนดการอันจำเป็นแก่การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.28/2550)

4.1.3.2 กฎกระทรวง

กฎกระทรวงเป็นกฎที่ออกโดยนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินั้น แต่เดิมกฎกระทรวงเรียกว่า “กฎเสนาบดี” เพิ่งมาเปลี่ยนเป็นกฎกระทรวงภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดยพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดีแต่ก่อน พ.ศ. 2475 แต่ก็ยังมีกฎเสนาบดีที่ยังบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ กฎเสนาบดีว่าด้วยกุศลสถานชนิดศาลเจ้า พ.ศ. 2475

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ได้ยอมรับว่ากฎกระทรวงเป็นกฎ แต่รัฐบาลขณะนั้นไม่ยินยอมให้รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงของตนเอง แม้ในบทรักษาการตามกฎหมายจะกำหนดไว้เสมอว่า “ให้รัฐมนตรี ... มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้” ก็ตาม และมีแนวปฏิบัติให้รัฐมนตรีผู้รักษาการจะต้องเสนอร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อนประกาศในราชกิจจานุเบกษาเสมอจนกลายเป็นธรรมเนียมประเพณี และในเวลาต่อมาได้มีการนำหลักเกณฑ์การเสนอเรื่องดังกล่าวมากำหนดไว้ในระเบียบสำนัก

นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2531[13] เพื่อให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติ และเปลี่ยนเป็นระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548[14] ในปัจจุบัน

กฎกระทรวงอาจมีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น กฎทบวง กฎสำนักนายกรัฐมนตรี กฎกระทรวงมหาดไทย กฎกระทรวงพาณิชย์ กฎ ก.พ. เป็นต้น เนื่องจากมีการจัดตั้งทบวงและสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง สำหรับกฎสำนักนายกรัฐมนตรีในระยะหลังจะไม่เรียกว่ากฎสำนักนายกรัฐมนตรีอีก แต่จะเรียกว่ากฎกระทรวงเหมือนกัน คงมีแต่กฎทบวงเท่านั้น แต่จากการปฏิรูประบบราชการทำให้ต่อไปจะไม่มีทบวงมหาวิทยาลัย กฎทบวงในภายหน้าก็จะไม่มีขึ้นมาอีก และนับแต่ พ.ศ. 2490 เป็นต้นมาจะไม่มีการอ้างชื่อกระทรวงต่อท้ายคำว่า “กฎกระทรวง” อีก เนื่องจากการมีชื่อกระทรวงกำกับจะทำให้เกิดความสับสนเมื่อมีการโอนงานจากกระทรวงหนึ่งไปยังอีกกระทรวงหนึ่ง ส่วนกฎ ก.พ. หรือกฎ ก.ค. มีลักษณะใช้เฉพาะเจาะจงกับข้าราชการแต่ละประเภท ไม่ได้ใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป

เนื้อหาของกฎกระทรวงส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่มีความสำคัญน้อยกว่าเรื่องที่ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา เช่น การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม การกำหนดแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตหรือการต่อใบอนุญาต การกำหนดวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เพื่อให้ประชาชนทราบขั้นตอน หรือการกำหนดปริมาณ คุณภาพของผลิตภัณฑ์

กฎกระทรวงจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ดังนั้น คดีพิพาทที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎกระทรวงจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 9 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ตัวอย่างของกฎกระทรวงที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยว่ามีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

---

[13]ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2531

ข้อ 7 เรื่องที่ให้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีมีดังนี้

ฯลฯ ฯลฯ

(2) ร่างพระราชบัญญัติ ร่างพระราชกำหนด ร่างพระราชกฤษฎีกา ร่างกฎกระทรวง

ฯลฯ ฯลฯ

[14]ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

ข้อ 4 ให้ระเบียบนี้

“กฎหมาย” หมายความว่า พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด และให้หมายความรวมถึงพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศด้วย

1) กรณีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 เฉพาะส่วนที่กำหนดให้หมู่บ้านศานตินิเวศเป็นโซนสีส้ม โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎกระทรวงดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นธรรม เนื่องจากผิดวัตถุประสงค์ของสำนักผังเมือง กรุงเทพมหานคร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.54/2552)

2) กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นสหภาพแรงงานมัคคุเทศก์อาชีพแห่งประเทศไทย ซึ่งจัดตั้งขึ้นและดำเนินกิจการตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.15/2545)

3) กรณีฟ้องศาลขอให้เพิกถอนกฎกระทรวงกำหนดวันเวลาเปิดปิดของสถานบริการ พ.ศ. 2547 ที่กำหนดเวลาให้สถานบริการแต่ละประเภทเปิดทำการแตกต่างกัน อันเข้าลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2549)

4.1.3.3 ประกาศกระทรวง

ประกาศกระทรวงเป็นกฎที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอาศัยอำนาจตามกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นบังคับใช้ โดยไม่จำเป็นจะต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อน แต่ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงจะมีผลบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไปได้ เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกประกาศเครื่องหมายการค้าที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียนเพิ่มเติม นอกเหนือจากที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 (1) - (11) ประกาศการกำหนดจำพวกสินค้าที่จะอนุญาตให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

นอกจากนี้ประกาศกระทรวงที่มีความสำคัญบางฉบับอาจเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อน เช่น ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดสถานบริการประเภท 09.90 ในตอนที่ 9 สถานบริการตามพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ลงวันที่ 14 ตุลาคม 2540 ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/15957 ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2540[15] ประกาศกระทรวงอาจอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือระเบียบ เป็นต้น

ตัวอย่างของประกาศกระทรวงที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยว่ามีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

1) กรณีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศกระทรวงการคลัง เรื่องกำหนดสถานบริการประเภทที่ 09.90 ในตอนที่ 9 สถานบริการ ตามพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ซึ่งต้องเสีย

[15]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.18/2547

ภาษีสรรพสามิตตามมูลค่าร้อยละ 20 กำหนดให้สนามกอล์ฟเป็นสถานบริการ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.18/2547)

2) กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ถือบัตรประจำตัวผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่า ฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องกำหนดงานที่ให้คนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ทำได้ ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2539 เนื่องจากทำให้ผู้ฟ้องคดีขาดสิทธิและเสรีภาพในการทำงานและประกอบอาชีพ จึงเป็นการออกประกาศโดยมิได้คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิของคนต่างด้าวที่อยู่บนผืนแผ่นดินไทย อันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา และสถานะของบุคคล ขัดต่อมาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 30 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ใช้บังคับในขณะนั้น จึงใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นการฟ้องเพิกถอนกฎตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.113/2552)

3) กรณีผู้ฟ้องคดีสามสิบสี่รายเป็นราษฎรในพื้นที่ตำบลเวียงคำ ฟ้องว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 29 พฤษภาคม 2551 เรื่องจัดตั้งองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงคำ อำเภอกุมภวาปี จังหวัดอุดรธานี เป็นเทศบาลตำบลเวียงคำ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับดังกล่าว เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 153/2552)

4.1.3.4 ข้อบัญญัติท้องถิ่น

ข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นกฎที่ตราโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมี 2 รูปแบบ คือ รูปแบบทั่วไปและรูปแบบพิเศษ รูปแบบทั่วไป ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล ส่วนรูปแบบพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

ข้อบัญญัติท้องถิ่นจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันตามรูปแบบขององค์กร เช่น ข้อบัญญัติจังหวัด เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร และข้อบัญญัติเมืองพัทยา เป็นต้น

ตัวอย่างของข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยว่ามีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

1) ข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2553 มีลักษณะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2554)

2) ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดอุดรธานี (ชั่วคราว) เรื่องกำหนดค่าตอบแทนการใช้ที่ดินของรัฐ พ.ศ. 2548 ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดอุดรธานี (ชั่วคราว) เรื่องการเก็บภาษีบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2548 ข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2550 มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป จึงเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 348/2550)

3) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องกำหนดบริเวณซึ่งอาคารบางชนิดจะปลูกสร้างขึ้นมิได้ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 เนื่องจากกรุงเทพมหานครมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนอาคารในส่วนที่ก่อสร้างสูงเกินกว่า 24 เมตร โดยอาศัยข้อบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 267/2545)

4.1.3.5 ระเบียบ

ระเบียบเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท กฎ หรือหลักกฎหมายทั่วไป เช่น พระราชบัญญัติ กฎกระทรวง หรือหลักการบังคับบัญชา เป็นต้น มีเนื้อหาเป็นรายละเอียดที่เป็นงานประจำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปการบังคับใช้ระเบียบไม่ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ดังนั้น ระเบียบจึงมีผลบังคับใช้เมื่อผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกระเบียบลงนามในร่างระเบียบนั้น[16] เว้นแต่จะมีการกำหนดระเบียบนั้นจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อพิจารณาจากอำนาจในการออกระเบียบแล้ว สามารถแบ่งระเบียบออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท และระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาไม่มีลักษณะเป็นกฎ

ปัจจุบันมีการใช้ระเบียบเป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินมากขึ้น โดยเฉพาะระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535

ตัวอย่างของระเบียบที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยว่ามีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

1) ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินตอบแทนพิเศษชั่วคราวของข้าราชการในช่วงปรับโครงสร้างกระทรวง ทบวง กรมใหม่ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2547 มิได้มุ่งใช้บังคับเฉพาะแก่บุคคลใดหรือกรณีใดแต่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ระเบียบดังกล่าวจึงมีสภาพเป็นกฎ

---

[16]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย**, *เรื่องเดิม*, หน้า 78.

และโดยที่กฎดังกล่าวคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบ และกระทรวงการคลังโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังอาศัยอำนาจตามข้อ 53 แห่งระเบียบการเบิกจ่ายเงินจากคลัง พ.ศ. 2520 และที่แก้ไขเพิ่มเติมซึ่งออกตามความในมาตรา 21 (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ออกระเบียบดังกล่าว การฟ้องขอเพิกถอนระเบียบดังกล่าว จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 482/2550)

2) ระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการบริหารงานบุคคล พ.ศ. 2534 เป็นระเบียบภายในของกรมราชทัณฑ์ ที่กำหนดให้การบริหารงานบุคคลของกรมราชทัณฑ์ถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริหารงานบุคคลของกรมราชทัณฑ์เป็นไปตามกฎหมายสอดคล้องกับนโยบายการบริหารราชการและระบบคุณธรรม จึงมีสถานะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 250/2553)

3) กรณีฟ้องขอให้ยกเลิกข้อ 12 (13) ของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดและผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำจังหวัด พ.ศ. 2541 เนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.88/2549)

4.1.3.6 ข้อบังคับ

ข้อบังคับเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง โดยจะมีชื่อส่วนราชการ หรือคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายปรากฏอยู่ต่อจากชื่อข้อบังคับ ส่วนเนื้อหาของข้อบังคับจะมีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดให้เหมาะสมกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นรายละเอียดที่มีความสำคัญน้อยกว่าประกาศกระทรวง[17] เช่น ข้อบังคับเกี่ยวกับการขี่ จูง ไล่ต้อน ปล่อย หรือเลี้ยงสัตว์บนทางจราจร ทางเท้า หรือไล่ทาง ซึ่งออกโดยผู้อำนวยการทางหลวงตามมาตรา 35 และมาตรา 87 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2534 เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา และข้อบังคับที่ใช้เป็นแนวปฏิบัติภายในหน่วยงาน แต่ไม่ปรากฏว่าข้อบังคับดังกล่าวออกโดยอาศัยฐานอำนาจจากกฎหมายใด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาไม่มีลักษณะเป็นกฎ

ตัวอย่างของข้อบังคับที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยว่ามีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

---

[17]สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, **ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “กฎ,”** (พฤษภาคม 2550), (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 33.

1) ข้อบังคับสภาการพยาบาล ว่าด้วยหลักเกณฑ์การรับรองสถาบันการศึกษาวิชาการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2550 มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 487/2553)

2) ข้อบังคับโรงเรียนนายร้อยตำรวจ ว่าด้วยจำนวน คุณสมบัติ หลักเกณฑ์วิธีการได้มา วาระการดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของประธานสภาคณาจารย์ และกรรมการสภาคณาจารย์ การประชุมและการดำเนินงานของสภาคณาจารย์โรงเรียนนายร้อยตำรวจ พ.ศ. 2551 ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 12 (2) มาตรา 16 วรรคสอง และมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติโรงเรียนนายร้อยตำรวจ พ.ศ. 2551 กำหนดจำนวน คุณสมบัติ หลักเกณฑ์ วิธีการได้มา วาระการดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของประธานสภาคณาจารย์ และกรรมการสภาคณาจารย์ การประชุมและการดำเนินงานของสภาคณาจารย์โรงเรียนนายร้อยตำรวจ โดยมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 268/2555)

3) ข้อบังคับกระทรวงการคลัง ว่าด้วยเงินรางวัลเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการจราจร พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 ซึ่งมีผลบังคับกับเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการจราจรเป็นการทั่วไป โดยมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยข้อบังคับดังกล่าวกำหนดให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติจัดสรรเงินส่วนแบ่งค่าปรับแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการจราจรในคดีความผิดเกี่ยวกับจราจรทางบก ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจในตำแหน่งเรียกรับเงินโดยมุ่งหวังรายได้จากส่วนแบ่งค่าปรับ อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการออกกฎ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 152/2552)

4.1.3.7 บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

กรณีที่มาตรา 3 วรรค 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามถึงพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ เป็นเพียงตัวอย่างของกฎเท่านั้น ดังนั้น กฎที่เป็นบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงอาจมีชื่อเรียกอย่างอื่นนอกเหนือจากตัวอย่างที่บุไว้ในคำนิยาม ดังนี้

1) ประกาศพระบรมราชโองการ แต่เดิมใช้กันอยู่ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นกฎหมายที่กษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย มีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ แต่ปัจจุบันประกาศพระบรมราชโองการที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจะมีลักษณะเป็นกฎ ซึ่งกษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารทรงตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี จะต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนั้น สำหรับประกาศพระบรมราชโองการที่ยังมีผลบังคับใช้จนปัจจุบัน ได้แก่ พระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 นอกจากนี้ยังมีพระบรมราชโองการในกิจการอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎ แต่ได้ใช้ในฐานะเป็นคำสั่งแต่งตั้งหรือให้พ้นจากตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น ประธานองคมนตรี รัฐมนตรี เอกอัครราชทูต ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ข้าราชการตุลาการ หรือข้าราชการอัยการ เป็นต้น

2) ประกาศของคณะปฏิวัติ ในช่วงระยะเวลาที่มีการปฏิวัติรัฐประหารล้มเลิกรัฐธรรมนูญ คณะบุคคลผู้ยึดอำนาจการปกครองจะเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ดังนั้น การกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับในขณะนั้นไม่อาจบัญญัติกฎหมายในรูปแบบอื่นได้ แต่จะทำในรูปแบบของประกาศของคณะบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีชื่อเรียกแตกต่างกัน เช่น คณะปฏิวัติ คณะปฏิรูป หรือคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ เป็นต้น โดยค่าบังคับของประกาศของคณะบุคคลดังกล่าวอาจมีฐานะแตกต่างกันไปตามเนื้อหาสาระของประกาศ ซึ่งอาจมีฐานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือเป็นเพียงคำสั่งทั่วไป เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 53 ลงวันที่ 17 มกราคม 2502 มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง หรือประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 33 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 มีผลใช้บังคับเป็นระเบียบกระทรวง เป็นต้น

3) กฎที่ออกโดยคณะกรรมการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย กฎหมายหลายเรื่องที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติได้กำหนดให้มีคณะกรรมการ เพื่อดำเนินกิจการบางอย่างตามกฎหมายนั้น โดยให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจตรา “กฎ” เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น คณะกรรมการข้าราชการกรุงเทพมหานคร มีอำนาจออกกฎ ก.ก. ตามมาตรา 21 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 หรือคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน มีอำนาจออกกฎ ก.พ. ตามมาตรา 8 (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เป็นต้น กฎที่ตราโดยคณะกรรมการต่าง ๆ นี้เมื่อพิจารณาแล้วอาจเทียบเคียงได้กับเนื้อหาที่กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงตรากฎเกณฑ์เป็นกฎกระทรวง นอกจากนี้กฎของคณะกรรมการบางคณะจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน ดังนั้น

กฎที่ตราโดยคณะกรรการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายดังกล่าว จึงมีฐานะเทียบเท่ากับกฎกระทรวง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.13-19/2549)[18]

4) ประกาศที่ออกโดยคณะกรรมการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎที่ออกโดยคณะกรรมการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นกรณีที่กฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น โดยให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจออกประกาศได้ เช่น คณะกรรมการข้าราชการตำรวจมีอำนาจออกประกาศตามมาตรา 31 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 หรือคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายมีอำนาจออกประกาศตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2427 เป็นต้น

5) ประกาศที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง นอกจากกฎหมายจะกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงผู้รักษาการตามกฎหมายเป็นผู้ปฏิบัติการเพื่อให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้เจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติการซึ่งโดยปกติจะเป็นเจ้าหน้าที่ระดับกรมที่เป็นผู้ทราบรายละเอียดของการปฏิบัติที่แท้จริง เป็นผู้ปฏิบัติการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายด้วย เช่น อธิบดีกรมศิลปากรมีอำนาจออกประกาศกำหนดเขตที่ดินบริเวณโบราณสถานตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 หรือผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การขออนุญาตให้ใช้ไฟสัญญาณวับวาบและเสียงสัญญาณ ตามข้อกำหนดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง กำหนดเงื่อนไขในการใช้ไฟสัญญาณวับวาบ เสียงสัญญาณไซเรน หรือเสียงสัญญาณอย่างอื่น และเครื่องหมายแสดงลักษณะของรถฉุกเฉิน ฉบับลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2546 ออกตามความในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เป็นต้น

6) ข้อกำหนด มีลักษณะเป็นการมอบให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องปฏิบัติการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เป็นผู้กำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติเพื่อบังคับใช้กับเรื่องนั้น เนื่องจากเป็นผู้ที่ทราบรายละเอียดในทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าว และสามารถปรับเปลี่ยนรายละเอียดในทางปฏิบัติให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาวการณ์บ้านเมืองหรือสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น เช่น มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลล้มละลายกลางโดยความเห็นชอบของประธานศาลฎีกา ออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานใช้บังคับในศาลล้มละลาย อธิบดีผู้พิพากษาศาลล้มละลายกลางโดยความเห็นชอบของประธานศาลฎีกาจึงออกข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 หรือมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจกำหนดสัญญาณจราจร เครื่องหมายจราจรและความหมายของสัญญาณจราจรและเครื่องหมายจราจร ผู้

[18] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 41-42.

บัญชาการตำรวจแห่งชาติจึงอาศัยอำนาจดังกล่าวออกข้อกำหนดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง สัญญาณจราจร เครื่องหมายจราจรและความหมายของสัญญาณจราจรและเครื่องหมายจราจร เป็นต้น

ตัวอย่างของบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยว่ามีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

1) หนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนที่สุดที่ กค 0426.5/ว81 ลงวันที่ 8 กันยายน 2541 หนังสือกระทรวงการคลังด่วนที่สุดที่ กค 0526.5/ว35 ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2542 และฉบับอื่น ๆ ซึ่งเวียนแจ้งให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบ เพื่อถือเป็นแนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านราชการตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2541 ประกอบกับเมื่อพิจารณาบทนิยามของ “กฎ” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “กฎ” หมายความว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แล้วหนังสือกระทรวงการคลังซึ่งแจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบ เพื่อถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2541 ดังกล่าวนั้น มีลักษณะเป็นกฎที่มิได้ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งกระทรวงการคลังกำหนดขึ้นเพื่อให้ทุกส่วนราชการยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านข้าราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.118/2544)

2) หนังสือกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2521 เรื่องหลักการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเพื่อให้นายทะเบียนอาวุธปืนทุกจังหวัดยึดถือเป็นแนวทางในการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน โดยวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนมากน้อยเพียงใดแล้วแต่หลักฐานความจำเป็นของแต่ละบุคคล จึงมีสภาพเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.116/2550)

3) แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการขายทอดตลาดทรัพย์สินเป็นแนวปฏิบัติของหน่วยงานที่ออกโดยกรมบังคับคดี และมีสภาพบังคับให้เจ้าพนักงานบังคับคดีสำนักงานบังคับคดี ต้องปฏิบัติตามในการดำเนินการประกาศขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ โดยให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแจ้งราคาประเมินของฝ่ายประเมินราคา สำนักงานวางหลักทรัพย์กลางหรือราคาของคณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการกำหนดราคาทรัพย์แล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่ากันในการประกาศขายทอดตลาดเพื่อให้คู่ความ ผู้มีส่วนได้เสีย และผู้สนใจทราบ เจ้าพนักงานบังคับคดีจะกำหนดราคาเริ่มต้นเป็น

จำนวนร้อยละแปดสิบของราคาดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวมีผลผูกพันเจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นการทั่วไปในการขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ที่ถูกยึดทรัพย์ เพื่อขายทอดตลาดตามคำพิพากษาหรือคำสั่งทุกรายโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะและมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกด้วย จึงมีลักษณะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.742/2553)

4) มติของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 สามารถคัดเลือกบุคคลซึ่งสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาจากสถาบันการศึกษาที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนรับรองทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ได้รับคัดเลือก มีผลบังคับเป็นการทั่วไปแก่ผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมและผู้ที่ไม่ได้รับเกียรตินิยม คือ ผู้ที่สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมมีสิทธิได้รับการคัดเลือกเข้ารับราชการ ส่วนผู้ไม่ได้รับเกียรตินิยมจะไม่มีสิทธิได้รับการคัดเลือกเข้ารับราชการ มติดังกล่าวจึงมีผลบังคับทุก ๆ คนเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550)

5) หนังสือของกรมที่ดิน ที่ มท 0515/ว 34343 ลงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2547 เป็นหนังสือชักซ้อมความเข้าใจอันเป็นแนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กรณีบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย (บสท.) รับโอนอสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ ผู้จำนอง ผู้จำนำ ผู้ค้ำประกัน และบุคคลซึ่งมีส่วนได้เสียในทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันแทนการจำหน่ายตามมาตรา 76 แห่งพระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 อันเป็นกรณีที่มิใช่การบังคับโอนโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดข้างต้น หากแต่เป็นเป็นกรณีที่เจ้าของทรัพย์ซึ่งเป็นลูกหนี้ยินยอมโอนให้ บสท. บสท. จึงจะจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ได้ หนังสือของกรมที่ดินดังกล่าวซึ่งมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2552)

6) บันทึกข้อความ เรื่อง การออกใบอนุญาตขับรถตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์ให้กับคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง เป็นนโยบายสำคัญของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ อันมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 472/2554)

7) หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับสูงขึ้น ในตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป)

ระดับ 8 ว ที่กำหนดคุณสมบัติของผู้รับการประเมินจะต้องเป็นผู้ผ่านการอบรมจากโรงเรียนนายอำเภอ (นอ.) มีลักษณะเป็นกฎ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 22/2555 (ประชุมใหญ่))

อย่างไรก็ตามมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่แตกต่างออกไป โดยพิจารณาว่าบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะไม่มีฐานะเป็นกฎ มีดังนี้

1) คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 139/2546 ได้วางเป้าหมายในการปราบปรามผู้มีอิทธิพลในทุกพื้นที่ของประเทศไทยหรือให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน และเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคมอันจะส่งผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม การเมืองในระบอบประชาธิปไตย และความเจริญก้าวหน้าของประเทศไทย โดยกำชับให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและอย่างเคร่งครัด คำสั่งดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการปราบปรามผู้มีอิทธิพล และเป็นการวางกรอบการปฏิบัติงานให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในสายงานต่าง ๆ ให้ดำเนินการภายใต้กรอบกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยยังไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 139/2546 จึงไม่มีลักษณะเป็นกฎตามบทนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 29/2553)

2) การสั่งการของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ตามบันทึกวิทยุสื่อสารในราชการกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0809.2/ว006 ลงวันที่ 22 กันยายน 2548 เป็นเพียงระเบียบภายในของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นที่วางแนวปฏิบัติในการต่อสัญญาจ้างพนักงานจ้าง เพื่อป้องกันปัญหาการร้องเรียนและเพื่อความบริสุทธิ์ยุติธรรม และเพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างต่อเนื่องและเกิดประโยชน์แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ได้มีสภาพเป็นกฎตามคำนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.387/2552)

3) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้น คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้กำหนดขึ้นเพื่อว่างระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งมาตรา 13 เป็นเพียงมาตราเดียวในพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีออกระเบียบได้ โดยจำกัดว่าจะต้องเป็นระเบียบว่าด้วยการผ่อนชำระเงินที่เจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดตามมาตรา 8 และมาตรา 10 จะต้องรับผิดเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าระเบียบฉบับนี้มีข้อกำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับการผ่อนชำระเงินที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดเท่านั้นที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ส่วนข้อกำหนดในเรื่องอื่นที่กำหนดไว้ในระเบียบฉบับนี้มิได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย แต่ออกโดย

อาศัยอำนาจทางบริหารของคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีอำนาจบังคับบัญชาหรืออำนาจกำกับดูแลเหนือหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าทีของรัฐที่อยู่ภายในฝ่ายบริหาร เพื่อวางแนวทางในการปฏิบัติงานและวางกรอบในการใช้อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอยู่ตามกฎหมายให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนั้น ระเบียบฉบับนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการผ่อนชำระเงินที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดจึงมีลักษณะเป็นกฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ แต่ระเบียบฉบับนี้ในส่วนอื่นไม่มีลักษณะเป็นกฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2550)

4) เมื่อมีการร้องขอให้จดทะเบียนสมรส นายทะเบียนต้องจดทะเบียนสมรสให้ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 จะไม่รับจดทะเบียนต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ตามมาตรา 13 เฉพาะในกรณีที่การสมรสมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1448 ถึง 1454 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ส่วนคำสั่งหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทย ซึ่งมีการเพิ่มเติมเงื่อนไขห้ามนายทะเบียนจดทะเบียนสมรสให้คนไทยกับหญิงต่างด้าวที่ยังไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวด้วย ก็ได้ออกโดยมิได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายหรือมีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจไว้ จึงถือเป็นเพียงระเบียบภายในระหว่างเจ้าหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทยด้วยกันเท่านั้น จะนำมาใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปอย่างเช่นกฎหมายหาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 580/2527)

5) ระเบียบกรมทรัพย์สินทางปัญญา ว่าด้วยการระงับการดำเนินการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าชั่วคราว ลงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2545 เป็นระเบียบภายใน ซึ่งกรมทรัพย์สินทางปัญญากำหนดเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าชั่วคราวในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาล หรือมีคำสั่งศาล หรือคำพิพากษา หรือหนังสือจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายเกี่ยวกับคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า หรือคู่กรณี หรือเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนระงับการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้น ระเบียบดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมกับคู่กรณีทุกฝ่าย และมีผลบังคับเฉพาะภายในหน่วยงานของกรมทรัพย์สินทางปัญญา ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปอันจะทำให้มีลักษณะเป็นกฎ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.234/2549)

6) ข้อ 41 ของระเบียบกรมที่ดิน ว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก พ.ศ. 2548 กำหนดว่า กรณีที่ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการมรดก แม้คำสั่งของศาลนั้นยังไม่ถึงที่สุด ผู้จัดการมรดกก็มีอำนาจเข้าไปจัดการมรดกได้ตามอำนาจหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถรับจดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดกในหนังสือ

แสดงสิทธิในที่ดินได้ โดยไม่ต้องให้ผู้ขอนำหลักฐานที่รับรองว่าคดีถึงที่สุดมาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่อย่างใดนั้น เห็นว่าข้อ 41 ของระเบียบกรมที่ดิน ว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้มาโดยทางมรดก พ.ศ. 2548 เป็นระเบียบภายในของกรมที่ดินที่ใช้บังคับโดยทั่วไปต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดิน เพื่อว่างแนวทางในการพิจารณาใช้ดุลพินิจรับจดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดกในหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามความเหมาะสมแต่ละกรณี มิใช่เป็นระเบียบที่ใช้บังคับต่อบุคคลภายนอกหรือประชาชน อันเป็นบทบัญญัติที่เป็นกฎตามบทนิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.214/2553)

7) แม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จะกำหนดให้หน่วยงานของทางราชการต้องดำเนินการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือก็ตาม แต่ระเบียบดังกล่าวก็เป็นเพียงระเบียบภายในของทางราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.162/2546 (ประชุมใหญ่))

8) หนังสือกรมปศุสัตว์ ด่วนที่สุด ที่ กษ 0610/ว 2793 ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2549 หนังสือกรมปศุสัตว์ ด่วนที่สุด ที่ กษ 0610/ว 6461 ลงวันที่ 4 เมษายน 2549 หนังสือกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ด่วนที่สุด ที่ กษ 0610/ว 7409 ลงวันที่ 7 กันยายน 2549 หนังสือกรมปศุสัตว์ ด่วนที่สุด ที่ กษ 0610/ว 20304 ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2549 และหนังสือกรมปศุสัตว์ ด่วนที่สุดที่ กษ 0610/ว 21976 ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 2549 ที่แจ้งให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ทุกจังหวัดสั่งการให้เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในหนังสือทั้งห้าฉบับ หนังสือดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมป้องกัน บำบัดโรคสัตว์ และการระบาดวิทยาทางสัตวแพทย์สำหรับให้สัตวแพทย์ในท้องที่ที่ถูกกำหนดให้เป็นเขตสงสัยว่า มีโรคระบาดชนิดไข้หวัดนก ใช้เป็นแนวทางในการออกคำสั่งหรือกระทำการอื่นใดตามขอบอำนาจที่สัตวแพทย์นั้นมีอยู่ตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 ให้มีมาตรฐานอย่างเดียวกัน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความลักลั่น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือการใช้อำนาจตามอำเภอใจของสัตวแพทย์ หนังสือทั้งห้าฉบับดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นเพียงหนังสือเวียนที่ผู้บังคับบัญชาได้จัดทำขึ้น เพื่อวางแนวปฏิบัติให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชายึดถือ ในการบังคับการตามกฎหมายให้เป็นไปในแนวเดียวกัน กรณีถือเป็นขั้นตอนการดำเนินการภายในหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.473/2556)

เห็นได้ว่าศาลปกครองอาศัยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติใดมีลักษณะเป็นกฎหรือไม่ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของ “กฎ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ว่า “...หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” อย่างเดียวก็มีลักษณะเป็นกฎแล้ว โดยไม่ได้พิจารณาว่ากฎนั้นได้ตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหรือมีผลโดยตรงไปสู่

ภายนอกหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะนี้ จะต้องอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับที่มอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการตรากฎ ที่กฎหมายให้ออกในรูปแบบที่มีชื่อต่าง ๆ ซึ่งอาจจะไม่สัมพันธ์กับชื่อบุคคล ส่วนราชการ หรือองค์กรที่รับมอบอำนาจแต่อย่างใด และมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก โดยผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวในบทต่อไปหัวข้อ 5.2 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวพันกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

4.2 ความหมาย ลักษณะ และประเภทของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

ในระบบกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แต่เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองอาจจัดทำในรูปของหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติราชการ มติของคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งกระทรวง ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการแจ้งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบ เพื่อเป็นแนวทางในการตีความกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อความเป็นเอกภาพในการกระทำทางปกครอง และเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความเป็นธรรมแก่ประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง

4.2.1 ความหมายของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองอาจจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ เช่น หนังสือเวียน หนังสือกำหนดแนวทางปฏิบัติราชการ หรือในรูปแบบของแนวนโยบาย มติคณะรัฐมนตรี คำสั่งกระทรวง ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการแจ้งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบ เพื่อเป็นแนวทางการตีความกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ หรือเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อความเป็นเอกภาพในการกระทำทางปกครอง และเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความเป็นธรรมแก่ประชาชนหรือผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีขึ้นเพื่อจัดระบบการทำงานภายในฝ่ายปกครอง และมีผลใช้บังคับเฉพาะภายในหน่วยงานฝ่ายปกครองเท่านั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก หรือผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงมิใช่นิติกรรมทางปกครอง

ระบบกฎหมายไทยยอมรับว่าผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจบังคับบัญชากำหนดแนวปฏิบัติสำหรับผู้ใต้บังคับบัญชาได้ แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดเจน แต่ก็ถือว่าเป็นอำนาจทั่วไป เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2515 หรือมาตรา 3 วรรคแรก

แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 บัญญัติว่า “พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจะได้ทรงตั้งหรือทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เสนาบดีตั้งบุคคลหรือผู้สมควรขึ้นเป็นหัวหน้าจัดการงานในกรมศุลกากร และกำกับตรวจตรากิจการอันเป็นหน้าที่ของกรมนั้นบุคคลผู้นั้นซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า ‘อธิบดี’ ให้มีหน้าที่บังคับบัญชาควบคุมบรรดาพนักงานทั้งหลายในกรมศุลกากร มีอำนาจให้เงินเดือนและเงินรางวัล เรียกประกันสำหรับความประพฤติดี และออกข้อบังคับสำหรับกรมตามที่เห็นว่าจำเป็น เพื่อดำเนินการให้เป็นไปโดยเรียบร้อยและบังคับการให้เป็นไปตามนั้น”[19]

คำสั่งและระเบียบภายในของฝ่ายปกครองบางอย่างก็ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท เช่น ระเบียบการสั่งคดีของอัยการผู้ช่วย ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดีอาญา เป็นต้น แต่ก็มีคำสั่งและระเบียบอีกมากที่ออกโดยไม่ได้ระบุว่าอาศัยอำนาจตามกฎหมายใด บางระเบียบออกโดยมติคณะรัฐมนตรี เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 ระเบียบหรือคำสั่งบางอย่างก็ออกโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น ก.พ. จะมีหนังสือเวียนเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการหรือการลงโทษทางวินัย กระทรวงการคลังจะมีหนังสือเวียนเกี่ยวกับการเงินการคลัง เป็นต้น คำสั่ง ระเบียบ หรือหนังสือเวียนบางอย่างก็ออกโดยหัวหน้าส่วนราชการซึ่งอาศัยอำนาจบังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา อธิบดีกรมที่ดิน เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจกำกับดูแล หรือความสัมพันธ์พิเศษระหว่างสมาชิกภายในองค์กรอีกด้วย[20]

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมักจะมีเนื้อหาหรือผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ หรือการจัดทำบริการสาธารณะภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น ซึ่งถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามอาจจะต้องรับโทษทางวินัย แต่ไม่ได้มีผลกระทบโดยตรงต่อบุคคลภายนอก หรือสถานะส่วนบุคคลของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติราชการ รวมทั้งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองอื่น จึงไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสถานะทางกฎหมายสองสถานะ กล่าวคือ สถานะหนึ่งเป็นบุคคลที่มีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับประชาชนทั่วไป และอีกสถานะหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือนโยบายของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงอาจถูกกำจัดสิทธิและเสรีภาพมากกว่าบุคคลทั่วไป ดังจะเห็นได้จากมาตรา 64 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่ง

---

[19]ยงยุทธ อนุกูล, **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 140.

[20]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 141.

บัญญัติว่า “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่น และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์การของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ” ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐรวมทั้งข้าราชการมีหน้าที่ต้องรักษาวินัยโดยเคร่งครัดอยู่เสมอ[21] ข้าราชการต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความซื่อสัตย์และเที่ยงธรรม[22] ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการมติคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐโดยไม่ให้เสียหายแก่ราชการ[23] ต้องรักษาความลับของราชการ[24] ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมาย[25] ต้องถือและปฏิบัติตามจรรยาบรรณของข้าราชการ[26] ต้องวางตนเป็นกลางทางการเมืองในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ[27] เป็นต้น เมื่อผู้บังคับบัญชามีคำสั่งหรือออกระเบียบให้ข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ และเป็นคำสั่งหรือระเบียบที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามก็เป็นการกระทำผิดวินัย คำสั่งหรือระเบียบดังกล่าวนั้นไม่เป็นคำสั่งทางปกครองหรือกฎ เนื่องจากเป็นคำสั่งหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการส่วนตัว แต่หากเจ้าหน้าที่กระทำผิดวินัย และทางราชการมีคำสั่งให้ไล่ออกจากข้าราชการ คำสั่งไล่ออกนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการส่วนตัว

ระบบกฎหมายไทยยอมรับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งผู้บังคับบัญชาสามารถออกคำสั่งหรือกำหนดแนวปฏิบัติให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามได้แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ และถือว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจโดยทั่วไป แต่มีมาตรการภายในของฝ่ายปกครองบางประเภทที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท หรือออกโดยมติคณะรัฐมนตรี เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองได้เอง

---

[21]มาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

[22]มาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

[23]มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

[24]มาตรา 87 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

[25]มาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

[26]มาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

[27]มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

ศาลยุติธรรมได้ยอมรับข้อความคิดเกี่ยวกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” โดยให้เหตุผลในการพิจารณาวินิจฉัยดังต่อไปนี้[28]

1) ศาลยุติธรรมยอมรับว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีขึ้นได้ เนื่องจากเป็นเรื่องการบริหารงานภายในหน่วยราชการ

2) มาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่เป็นกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายใด

3) ผลของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจะไม่มีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง หากบุคคลภายนอกฝ่าฝืนมาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่มีผลทำให้ต้องรับโทษ

4) ผลของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจะมีผลก็เฉพาะแต่เจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครอง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่าฝืนระเบียบดังกล่าวถือเป็นเรื่องผิดวินัยและมีบทลงโทษทางวินัย

5) ฝ่ายปกครองไม่สามารถอ้างระเบียบภายในของฝ่ายปกครองขึ้นมาปฏิเสธกับเอกชนได้

6) ผลทางกฎหมายของการที่ฝ่ายปกครองอ้างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยสั่งการ ศาลจะพิพากษาว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย การวินิจฉัยสั่งการดังกล่าวต้องถูกยกเลิกเพิกถอน

4.2.2 ลักษณะของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

จากความหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งลักษณะสำคัญของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองออกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้

4.2.2.1 เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครอง

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครอง โดยเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการแจ้งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบ เพื่อเป็นแนวทางในการตีความกฎหมายระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ หรือเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน ในรูปของหนังสือเวียน หรือแนวทางปฏิบัติ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความเป็นธรรมแก่เอกชน

4.2.2.2 เป็นมาตรการที่ไม่ต้องมีกฎหมายแม่บทมอบอำนาจ

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายแม่บทใดมอบอำนาจให้ แต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีที่มาจากอำนาจซึ่งแบ่งออกได้เป็น 5 ประการ ดังนี้

---

[28]สมคิด เลิศไพฑูรย์, **รายงานการวิจัย เรื่อง คำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับคดีปกครอง** (กรุงเทพฯ: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 58-61.

1) อำนาจบังคับบัญชา เป็นการบังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชาในฐานะหัวหน้าหน่วยงานของฝ่ายปกครองมีอยู่เหนือเจ้าหน้าที่ในบังคับบัญชาทุกคน มีรากฐานมาจากหลักเรื่องการจัดองค์กร

2) อำนาจกำกับดูแล เป็นอำนาจที่ส่วนกลางและส่วนภูมิภาคซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐดูแลกิจกรรมขององค์กรมหาชนอื่น เช่น องค์กรปกครองท้องถิ่น องค์กรมหาชนอิสระ หรือรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น เพื่อให้องค์กรเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย

3) อำนาจดุลพินิจ เป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในเรื่องเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติ หลักในการวินิจฉัย หรือการใช้ดุลพินิจอันเป็นหลักเกณฑ์ภายใน ซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

4) ความสัมพันธ์พิเศษระหว่างองค์กรกับสมาชิกภายในองค์กร เป็นลักษณะพิเศษแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกับบุคคลภายนอก เมื่อบุคคลยอมตัวเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรใดแล้ว บุคคลนั้นจะต้องยอมรับอำนาจพิเศษเช่นว่านี้ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างครูกับนักเรียน กองทัพกับทหาร เรือนจำกับนักโทษ เป็นต้น

5) อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้อีกชั้นหนึ่ง แต่ตามหลักแล้วในการออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองแม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายปกครองก็สามารถออกมาตรการภายในได้โดยเป็นอำนาจทั่วไปอยู่แล้ว

4.2.2.3 เป็นมาตรการที่ไม่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายในการจัดระเบียบและการดำเนินงานโดยทั่วไปภายในฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ ที่กำหนดหลักการจัดระเบียบและการดำเนินงานโดยทั่วไปภายในฝ่ายปกครองเอง และมีเนื้อหาหรือผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือการจัดทำบริการสาธารณะภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเองจึงไม่มีผลบังคับถึงบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ดังนั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่เป็นการกำหนดนิติฐานะหรือสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ดังนั้น ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองกับการกระทำทางปกครองอื่น คือ การมีผลบังคับไปสู่บุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง

สำหรับสถานะทางกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะตรากฎต้องตราโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรืออาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ เป็นต้น

ผลทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนราชการ เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือหัวหน้าหน่วยงานทาง

ปกครอง ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย เพราะกฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภา หรือกฎหมายที่ฝ่ายปกครองตราโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติเท่านั้น

ผลทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ที่มีต่อข้าราชการ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปเช่นกันว่า ข้าราชการต้องปฏิบัติตามในฐานะที่เป็นระเบียบแบบแผนของทางราชการ การฝ่าฝืนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรย่อมมีความผิดทางวินัย ส่วนผลทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ที่มีต่อประชาชนหรือบุคคลภายนอกระบบราชการ ก็มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า การวางระเบียบปฏิบัติของทางราชการไปบังคับกับประชาชนในลักษณะเป็นการกระทบสิทธิหรือหน้าที่ โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจนั้นไม่อาจกระทำได้

สำหรับมติคณะรัฐมนตรีนั้น คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด สามารถแยกการกระทำแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ การกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาลและการกระทำในฐานนะที่เป็นฝ่ายปกครอง การกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล ได้แก่ การกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ส่วนการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ได้แก่ การกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากพิเคราะห์ถึงรูปแบบแล้วก็ไม่มีตัวอย่างให้เห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร คงมีแต่กฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดรูปแบบแล้วที่ผ่านการพิจารณาและมีมติรับรองของคณะรัฐมนตรีจึงจะเป็นกฎ เช่น กฎกระทรวง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง มติคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบกฎเกณฑ์ตามรูปแบบเป็นเพียงการใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์แต่ตัวมติไม่ใช่กฎเกณฑ์ในตัวเอง อย่างไรก็ดี มติคณะรัฐมนตรีอีกประเภทหนึ่งที่ไม่ได้ให้ความเห็นชอบในตัวกฎเกณฑ์ แต่เป็นการวางกฎเกณฑ์ในส่วนราชการเพื่อให้ข้าราชการถือปฏิบัตินั้น มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่อยู่ในรูปแบบของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายปกครองที่ระบบกฎหมายรับรอง มติดังกล่าวจึงไม่มีผลบังคับต่อประชาชนหรือบุคคลภายนอกระบบราชการที่จะต้องปฏิบัติตามโดยตรง

มติคณะรัฐมนตรีจึงมีสถานะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งคณะรัฐมนตรีกำหนดกฎเกณฑ์ให้ส่วนราชการต้องปฏิบัติตาม โดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีมีผลบังคับต่อส่วนราชการและข้าราชการที่จะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ ตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (8) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทต่าง ๆ ที่กำหนดให้ข้าราชการต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี มิฉะนั้นจะต้องถูกดำเนินการทางวินัย แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับผลบังคับของมติคณะรัฐมนตรีที่มีต่อประชาชน

หรือบุคคลภายนอกระบบราชการนั้น แนวคำพิพากษาศาลฎีกา คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมาย เห็นว่า เป็นเรื่องภายในของระบบราชการ ไม่อาจใช้ยันกับประชาชนหรือบุคคลภายนอกระบบราชการได้

ดังนั้น ตัวมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ว่าในรูปแบบพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เหล่านี้ไม่ใช่ตัวกฎเกณฑ์ตามรูปแบบ เป็นเพียงการใช้อำนาจให้ความเห็นชอบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เป็นรูปแบบนั้น ๆ ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบกฎเกณฑ์ตามรูปแบบจึงเป็นเพียงการใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์ แต่ตัวมติไม่ใช่กฎเกณฑ์ในตัวเอง

สำหรับมติคณะรัฐมนตรีที่ไม่ได้ให้ความเห็นชอบในตัวกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย แต่เป็นการวางกฎเกณฑ์ในส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัตินั้น มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่ได้อยู่ในรูปแบบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ระบบกฎหมายรับรอง จึงถือว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่มีผลบังคับให้ประชาชน หรือบุคคลภายนอกระบบราชการต้องปฏิบัติตามโดยตรง

4.2.3 ประเภทของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

จากความหมายและลักษณะของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

4.2.3.1 มาตรการภายในของฝ่ายปกครองในการจัดโครงสร้างองค์กรภายใน

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กรภายในฝ่ายปกครองและการดำเนินการขององค์กร กรณีนี้เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองเกี่ยวกับกับการจัดองค์กรภายในก็ดี หรือการแบ่งภาระหน้าที่ภายในของหน่วยงานก็ดี หรือการกำหนดเกี่ยวกับการทำงานก็ดี ตลอดจนระยะเวลาการทำงานเท่าที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น

1) การที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้กองทัพเรือและกรมการขนส่งทางอากาศร่วมกันบริหารสนามบินอู่ตะเภา โดยให้กองทัพเรือเป็นผู้ดำเนินการด้านงานสื่อสารการบินและควบคุมการจราจรทางอากาศ โดยจัดเจ้าหน้าที่ที่มีใบอนุญาตตามที่กรมการขนส่งทางอากาศออกให้ และต้องได้รับการตรวจสอบภาคปฏิบัติเป็นครั้งคราว เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารในฐานะองค์กรสูงสุดในฝ่ายบริหาร บริหารจัดการสนามบินอู่ตะเภาให้เป็นสนามบินพาณิชย์ และการที่กำหนดให้กองทัพเรือเป็นผู้ดำเนินการดังกล่าว เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติภายใน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.22/2550)

2) มติของคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2552 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ที่อนุมัติให้ประกาศใช้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ภายใน

พื้นที่เขตดุสิต กรุงเทพมหานคร เป็นเพียงการมอบหมายให้กองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรเป็นผู้รับผิดชอบในการป้องกัน ปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ในพื้นที่เขตดุสิต กรุงเทพมหานคร เพื่อให้กองอำนวยการฯ มีอำนาจออกข้อกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.32/2552)

4.2.3.2 มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่วางแนวทางในการตีความกฎหมาย

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองกรณีนี้เป็นการวางแนวทางในการตีความกฎหมายหรือวางแนวทางในการใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจะทำหน้าที่ช่วยเจ้าหน้าที่ระดับล่างในการตีความกฎหมายดังกล่าว และทำให้การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองเกิดความเป็นเอกภาพทั้งในการใช้และการตีความกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การนับอายุบุคคลเพื่อคำนวณวันเกษียณอายุราชการ ที่ให้ถือปฏิบัติตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่เป็นเพียงการอธิบายบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการปฏิบัติตามเท่านั้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2546)

4.2.3.3 มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจ

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองในกรณีนี้เป็นการกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าเจ้าหน้าที่ระดับล่างจะมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจอย่างไร การวางแนวทางการใช้ดุลพินิจดังกล่าวทำให้เกิดความมั่นใจว่าการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะเป็นไปอย่างเสมอภาค และก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ตัวอย่างเช่น

1) คำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 674/2490 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2490 เรื่อง ระเบียบการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 และหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0501/ว 886 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2521 เรื่อง หลักการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน มีลักษณะเป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่นายทะเบียนอาวุธปืนประจำท้องที่ที่จะใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งอนุญาตให้บุคคลมีและใช้อาวุธปืน เพื่อพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวจำเป็นต้องใช้อาวุธปืนสำหรับใช้ในการป้องกันตัวหรือทรัพย์สิน หรือในการกีฬาหรือยิงสัตว์ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 หรือไม่ โดยมีวัตถุประสงค์ให้นายทะเบียนท้องที่ได้ถือเป็นแนวทางปฏิบัติแบบเดียวกันทุกจังหวัด ในการใช้ดุลพินิจออกใบอนุญาตให้บุคคลมีและใช้อาวุธปืนให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ คำสั่งและหนังสือฉบับดังกล่าวจึงเป็นแนวปฏิบัติภายใน

ซึ่งมีผลบังคับเพื่อให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนใช้ดุลพินิจเท่านั้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 246/2552)

2) ข้อกำหนดของคณะกรรมการพิจารณาการประเมินภาษีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นแนวทางประกอบการพิจารณาของเจ้าพนักงานในการประเมินภาษี เป็นเพียงหลักเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 266/2546)

4.2.3.4 มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่วางแนวทางปฏิบัติกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียด

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองกรณีนี้เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งฝ่ายปกครองอาจออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเพื่อกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ เพื่อทำให้ภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุความมุ่งหมายได้ ตัวอย่างเช่น

1) การสั่งการของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นตามบันทึกวิทยุสื่อสารในราชการกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0808.2/ว 006 ลงวันที่ 22 กันยายน 2548 เป็นเพียงระเบียบภายในของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นที่วางแนวทางปฏิบัติในการต่อสัญญาจ้างพนักงาน เพื่อป้องกันปัญหาการร้องเรียนและเพื่อความบริสุทธิ์ยุติธรรม และเพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างต่อเนื่องและเกิดประโยชน์แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 387/2552)

2) กรณีที่กรมบัญชีกลางกำหนดแนวทางปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ว่า ผู้ที่มีสิทธิเสนอราคาที่ได้รับแจ้งนัดหมาย หากมาไม่ทันการลงทะเบียนจะถูกยึดหลักประกันซอง และได้มีหนังสือแจ้งเวียนถึงผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดกระทรวง อธิบดี เลขาธิการ ผู้อำนวยการ อธิการบดี องค์การมหาชน และรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ เพื่อซักซ้อมทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวทางในการปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าว จึงเห็นได้ว่ากรณีเป็นการกำหนดขึ้นโดยประสงค์ให้มีผลบังคับเพียงเฉพาะภายในหน่วยงานทางปกครองที่ได้รับแจ้งเท่านั้น มิได้ประสงค์ให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เป็นเพียงแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 464/2552)

4.3 การควบคุมตรวจสอบ “กฎ” โดยศาลปกครอง

โดยที่กฎเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง และเมื่อพิจารณามาตรา 9[29] มาตรา 10[30] และมาตรา 11[31] แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

[29]มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนัญพิเศษอื่น

[30]มาตรา 10 ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองเว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

[31]มาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

แล้วหากมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตรากฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดที่เกิดจากกฎ ย่อมเป็นคดีพิพาทอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และกรณีที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีย่อมเป็นคดีพิพาทอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองแบ่งออกเป็น 2 ชั้นศาล ตามมาตรา 7[32] แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น โดยศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งประเภทของคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองมี ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำทางกฎหมายหรือนิติกรรมทางปกครอง และการกระทำทางกายภาพหรือปฏิบัติการทางปกครอง การกระทำทางปกครองดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจที่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการได้ฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนก่อน ซึ่งนิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ การตรากฎ เช่น การตราพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย อนุญาต อนุมัติ ส่วนปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การก่อสร้างสะพาน ถนน

ประเภทที่สอง คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร เช่น กรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 30 วัน แต่เจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติหรือใช้ระยะเวลาในการปฏิบัติเกิน 30 วัน แม้กรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาเอาไว้เจ้าหน้าที่ก็ต้องดำเนินให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร

ประเภทที่สาม คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดอย่างอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น

---

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

[32]มาตรา 7 ศาลปกครองแบ่งออกได้เป็นสองชั้น คือ

(1) ศาลปกครองสูงสุด

(2) ศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่

(ก) ศาลปกครองกลาง

(ข) ศาลปกครองในภูมิภาค

ประเภทที่สี่ คดีพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง หรือกฎหมายกำหนดให้ฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อบังคับให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการ รวมทั้งเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ส่วนคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ได้แก่ การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนัญพิเศษอื่น

4.3.1 เงื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น นอกจากศาลปกครองจะพิจารณาเขตอำนาจศาลแล้ว ศาลปกครองจะต้องพิจารณาเงื่อนไขการฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเงื่อนไขที่สำคัญสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ข้อ ดังนี้

4.3.1.1 ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 42[33] แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการบังคับใช้กฎและจะต้องเป็นผลโดยตรงต่อผู้ฟ้องคดีด้วย นอกจากนี้ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีคำขอเกี่ยวกับการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ซึ่งศาลปกครองสามารถมีคำบังคับให้ได้

---

[33]มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมาย หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับได้ ตามมาตรา 72[34] แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

---

[34]มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้อง ให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (5) หรือตามวรรคสี่ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการพิพากษาคดีให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี

หนึ่ง สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หรือสั่งห้ามการกระทำไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมทางปกครอง หรือปฏิบัติการทางปกครอง

สอง สั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามหน้าที่ที่เกี่ยวข้องภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

สาม สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการใดหรืองดเว้นการกระทำการใด โดยอาจจะกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนระยะเวลาไว้ด้วย ในกรณีที่ฟ้องเกี่ยวกับการทำละเมิด หรือสัญญาทางปกครอง

สี่ สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่ฟ้องเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่

ห้า สั่งให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

1) กรณีถือว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้

(1) ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เรื่อง การให้ความยินยอมในการนำทรัพยากรธรรมชาติในเขตปฏิรูปที่ดินไปใช้ประโยชน์ตามกฎหมายอื่น พ.ศ. 2541 และบัญชีค่าตอบแทนท้ายระเบียบดังกล่าว กำหนดค่าตอบแทนการใช้ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเป็น 2 ส่วน โดยส่วนที่ 1 คิดอัตราร้อยละ 2 ของราคาที่ดินคูณจำนวนปีที่ใช้ประโยชน์ที่ดิน และส่วนที่ 2 จำนวนเงินเท่ากับการเก็บค่าภาคหลวงแร่ที่ผู้ถือประทานบัตรจะต้องชำระให้แก่ทรัพยากรธรณีประจำท้องที่ ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นผู้ได้รับสิทธิสำรวจและทำเหมืองแร่ทองคำจะต้องเสียค่าตอบแทนการใช้ที่ดินและค่าภาคหลวงตามประทานบัตรทำเหมืองแรทองคำซ้ำซ้อน ผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากระเบียบดังกล่าว และการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายจำต้องมีคำบังคับให้เพิกถอนระเบียบและบัญชีค่าตอบแทนท้ายระเบียบดังกล่าว ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และโดยที่การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้เป็นการเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงสามารถนำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดี ตามมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1039/2557)

(2) กฎกระทรวงกำหนดวันเวลาเปิดปิดของสถานบริการ พ.ศ. 2547 ออกตามความในพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 โดยกำหนดให้สถานบริการที่ตั้งอยู่ในพื้นที่กำหนดแต่ละพื้นที่มีเวลาทำการปิดเปิดแตกต่างกัน เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ สถานบริการของผู้ฟ้องคดีจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎกระทรวงดังกล่าว โดยต้องถูกจำกัดระยะเวลาเปิดทำการ ทำให้มีผลกระทบต่อรายได้และลูกค้าของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากระยะเวลาเปิดทำการน้อยลง ผู้ฟ้องคดีจึงได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2549)

(3) มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 กันยายน 2543 ที่ให้ความเห็นชอบตามมติคณะกรรมการพิจารณาสิทธิพิเศษของหน่วยงานและรัฐวิสาหกิจที่ให้สิทธิพิเศษแก่ ทศท. ในการให้บริหารหมายเลขโทรศัพท์ของ ทศท. แก่หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ โดยให้หน่วยราชการของรัฐดังกล่าวพิจารณาการขอเลขหมายโทรศัพท์ใหม่ของ ทศท. เป็นลำดับแรก เว้นแต่ ทศท. ไม่อาจให้บริการได้ในระยะเวลาอันสั้น โดยให้ ทศท. ให้ส่วนลดและยกเว้นค่าบริการสำหรับโทรศัพท์พื้นฐานบางรายการด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นคู่สัญญากับ ทศท. ในสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ในเขตนครหลวงจำนวนสองล้านเลขหมาย เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2534 และสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาร่วมการการงานและร่วมลงทุนฯ เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2538 มติของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวย่อมมีผลกระทบโดยตรงต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากมติของผู้ถูกฟ้องคดี และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีนั้น ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองได้ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.26/2546)

2) กรณีไม่ถือว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้

(1) ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา โดยเป็นเจ้าหน้าที่ตรวจสอบและเสนอผู้บังคับบัญชา ตั้งแต่การสอบสวนหรือพิจารณาเบื้องต้น การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน ตลอดจนมีหน้าที่ในการนำเสนอรายงานการดำเนินการทางวินัยต่อผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องไม่อาจทำให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือนร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการออกระเบียบ ก.ค.ศ. ว่าด้วยการรายงานการดำเนินการทางวินัย และการออกจากราชการของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.

2548 ที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าขัดต่อมาตรา 104 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.42/2549)

(2) ผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างน้อยต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยตรง และเป็นการเฉพาะตัวจากกฎที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี การที่อ้างแต่เพียงว่าการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2520 พ.ศ. 2547 ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐและประชาชนทั่วไป รวมทั้งผู้ฟ้องคดีในฐานะประชาชนผู้บริโภคสื่อขององค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย จึงยังไม่แสดงให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมว่าการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีโดยตรงและเป็นการเฉพาะตัวอย่างไร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.51/2549)

4.3.1.2 ขั้นตอนการฟ้องคดี

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวก่อน หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในกรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ศาลปกครองได้วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่าต้องพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจในการออก “กฎ” ว่าได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนไว้หรือไม่ ซึ่งหากไม่ได้กำหนดไว้ก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้เลย โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อผู้ออกกฎก่อนเพราะ “กฎ” ไม่ใช้ “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งต้องอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งก่อนตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีจึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนภายในระยะเวลาการฟ้องคดี

4.3.1.3 ระยะเวลาการฟ้องคดี

การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ทั้งกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด เป็นไปตามมาตรา 49[35] แห่งพระราชบัญญัติ

[35]มาตรา 49 การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับ

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งก็คือวันที่กฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี โดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองในระยะแรกมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางที่หนึ่งใช้วันที่ประกาศกฎหมายลำดับรองในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันที่ถือว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีแล้ว และแนวทางที่สองใช้วันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือประโยชน์ของตนอย่างแท้จริง แต่ปัจจุบันเป็นที่ชัดเจนแล้วว่าศาลปกครองใช้แนวทางที่สอง เนื่องจากการประกาศกฎในราชกิจจานุเบกษาเป็นเพียงแบบพิธีการของการประกาศใช้กฎเท่านั้น ยังไม่มีผลเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี อันเป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ในวันประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาว่ากฎนั้น มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป

1) กรณีที่ถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(1) กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาคมนักกฎหมายพิทักษ์สิ่งแวดล้อมฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการประสานงานการให้ความเห็นขององค์การอิสระในโครงการหรือกิจกรรมที่อาจให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง พ.ศ. 2553 นั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีมีฐานะเป็นนิติบุคคลประเภทสมาคม มีวัตถุประสงค์ในการให้ความช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งในด้านให้คำปรึกษานิติกรรมสัญญาและคดีสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ตลอดจนการเรียกร้องสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เผยแพร่ความรู้กฎหมายสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติแก่ประชาชน หน่วยงานของรัฐ ทำการศึกษาวิจัยกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และริเริ่ม ส่งเสริม สนับสนุน ผลักดัน และมีส่วนร่วมให้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพื่อปกป้อง พิทักษ์ รักษาและฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปอย่างสมดุลและยั่งยืน โดยได้จดทะเบียนเป็นองค์กรเอกชนด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติกับกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในปี พ.ศ. 2549 เมื่อผู้ฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์ดังกล่าวการที่ผู้ฟ้องคดีจะดำเนินการตามวัตถุประสงค์ได้จะต้องสนใจและติดตามการออกระเบียบพิพาท ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงย่อมรู้หรือควรรู้ถึงการประกาศใช้ระเบียบดังกล่าวนับตั้งแต่

หนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

วันที่ 12 มกราคม 2553 อันเป็นวันที่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีนี้ในวันที่ 23 มีนาคม 2554 จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.24/2554)

(2) กรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนประกาศคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ว่าด้วยรูปแบบและวิธีการแสดงข้อความคำเตือนประกอบภาพสัญลักษณ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือภาพสัญลักษณ์ของบริษัทผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2553 นั้น เมื่อประกาศที่พิพาทซึ่งเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2553 โดยข้อ 5 ของประกาศได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดซึ่งเป็นผู้ประกอบการในกิจการที่เกี่ยวข้องกับข้อบังคับของประกาศดังกล่าว ย่อมต้องรู้หรือควรรู้ถึงการที่กฎหมายหรือข้อบังคับได้มีการประกาศใช้ในวันที่ 27 พฤษภาคม 2553 หรืออย่างช้าภายในวันที่ 28 พฤษภาคม 2553 อันเป็นวันที่ประกาศดังกล่าวได้มีผลใช้บังคับตามที่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เนื่องจากเนื้อหาสาระของประกาศดังกล่าวจะมีผลกระทบโดยตรงต่อการประกอบกิจการของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงชอบที่จะยื่นฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวัน ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงหลักความมั่นคงและความน่าเชื่อถือของการกระทำทางปกครองด้วยแล้ว การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 2553 จึงเป็นการยื่นคำฟ้องเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 86/2555)

(3) กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 48 ก ลงวันที่ 16 พฤษภาคม 2549 ผู้ฟ้องคดีในฐานะเป็นผู้นำชุมชนได้รับแต่งตั้งจากประชาชนผู้อยู่อาศัยในหมู่บ้าน มีภาระหน้าที่รับรู้ความเป็นอยู่ของหมู่บ้าน ผู้ฟ้องคดีจึงควรจะรู้ถึงการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับที่ฟ้องขอให้เพิกถอนนับแต่วันประกาศราชกิจจานุเบกษาดังกล่าว ดังนั้น วันที่ 16 พฤษภาคม 2549 จึงถือว่าเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องอย่างช้าที่สุด เนื่องจากวันดังกล่าวเป็นวันที่สิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกกระทบหรือได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้ประกาศข้างต้น การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2552 จึงเป็นการฟ้องคดีที่พ้นระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.54/2552)

2) กรณีที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่สิทธิหรือหน้าที่หรือประโยชน์ของตนถูกกระทบอย่างแท้จริง

(1) วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎนั้น ต้องถือวันที่รู้หรือควรรู้โดยตรงว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี การ

ประกาศกฎหมายหรือกฎในราชกิจจานุเบกษา เป็นเพียงพิธีการของการประกาศใช้กฎหมายหรือกฎเท่านั้น ยังไม่มีผลเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี อันเป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎนั้น เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ในวันประกาศกฎในราชกิจจานุเบกษาว่ากฎนั้นมีผลกระทบสิทธิหรือหน้าที่หรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว ซึ่งต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ระยะเวลาการฟ้องคดีเป็นบทบัญญัติตัดสิทธิของบุคคลในการนำคดีมาฟ้องต่อศาล จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ดังนั้น ในการฟ้องขอให้เพิกถอนข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยการศึกษาต่อเนื่องของผู้ประกอบวิชาเวชกรรม พ.ศ. 2543 เมื่อผู้ฟ้องคดีได้เขียนบทความวิเคราะห์ถึงผลกระทบของข้อบังคับดังกล่าวตั้งแต่วันที่ 17 พฤษภาคม 2544 แม้จะไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้ถึงผลกระทบของข้อบังคับนี้ตั้งแต่เมื่อใด ก็ถือได้ว่าอย่างช้าที่สุดผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ในวันดังกล่าวว่าข้อบังคับนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี อย่างไรก็ดี หากข้อบังคับดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและศาลมีคำสั่งเพิกถอนเสีย ย่อมจะเป็นประโยชน์แก่บรรดาแพทย์ทั้งหลายมิให้ต้องตกอยู่ในข้อบังคับนั้น จึงเป็นการฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของสมาชิกแพทยสภาและแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 586/2545)

(2) สมาคมแรงงานมัคคุเทศก์ได้ประกาศให้มัคคุเทศก์ปฏิบัติตามข้อ 11 ทวิ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2536) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) เมื่อประมาณเดือนมกราคม พ.ศ. 2544 โดยกำหนดให้มัคคุเทศก์ผู้ที่มีใบอนุญาตแล้วต้องเข้ารับการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์ ตามหลักสูตร ระยะเวลา และในสถานที่ฝึกอบรมที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กำหนด จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุที่กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีตั้งแต่เดือนมกราคม พ.ศ. 2544 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.15/2545 (ประชุมใหญ่))

(3) กรณีฟ้องขอเพิกถอนข้อ 14 (3) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ที่ห้ามออกโฉนดที่ดินในที่เกาะ ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2537 เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งของเจ้าพนักงานที่ดินที่ไม่รับคำขอออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายให้แก่ผู้ฟ้องคดี เมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2544 เนื่องจากจังหวัดภูเก็ตเป็นเกาะที่ต้องห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดิน จึงต้องถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนับตั้งแต่วันที่ 14 มีนาคม 2544 อันเป็นวันที่สิทธิขอตนถูกกระทบกระเทือน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8-ฟ.10/2546 (ประชุมใหญ่))

(4) การฟ้องขอให้เพิกถอนบางส่วนของระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการสงเคราะห์ครูใหญ่และครูโรงเรียนเอกชนในกรณีเจ็บป่วยและคลอดบุตร พ.ศ. 2544 ซึ่งมีสภาพเป็นกฎ แม้ไม่อยู่ในบังคับที่ต้องอุทธรณ์ก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่เมื่อคณะกรรมการ

ส่งเสริมการศึกษาเอกชน (ผู้ถูกฟ้องคดี) วินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์ดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือลงวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2546 ยื่นอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อผู้บังคับบัญชา จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 170/2550)

นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในมาตรา 52[36] ที่ส่งผลให้การฟ้องคดีเกี่ยวกฎที่พ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้วแต่ศาลปกครองสามารถรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาได้ กรณีที่เป็นการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล และการยื่นฟ้องคดีปกครองที่ศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น

ตัวอย่างของคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ที่ศาลปกครองรับไว้พิจารณา มีดังนี้

1) กฎกระทรวงว่าด้วยข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตขายสุราและการขายสุราสำหรับผู้ได้รับใบอนุญาตขายสุราประเภทที่ 3 ถึงประเภทที่ 7 พ.ศ. 2548 เป็นกฎกระทรวงที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการค้าสุรารายอื่น ๆ ที่เปิดการค้าสุราในบริเวณสถานีบริการน้ำมันหรือในบริเวณสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงที่ไม่ได้นำคดีมายื่นฟ้องต่อศาล การขอให้ศาลเพิกถอนกฎกระทรวงดังกล่าวย่อมส่งผลต่อผู้ค้าสุราในบริเวณดังกล่าวอีกจำนวนมาก ดังนั้น การรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาจึงเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม (คำพิพากษาศาลปกครองที่ ฟ.36/2551)

2) กรณีโต้แย้งเกี่ยวกับการตราเทศบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2541 เป็นเรื่องการนำรายได้ของเทศบาลไปใช้จ่ายในกิจการตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนในเขตเทศบาลอันถือได้ว่าเป็นการฟ้องคดีที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม ศาลจึงมีอำนาจรับคดีนี้ที่ยื่นฟ้องเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีไว้พิจารณาได้ตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 228/2554)

3) กรณีฟ้องว่า ประกาศของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) เรื่อง การจัดทำมาตรฐานกำหนดตำแหน่งและจัดตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญของทุกส่วนราชการเข้าประเภทตำแหน่ง สายงาน และระดับตำแหน่งมาตรฐานกำหนดตำแหน่งซึ่งไม่รับรองคุณวุฒิปริญญาตรีส่งเสริมการเกษตรและสหกรณ์บัณฑิต (ส่งเสริมการป่าไม้) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เป็น

---

[36]มาตรา 52 การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

การยื่นฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้วถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

คุณสมบัติตำแหน่งเฉพาะตำแหน่งนักวิชาการป่าไม้ เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น โดยที่ประกาศดังกล่าวมีผลกระทบต่อบุคคลในวงกว้าง การฟ้องเพิกถอนประกาศดังกล่าวนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม ศาลจึงควรรับคำฟ้องในข้อหานี้ไว้พิจารณาตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 22/2553)

4) กรณีฟ้องว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัดนนทบุรีออกข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดนนทบุรี เรื่อง การเก็บภาษีบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2548 เพื่อเรียกเก็บค่าภาษีน้ำมันเบนซินและน้ำมันที่คล้ายกัน น้ำมันดีเซลและน้ำมันที่คล้ายกันจากผู้ค้าปลีกน้ำมันดังกล่าวในเขตจังหวัดนนทบุรี อันเป็นการเพิ่มภาระต้นทุนให้แก่ผู้ประกอบการค้าปลีกน้ำมันในเขตจังหวัดนนทบุรีนั้น เนื่องจากเป็นกรณีโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยข้อบัญญัติดังกล่าวเป็นเรื่องของการจัดเก็บภาษีเพื่อนำเข้าเป็นรายได้ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ซึ่งมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนในเขตองค์การบริหารส่วนจังหวัด ถือได้ว่าเป็นการฟ้องคดีที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมซึ่งศาลจะรับไว้พิจารณาได้ตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 54/2553)

เห็นได้ว่าศาลปกครองได้ถือวันเริ่มต้นในการนับระยะเวลาการฟ้องคดีหรืออายุความการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แตกต่างกันไปหลายแนวทาง ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการนับระยะเวลาการฟ้องคดี และข้อยกเว้นตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นการเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้อยู่เสมอโดยไม่มีที่สิ้นสุด โดยผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวในบทต่อไปหัวข้อ 5.3 ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

4.3.2 หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุม “กฎ”

ปัจจุบันศาลปกครองมีคำพิพากษาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้หลายกรณี โดยศาลปกครองได้กำหนดประเด็นที่ใช้วินิจฉัยในเนื้อหาของคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังนี้

4.3.2.1 อำนาจของผู้ตรากฎ

อำนาจของผู้ตรากฎนั้น ฝ่ายปกครองจะสามารถตรากฎได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ตัวอย่างเช่น

1) ผู้ฟ้องคดีเป็นนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา หลักสูตรปริญญาโท สาขาบริหารรัฐกิจ ฟ้องสภามหาวิทยาลัยมหิดลว่าออกข้อบังคับมหาวิทยาลัยมหิดลว่าด้วยการศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2543 ข้อ 34.5.2 กำหนดให้นักศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษาต้องทำวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์เป็นภาษาอังกฤษโดยไม่ชอบ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมื่อสภามหาวิทยาลัยมหิดลได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 16 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยมหิดล พ.ศ. 2530 ที่ให้อำนาจสภามหาวิทยาลัยในการวางนโยบายเกี่ยวกับการศึกษา กาวิจัย การให้บริการทางวิชาการและสังคม และการทะนุบำรุงศิลปะและวัฒนธรรม และมีอำนาจวางระเบียบและออกข้อบังคับของมหาวิทยาลัย ดังนั้น การออข้อบังคับมหาวิทยาลัยมหิดลว่าด้วยการศึกษาระดับบัณฑิตวิทยาลัย พ.ศ. 2543 โดยสภามหาวิทยาลัยมหิดลจึงเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย[37]

2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มีอำนาจที่จะออกกฎกระทรวงตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ที่ให้รัฐมนตรีมีอำนาจเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการออกโฉนดที่ดินสำหรับผู้ที่ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดิน และผู้ที่รับโอนที่ดินดังกล่าวก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ ซึ่งมิได้แจ้งการครอบครองและไม่ดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับขณะนั้น การออกโฉนดที่ดินซึ่งไม่ได้แจ้งการครอบครองดังกล่าวจึงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎกระทรวง เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ใช้อำนาจตามมาตรา 6 และ 15 ประกอบกับมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบกฎกระทรวงดังกล่าวแล้ว ดังนั้น จึงเป็นการดำเนินการตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้โดยชอบแล้ว ในประเด็นนี้ตุลาการฝ่ายข้างน้อยได้ทำความเห็นแย้งไว้ว่า กรณีนี้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงดังกล่าว[38]

3) บทบัญญัติในมาตรา 8 (1) ประกอบกับมาตรา 9 (2) แห่งพระราชบัญญัติท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 กำหนดให้การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย (ททท.) ดำเนินการเกี่ยวกับการส่งเสริมการท่องเที่ยว ร่วมมือดำเนินการต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมการท่องเที่ยว ฯลฯ ดังนั้น ททท. จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการส่งเสริมการประกอบอาชีพของคนไทยในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว ฯลฯ และเมื่อพิจารณามาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประกอบกับความใน

---

[37]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.9/2546

[38]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.8/2546 ฟ.9/2546 และ ฟ.10/2546

มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย มีอำนาจและหน้าที่กำกับโดยทั่วไปซึ่งกิจการของ ททท. ฯลฯ และความในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ซึ่งบัญญัติให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ การยกเว้นค่าธรรมเนียมและการกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

เห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกรัฐมนตรี) เป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับรวมทั้งมีอำนาจหน้าที่กำกับโดยทั่วไปซึ่งกิจการของ ททท. จึงมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในเรื่องการดำเนินการส่งเสริมการประกอบอาชีพของคนไทยในอุตสาหกรรมท่องเที่ยว โดยร่วมมือหรือดำเนินการในการฝึกอบรมและให้การศึกษาในวิชาการต่าง ๆ เพื่อพัฒนาบุคลากรในอุตสาหกรรมท่องเที่ยวด้วย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีอำนาจตามกฎหมายในการออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งในประเด็นนี้มีตุลาการฝ่ายข้างน้อยทำความเห็นแย้งไว้ว่า กรณีนี้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงในคดีนี้แต่อย่างใด[39]

4.3.2.2 รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด

การตรากฎนั้นจะต้องเป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างเช่น

1) การออกกฎกระทรวงกำหนดผังเมืองรวมกรุงเทพมหานครนั้นจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ตามที่ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 กำหนดไว้ โดยมีการวางและจัดทำผังเมืองรวมกรุงเทพมหานครโดยขออนุมัติต่อคณะกรรมการผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร และมีการประชุมคณะที่ปรึกษาผังเมืองกรุงเทพมหานคร มีการโฆษณาในหนังสือพิมพ์และวิทยุ มีการปิดประกาศเชิญชวนให้ประชาชนแสดงข้อคิดเห็นในการวางและจัดทำผังเมืองรวมให้ประชาชนทราบ มีการประชุมรับฟังข้อคิดเห็นของประชาชน มีการจัดส่งร่างผังเมืองรวมดังกล่าวไปให้กรมการผังเมืองเพื่อพิจารณาให้ข้อคิดเห็นและเสนอแนะแก้ไข มีการประชุมคณะกรรมการผังเมืองเพื่อพิจารณาผังเมืองรวม และมีการปิดประกาศให้ผู้มีส่วนได้เสียยื่นคำร้องขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือยกเลิกข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดินและจัดบรรยายให้ประชาชนได้รับทราบ ซึ่งการดำเนินการเพื่อออกกฎกระทรวงดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสอง มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 24 แห่ง พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 แล้วทุกประการ[40]

---

[39] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.15/2545

[40] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.17/2545

2) มาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญ กำหนดว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา และมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 บัญญัติว่าเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นสมควรกำหนดบริเวณที่ดินแห่งใดเป็นที่อยู่ของสัตว์ป่าก็ให้กระทำโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา โดยมีแผนที่แสดงแนวเขตแนบท้ายพระราชกฤษฎีกาด้วย บทบัญญัติมาตรา 33 ดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตรักษาพันธ์สัตว์ป่าได้ และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีฯ กำหนดให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้ส่งร่างพระราชกฤษฎีกาเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า การดำเนินการกำหนดเขตรักษาพันธ์สัตว์ป่าในกรณีนี้ได้ดำเนินการโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา และมีแผนที่แนวเขตแนบท้ายตลอดจนได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว จึงถือได้ว่ากระบวนการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ดำเนินการไปตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการที่กฎหมายกำหนดโดยชอบแล้ว[41]

4.3.2.3 ความชอบด้วยกฎหมาย

กฎจะต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ กฎนั้นจะต้องมีเนื้อหาภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ ซึ่งหลักกฎหมายที่ศาลจะนำมาประกอบการพิจารณาหรือหลักคิดในทางทฤษฎีที่ศาลนำมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นมีดังต่อไปนี้

1) หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย ทฤษฎีบริสุทธิ์ทางกฎหมายหรือทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Thèorie Pure du Droit หรือ Reine Rechtslehre) ของ Hans Kelsen เป็นทฤษฎีที่เห็นว่ากฎเกณฑ์ทั้งหลายในระบบกฎหมายมีที่มาจากกฎเกณฑ์สูงสุดหรือกฎเกณฑ์พื้นฐาน ที่เกิดจากการสมมติโดยแสดงถึงเหตุผลของความสมบูรณ์ของกฎเกณฑ์อื่น มีขึ้นเพื่อตอบคำถามที่เกี่ยวกับการตีความกฎเกณฑ์ทั้งหลายในระบบกฎหมายโดยปราศจากการอ้างอิงพระเจ้าหรือธรรมชาติ และเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ที่อธิบายถึงความสมบูรณ์ของการปกครองโดยกฎหมาย ดังนั้น การตรวจสอบความสมบูรณ์ของกฎเกณฑ์ทั้งหลายสามารถทำได้โดยการย้อนกลับไปว่ากฎเกณฑ์นั้นมีที่มาจากกฎเกณฑ์ใด ในระบบกฎหมายสามารถอธิบายได้โดยการสมมติกฎเกณฑ์พื้นฐานขึ้นมาอธิบายที่มาของกฎหมายทั้งหลาย และกฎเกณฑ์พื้นฐานดังกล่าวก็ได้สร้างความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย

กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งหลายจึงเกิดขึ้นได้เพราะมีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เหนือกว่าให้อำนาจ และเป็นเช่นนี้เรื่อยไปจนถึงกฎเกณฑ์สูงสุด คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่จัดตั้งองค์กรของรัฐทั้งหลาย และให้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์และใช้อำนาจระหว่างกัน

---

[41] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.3/2546

ก่อให้เกิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายย่อยขึ้นในระบบกฎหมายอย่างมากมาย เช่น กฎ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเหล่านี้ล้วนแต่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ได้รับอำนาจมาจากกฎเกณฑ์ที่มีลำดับสูงขึ้นไปทั้งสิ้น แม้ว่าระบบกฎหมายจะมีความหลากหลายของกฎเกณฑ์ดังกล่าว แต่ระบบกฎหมายก็จะมีเอกภาพและไม่ขัดกันเองเป็นอันขาด เพราะมีกลไกในการสร้าง เปลี่ยนแปลง หรือทำลายกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกันโดยการพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎเกณฑ์ที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า

2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง เป็นหลักที่มีความเชื่อมโยงกับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ด้วยเหตุว่าการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ อันเป็นองค์ประกอบของตัวแทนของประชาชน หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองแบ่งออกได้เป็น 2 หลัก คือ

(1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายถึงบทบัญญัติของกฎหมายย่อมมาก่อนการกระทำในรูปแบบอื่นของรัฐ ดังนั้น การกระทำของรัฐซึ่งหมายถึงการกระทำของฝ่ายปกครองจึงไม่อาจที่จะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หากการกระทำของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมายการกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย หมายถึงฝ่ายปกครองจะกระทำการใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) หลักความแน่นอนของกฎหมาย เป็นหลักที่เรียกร้องถึงความแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งการบัญญัติกฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือการตรากฎโดยฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย เพื่อให้ประชาชนสามารถทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนและเพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าการกระทำของตนจะไม่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย หลักความแน่นอนของกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 2 หลัก คือ

(1) หลักความชัดเจนของกฎหมาย หมายถึงการบัญญัติกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติและการตรากฎของฝ่ายปกครอง จะต้องมีความชัดเจนอย่างเพียงพอที่จะให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเอง แต่หลักการดังกล่าวก็ไม่ได้ห้ามที่จะบัญญัติถ้อยคำในทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจนและเงื่อนไขทั่วไป

(2) หลักคุ้มครองความสุจริต หมายถึงการเรียกร้องต่อฝ่ายปกครองในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งโดยหลักการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองถ้าผู้รับคำสั่งดังกล่าวเชื่อโดยสุจริตว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย เมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะแล้วเห็นควรคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งดังกล่าว ความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมได้รับการคุ้มครอง

กฎนั้นจะต้องมีเนื้อหาภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ ตัวอย่างเช่น

1) กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ห้ามออกเอกสารสิทธิในที่ดินบนเกาะทั่วประเทศ ซึ่งมิได้ห้ามออกโฉนดที่ดินและหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่เกาะทุกกรณี เพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์การออกโฉนดที่ดินและหนังสือรับรองการทำประโยชน์ โดยยึดหลักเกณฑ์คุณสมบัติของบุคคลและหลักเกณฑ์สภาพของที่ดินเพื่อเป็นหลักในการพิจารณา นอกจากนี้เจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวงดังกล่าวที่ต้องสงวนหวงห้ามพื้นที่เกาะมิให้ผู้หนึ่งผู้ใดบุกรุกเข้ายึดถือครอบโดยมิชอบ เนื่องจากเกาะเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินตามมาตรา 1309 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่จะต้องรักษาสงวนไว้เพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติมิให้ถูกทำลายไป อันเป็นประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และประมวลกฎหมายที่ดิน นอกจากนั้นยังสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนที่ว่ารัฐต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิโดยชอบของเอกชน ในขณะเดียวกันก็ให้ความคุ้มครองสิทธิของสาธารณะเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมให้รอดพ้นจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบของเอกชน ดังนั้น สาระสำคัญและเจตนารมณ์ในบทบัญญัติตามข้อ 14 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ฯ จึงไม่ขัดต่อสาระสำคัญและเจตนารมณ์แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และประมวลกฎหมายที่ดิน

โดยที่บทบัญญัติแห่งมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้บุคคลได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญโดยเสมอกันนั้น เป็นการวางหลักการให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยไม่ออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคแก่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน หรือออกหลักเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล ดังนั้น การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ฯ กำหนดให้การออกโฉนดที่ดินในที่เกาะมีหลักเกณฑ์และวิธีการที่ไม่เหมือนกับพื้นดินทั่วไป โดยใช้บังคับกับกรณีการครอบครองที่ดินที่เกาะที่ผู้ครอบครองยังมิได้มีหลักฐานแจ้งการครอบครองทุกแห่งเสมอเหมือนกัน มิได้มีการเลือกปฏิบัติกับผู้ครอบครองรายหนึ่งรายใดหรือเกาะหนึ่งเกาะใดเป็นการเฉพาะ กฎกระทรวงดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด[42]

2) ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่องกำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนใน

[42]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.18/2546

ท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานีภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้มากกว่ามาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับก่อน และแม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีมากกว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับก่อนก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 มาตรการใหม่ตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป แม้จะกระทบต่อรายได้จากการทำประมงของผู้ฟ้องคดีก็เป็นเพียงระยะเวลา 3 เดือน ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถนำเรือออกไปทำการประมงนอกพื้นที่ หรือใช้เครื่องมือทำการประมงอื่นที่ไม่ต้องห้าม หรือปรับเปลี่ยนเครื่องมือทำการประมงในระยะต้องห้าม ผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 สามารถลดมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เป็นจำนวนมาก จึงเห็นได้ว่าประกาศดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกประกาศโดยชอบแล้ว[43]

3) ผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 เนื่องจากเห็นว่าเป็นพระราชกฤษฎีกาที่มีผลบังคับที่ให้โทษเป็นการย้อนหลัง ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับวันบังคับใช้กฎหมายทั่วไปไม่ว่ากฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยปกติจะให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนหรือผู้อยู่ในบังคับภายใต้กฎหมายนั้นมีโอกาสทราบข้อความตามกฎหมายเป็นการล่วงหน้า แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายอาจจะกำหนดวันบังคับใช้เป็นอย่างอื่นได้ กล่าวคือ ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้ใช้บังคับย้อนหลัง ให้ใช้บังคับในอนาคต หรือให้ใช้บังคับเมื่อระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งล่วงพ้นไปแล้ว แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดวันใช้บังคับย้อนหลังกฎหมายนั้นต้องกำหนดวันบังคับใช้ให้ชัดเจนและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกี่ยวกับวันบังคับใช้ย้อนหลังนั้นมาตรา 32 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลานั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำผิดมิได้” แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำผิดทางอาญา ฉะนั้น เมื่อพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 กำหนดวันใช้บังคับย้อนหลัง

[43] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.51/2547

ไว้ชัดเจนและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงไม่เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[44]

จากกรณีตัวอย่างของคำพิพากษาศาลปกครองดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่ศาลปกครองนำมาพิจารณา ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น ดังนั้น คำว่า “การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย” จึงหมายถึงชอบด้วยกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายในทุกระดับ ไม่ได้จำกัดเฉพาะในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เท่านั้น

[44] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.8/2547

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง

มาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตรากฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดที่เกิดจากกฎย่อมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และกรณีที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีย่อมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในกรณีดังกล่าวนำเอานิยามความหมายของคำว่า “กฎ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรค 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ว่า “หมายความว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ ส่งผลให้เกิดปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ การกระทำทางปกครองเหล่านั้นศาลปกครองมีอำนาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตรากฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดที่เกิดจากกฎแล้ว ผู้เขียนพบว่ามีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเกิดขึ้นหลายประการ โดยจะขอนำเสนอถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นพร้อมแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวดังต่อไปนี้

5.1 ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปทางการเมือง จึงเกิดความไม่ชัดเจนว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรฝ่ายใด

กล่าวคือ เป็นองค์กรที่อยู่ในอำนาจบริหารหรือไม่ หรือเป็นองค์กรที่เป็นอำนาจที่สี่ซึ่งแยกออกจากองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ รวมถึงการกระทำขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการหรือไม่ หากอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลจะแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองอย่างไร

กรณีของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีปัญหา คือ ศาลใดเป็นศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นิยามความหมายของหน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ และกฎไว้ และในมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด อีกทั้งมาตรา 11 (2) บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่ากฎทั้งหมดที่กล่าวมาแล้วข้างต้นควรจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง แต่มีคำวินิจฉัยบางคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายที่ควรพิจารณาเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยผู้เขียนขอนำเสนอดังต่อไปนี้

5.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญจะเห็นว่า ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญใช้เกณฑ์องค์กรในการแบ่งเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง กล่าวคือ ในขณะนั้นมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับ แต่มาตรา 276 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ... ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น ส่วนองค์กรอิสระเป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ หมวด 6 ส่วนที่ 4 มิใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล จากการตีความของศาล

รัฐธรรมนูญดังกล่าวส่งผลให้เกิดปัญหา คือ หากเป็นกรณีการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง แต่หากกรณีองค์กรดังกล่าวมิได้อยู่ภายใต้กำกับดูแลของรัฐบาล แม้จะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองก็ตามจะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

จะเห็นได้ว่ามาตรา 276 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองไว้ไม่ชัดเจน เนื่องจากการตีความของคำว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” นั้น จะต้องตีความรวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 ซึ่งได้นิยามคำว่า “หน่วยงานราชการ” และ “หน่วยงานของรัฐ” ไว้ โดยจะพิจารณาจากบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้

บทบัญญัติมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แล้วแต่กรณี” เห็นได้ว่ามาตรา 198 บัญญัติแต่เพียงกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่องค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบมีทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง อีกทั้งก็มิได้บัญญัติจุดแบ่งแยกว่าศาลใดมีขอบเขตเพียงใด

5.1.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มีการพยายามแก้ไขปัญหากรณีดังกล่าว ซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาได้ในระดับหนึ่ง โดยการแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองโดยรวมถึงการดำเนินกิจการทางปกครองและองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วย แต่ก็มีข้อยกเว้นโดยไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดที่เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในบทบัญญัติมาตรา 226 มาตรา 226 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กร

ตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น”

ประกอบกับมีการแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน กรณีกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องดังกล่าวต่อศาลปกครองตามมาตรา 245 โดยบัญญัติว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณีดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามมาตรา 244 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาศาลปกครอง”

5.1.3 ร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ (7 สิงหาคม 2559)

เนื่องจากประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อมาอีกหลายฉบับ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ (7 สิงหาคม 2559) ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว โดยแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองโดยรวมการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระ ที่เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามมาตรา 197 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ

การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

ประกอบกับมีการแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน กรณีกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องดังกล่าวต่อ

ศาลปกครองตามมาตรา 231 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณีดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาศาลปกครอง”

คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 230 (2) ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ (7 สิงหาคม 2559) ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดแจ้งว่าหมายถึงหน่วยงานลักษณะใดและประเภทใดบ้าง ซึ่งอาจหมายความรวมถึงองค์กรกิสระตามรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจว่าจะอาศัยหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา อีกทั้ง กรณีดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะกรณีที่เป็นผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นประชาชนเสนอคำฟ้องด้วยตนเอง

จะเห็นได้ว่าการที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น จะต้องพิจารณาควบคู่กับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองจะต้องเป็นไปตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพิจารณานิยามของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” และ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวประกอบด้วย

5.1.4 วิเคราะห์ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำทางปกครองอาจเป็นผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจในทางปกครองตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐองค์กรตุลาการ องค์กรของรัฐองค์กรบริหาร องค์กรของรัฐองค์กรอิสระ หรือองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนก็ได้ และองค์กรอิสระเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีความเป็นอิสระและใช้อำนาจทางปกครอง เมื่อพิจารณาถึงอำนาจขององค์กรอิสระ ซึ่งโดยแท้จริงแล้วการใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญต่างก็เป็นการใช้อำนาจทางปกครองทั้งสิ้น อย่างน้อยที่สุดก็อำนาจในการบริหารงานบุคคลขององค์กร เช่น การแต่งตั้งหรือถอดถอนเจ้าหน้าที่ขององค์กร หรือการลงโทษทางวินัยต่อเจ้าหน้าที่ขององค์กร

ในกรณีดังกล่าวหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นย่อมถือว่าเป็นข้อพิพาทในคดีปกครอง ดังนั้น ไม่ว่ากาใช้อำนาจในทางปกครองจะเกิดขึ้นกับองค์กรใด โดยไม่จำต้องพิจารณาว่าหน่วยงานนั้นเป็นหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลหรือไม่ ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วการใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าวย่อมต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบได้เสมอ

การตรากฎขององค์กรอิสระเป็นอำนาจที่ช่วยทำให้ภารกิจหลักขององค์กรอิสระบรรลุวัตถุประสงค์ กล่าวคือ เป็นอำนาจในการกำหนดรายละเอียดให้ชัดเจนขึ้นจากกฎหมายแม่บท และอำนาจในการตรากฎดังกล่าวถือเป็นภารกิจลำดับรองขององค์กรอิสระ อีกทั้งการตรากฎขององค์กรอิสระก็เป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง เมื่อมีข้อพิพาทในลักษณะทางปกครองดังกล่าว หากบุคคลผู้ได้รับผลกระทบประสงค์จะฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล กรณีบุคคลดังกล่าวจะฟ้องร้องต่อศาลใด เมื่อองค์กรอิสระไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง เนื่องจากมิได้อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล และไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจเขตศาลรัฐธรรมนูญตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทในทางปกครองเป็นการทั่วไป และเฉพาะที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลอื่นเท่านั้นจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ดังนั้น เมื่อเป็นข้อพิพาทในทางปกครองและไม่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น กรณีข้อพิพาททางปกครองดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ประกอบกับเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อมุ่งตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองหรืออำนาจมหาชนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรของรัฐ หากศาลตีความว่าการใช้อำนาจในทางปกครองขององค์กรอิสระไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง และวินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวด้วย จะเป็นการตีความในทางที่เป็นการขยายอำนาจเขตศาลรัฐธรรมนูญโดยมิได้พิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาพิพากษาในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ และเป็นการให้เหตุผลในเชิงปฏิเสธอำนาจของศาลอื่นเท่านั้น

เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เกิดจากการตรากฎที่เป็นการใช้อำนาจในทางปกครองขององค์กรอิสระซึ่งไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ให้อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ด้วยเหตุนี้ในทางวิชาการจึงมีการให้คำนิยามของ “ฝ่ายปกครอง” ไว้ในความหมายอย่างกว้างเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย โดยให้หมายความรวมถึงองค์กรอิสระในกรณีที่ใช้อำนาจทางปกครองด้วยเช่นกัน แต่เป็นฝ่ายปกครองที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการใช้อำนาจในลักษณะใด กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่าการกระทำใดขององค์กร

อิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจทางรัฐธรรมนูญ หากมีข้อพิพาทข้อพิพาทดังกล่าวย่อมเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ และการกระทำใดเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หากมีข้อพิพาทข้อพิพาทดังกล่าวย่อมเป็นข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งการพิจารณาว่าคดีใดจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ควรอาศัยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

1) เกณฑ์ในทางรูปแบบ เป็นเกณฑ์ที่สะท้อนความสัมพันธ์ในเชิงองค์กร ซึ่งมิได้หมายความว่าองค์กรที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลแล้ว การกระทำขององค์กรดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองเสมอ

2) เกณฑ์ในทางเนื้อหา เป็นเกณฑ์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณา เนื่องจากเป็นการพิจารณาจากการกระทำขององค์กรนั้น ๆ ว่าเป็นการใช้อำนาจในลักษณะใด เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่

การตีความเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครอง โดยพิจารณาแต่เพียงรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติรับรองไว้เป็นการตีความตามตัวอักษรเท่านั้น โดยมิได้ทำการพิจารณาถึงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย เหตุที่ต้องพิจารณาควบคู่กันนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดในทุกเรื่องไว้ในรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมด จึงต้องมีพระราชบัญญัติเพื่อเป็นการกำหนดรายละเอียดให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

โดยในการแบ่งเขตอำนาจศาลระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองจะพิจารณาจากลักษณะขององค์กรอย่างเดียวไม่ได้ เพราะหากพิจารณาแต่เฉพาะสถานะขององค์กรมาเป็นข้อสรุปเรื่องเขตอำนาจศาลเพียงประเด็นเดียว ย่อมส่งผลให้ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อพิพาททางปกครองประเภทหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของเขตศาลสองศาล ซึ่งการตรวจสอบที่มาของอำนาจในการกระทำนั้นว่ากระทำโดยอาศัยอำนาจใด และการรู้ที่มาของการใช้อำนาจนั้นจะทำให้สามารถวินิจฉัยเขตอำนาจของศาลได้ จึงต้องพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจเป็นหลักหรือที่มาของอำนาจในการตรากฎหมายนั้น กล่าวคือ หากกฎหมายนั้นตราโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เมื่อมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ และหากเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือกฎหมายนั้นตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติโดยไม่ว่าองค์กรนั้นจะเป็นองค์กรใดหรือเรียกชื่อว่าองค์กรอะไร เมื่อมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจทางปกครองย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง เช่น องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญตรากฎ เมื่อมีปัญหาว่ากฎนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ และเมื่อมีปัญหาว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติตรากฎและกฎนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กรณีย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง มิฉะนั้นจะไม่มีองค์กรใดสามารถตรวจสอบการกระทำของ

องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญได้เลย และเมื่อตรวจสอบไม่ได้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก็จะกลายเป็นอำนาจอธิปไตยที่สี่ ซึ่งขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยและขัดต่อหลักการพื้นฐานในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ อีกทั้งยังเป็นการยกเว้นสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่จะสามารถใช้สิทธิในทางศาลในการฟ้องร้ององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงไม่ควรมีความพิเศษแบ่งแยกออกจากองค์กรบริหารและเป็นอำนาจที่เบ็ดเสร็จ

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐที่วางอยู่บนหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐ ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องถูกควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในการปฏิบัติภารกิจของตนได้เสมอไม่โดยทางใดก็ทางหนึ่ง ทั้งนี้ก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง และทำให้การปฏิบัติภารกิจของรัฐเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น แม้การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนใหญ่ แต่การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทเช่นเดียวกับการตรากฎของฝ่ายปกครองและมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง

จากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นปัญหาในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และส่งผลกระทบอย่างน้อย 2 ประการ คือ

1) กฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง กล่าวคือ จะส่งผลให้กฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการกระทำหรือการใช้อำนาจในทางปกครองของ ที่ควรจะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองกลับไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จะไม่มีศาลใดสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญได้เลย

2) ระบบการควบคุมเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้ระบบของศาล 2 ระบบ กล่าวคือ จะส่งผลให้กฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอันเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง กรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอันเป็นข้อพิพาททางปกครองเกิดขึ้น จะทำให้มีระบบศาล 2 ระบบที่มีเขตอำนาจสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญได้ คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับลักษณะสำคัญของการเป็นกฎที่ว่า “เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย ‘ฝ่ายปกครอง’” นั้น กฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงมีความหมายเป็นอย่างเดียวกับกฎของฝ่ายปกครองตามบทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นไปตามลักษณะของการเป็นกฎที่ว่า “เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย ‘ฝ่ายปกครอง’” ประกอบกับนิยามของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” และ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจึงควรสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง

5.2 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวพันกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

สถานะทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เป็นประเด็นเกี่ยวกับปัญหาพื้นฐานในทางกฎหมายปกครองหลายประการ กล่าวคือ เมื่อมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีสถานะเป็นกฎ และเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายแล้ว จึงมีข้อที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับลำดับชั้นระหว่างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่เป็นกฎกับกฎตามที่นิยามไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งในกรณีที่มีความขัดแย้งกันจะถือว่าสิ่งใดอยู่ในสถานะที่สูงกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีฐานะเป็นกฎ กับกฎที่ตราโดยฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป นอกจากนี้หากเป็นมาตรการภายในที่มีลักษณะเป็นกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี กรณีจะฟ้องโต้แย้งจะต้องฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเช่นเดียวกับการฟ้องโต้แย้งกฎที่ได้รับมอบอำนาจมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไปที่ตราโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีหรือไม่

จากการพิจารณาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองในคดีที่ฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น มีประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณาว่ากฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองมีความหมายอย่างไร แม้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นิยามความหมายของกฎไว้ แต่จากการตีความของศาลปกครองในคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ มีคำวินิจฉัยบางคำวินิจฉัยถึงความหมายของกฎที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่

แจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อปฏิบัติตามมีลักษณะเป็นกฎ ย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองถือว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวมีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกโดยตรงและโดยที่ไม่ต้องมีกฎหมายแม่บทเป็นฐานอำนาจ จึงมีประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณาว่ากฎจำเป็นจะต้องมีกฎหมายแม่บทเป็นฐานอำนาจในการตราหรือไม่ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครองถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นที่มีความคิดเห็นแตกต่างกันแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า “แหล่งที่มาของกฎหมาย” ย่อมจำกัดเฉพาะกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ฝ่ายที่สองเห็นว่า มาตรการภายในของฝ่ายปกครองก็เป็นกฎเกณฑ์ที่วางปทัสถานทางกฎหมายเช่นกัน มีผลโดยตรงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐและมีผลในทางอ้อมกับบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายที่ควรพิจารณาเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยผู้เขียนขอนำเสนอดังต่อไปนี้

5.2.1 ประเทศอังกฤษ

กฎ ปัจจุบันองค์กรบริหารของอังกฤษจะมีอำนาจตรากฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา ซึ่งเรียกกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบริหารนี้ว่า Delegated Legislation และมีฐานะเป็นกฎ (Secondary Legislation) ดังนั้น กฎหมายขององค์กรบริหารจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายของรัฐสภา ที่ถือเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme Legislation) หรือกฎหมายลำดับต้น (Primary Legislation) ได้ และวัตถุประสงค์ของการตรากฎก็มีขึ้นเพื่อบังคับใช้กฎหมายของรัฐสภา เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่จัดให้มีการมอบอำนาจ และศาลมักจะใช้หลักคอมมอนลอร์บางหลักควบคุม เช่น หลักจะตรากฎไม่ได้ถ้าพระราชบัญญัติไม่ได้มอบอำนาจไว้โดยชัดแจ้ง

สำหรับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ในทางปฏิบัติไม่ใช่สิ่งใหม่ แต่เกิดขึ้นพร้อมกับสถาบันในสมัยศตวรรษที่ 19 มีการใช้คำว่า “กฎหมายที่คล้ายกับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ” (Quasi-Legislation) เพื่ออธิบายถึงกฎเกณฑ์ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองได้ออกกฎเกณฑ์ขึ้นเองโดยมีลักษณะเช่นเดียวกับเป็นกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ แม้ฝ่ายปกครองจะไม่ได้รับมอบอำนาจที่จะออกกฎเกณฑ์ดังกล่าว ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจที่จะออกกฎเกณฑ์หรือกำหนดนโยบาย เพื่อเป็นการจัดการภายในองค์กร (Internal Management) หรือแนวทางในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง สถานะทางกฎหมายที่แน่นอน (The Precise Legal) ของกฎเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่ชัดเจนว่าเป็นอะไร ซึ่งไม่ใช่กฎหมายในความหมายของการมอบอำนาจนิติบัญญัติ และไม่เป็นกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ (Legislation) ไม่ว่าด้วยประการใดทั้งสิ้น เส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่างกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติกับกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองนั้น ยังไม่ชัดเจนและคลุมเครือ แต่กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้รับการปฏิบัติตามเสมือนว่าเป็นตัวบทกฎหมาย แต่กฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจได้รับการปฏิบัติตามเช่นเดียวกับเป็นพระราชบัญญัติได้ หากเจ้าหน้าที่วินิจฉัยสั่งการโดยไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่

กำหนดไว้ ซึ่งศาลไม่ได้อธิบายว่าเพราะเหตุใดในบางกรณีจึงถือว่ากฎเกณฑ์นั้นมีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ แต่ในบางกรณีไม่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติจึงไม่เป็นที่ประหลาดใจเลยที่มีผู้เรียกกฎเกณฑ์เหล่านี้ว่า “เป็นสิ่งที่ยากมากที่จะแบ่งประเภทหรือจำแนกแยกแยะ” (Very Difficult to Categories or Classify) และเป็นการผสมผสานกันที่ค่อนข้างแปลกระหว่างการให้ข้อมูลและการอธิบายกระบวนการในการบริหาร (A Curious Amalgam of Information and Description of Executive Procedures)

5.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

กฎ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 อำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารได้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติของรัฐสภาและกฎเกณฑ์ขององค์กรบริหาร ให้สอดคล้องกับวิวัฒนาการของการปฏิบัติและสภาพการเมืองการปกครองที่เป็นจริงในการรับผิดชอบภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ ได้ลดอำนาจของรัฐสภาในการบัญญัติกฎหมายและเพิ่มบทบาทให้องค์กรบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นหลัก โดยบัญญัติเขตอำนาจการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา เขตอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารและรับรองอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารไว้อย่างกว้างขวาง ยกเว้นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเขตอำนาจการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น (Le Domaine de la Loi) ที่รัฐสภามีอำนาจบัญญัติรัฐบัญญัติได้แต่เพียงผู้เดียว แต่รัฐสภาจะบัญญัติเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐสภาไม่ได้เช่นกัน

สำหรับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แนวความคิดทั่วไปถือว่าคำสั่งหรือมาตรการเหล่านี้ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจก่อความเสียหายได้โดยตรง โดยปกติไม่อาจถูกโต้แย้งได้โดยประชาชน (Administré) แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการ ข้าราชการจะต้องปฏิบัติตามโดยเหตุผลของหน้าที่ในการเชื่อฟังการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น (Devoir d’ Obeisance Hiérarchique) และถ้าหนังสือเวียนก่อให้เกิดผลใดขึ้นมา ข้าราชการก็ไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้ เพราะจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ เหตุผลเหล่านี้คือคำอธิบายว่าเหตุใดหนังสือเวียนจึงไม่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป แต่เป็นการยากที่จะอธิบายว่าคำสั่งเหล่านี้ไม่อาจสร้างความเสียหายได้ ที่จริงเป็นการสร้างเหตุผลเพื่ออ้างเหตุไม่รับฟ้องเพิกถอนคำสั่งเหล่านี้ หรือไม่รับฟ้องฐานละเมิดคำสั่งภายใน ซึ่งมาตรา 1 แห่งกฤษฎีกาลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 บัญญัติว่า “ผู้มีส่วนได้เสียทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะอ้างอิงหรือยก คำสั่ง (Instructions) แนวปฏิบัติ (Directives) และหนังสือเวียน (Circulaires) ที่ได้มีการประกาศโฆษณาแล้วตามสมควรขึ้นใช้ยันกับฝ่ายปกครองได้ ในกรณีที่เอกสารเช่นว่านั้นไม่ขัดต่อรัฐบัญญัติ (Lois) และกฎเกณฑ์ (Réglements)” ส่งผลให้ประชาชนมีสิทธิที่จะยกมาตรการดังกล่าวที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นอ้างอิงกับฝ่ายปกครอง หรือศาลปกครอง เพื่อโต้แย้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่ไม่สอดคล้อง หรือเพื่อเรียกร้องว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่กำลังจะออกมานั้น จะต้อง

เป็นไปโดยไม่ขัดแย้งกับมาตรการดังกล่าว คำพิพากษาในเรื่องนี้มีจุดยืนค่อนข้างยืดหยุ่น แต่เมื่อมาตรการเหล่านี้ทำความเสียหายให้กับสถานะทางกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องแล้ว ศาลปกครองมักจะถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไปและอาจฟ้องเพิกถอนได้ (CE. 19 Mars. 1952, Veillard R. 169) และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มเติมกฎเกณฑ์บางอย่างที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติมีลักษณะเป็นกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือกฎ อย่างไรก็ตาม ลักษณะความสำคัญระหว่างการบัญญัติกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติและการตรากฎหมายขององค์กรบริหารดังกล่าวนี้ เป็นลักษณะเฉพาะที่มีอยู่ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผลมาจากวิวัฒนาการทางการเมืองการปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่รับรองอำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ

5.2.3 ประเทศเยอรมัน

กฎ ประเทศเยอรมันไม่ยอมรับให้องค์กรบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง องค์กรบริหารจะสามารถตรากฎหมายบังคับใช้กับประชาชนได้แต่เพียงเท่าที่กฎหมายของ องค์กรนิติบัญญัติที่มาจากรัฐสภามอบอำนาจให้กระทำได้ หรือกรณีที่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ (Basic Law, Grundgesetz) กำหนดไว้เท่านั้น และรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้วางข้อจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติที่จะสามารถมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของตนให้แก่ฝ่ายปกครอง

สำหรับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับหลักเกณฑ์ประเภทหนึ่งที่มีความแตกต่างในเรื่องของฐานะทางกฎหมายแตกต่างไปจากกฎ คือ คำสั่งหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschrift) ซึ่งเป็นการวางระเบียบ กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ออกโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ เป็นอำนาจที่องค์กรบริหารมีอยู่ในตนเองในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในฝ่ายปกครองเองจึงไม่มีผลกระทบโดยตรงกับประชาชน ดังนั้น ระเบียบ กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎ ผลทางกฎหมายของระเบียบภายในของฝ่ายปกครองนั้น มีผลผูกพันต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ใต้บังคับบัญชา แต่สำหรับบุคคลทั่วไปแล้วระเบียบภายในของฝ่ายปกครองมิได้ก่อให้เกิดสิทธิ หรือหน้าที่ต่อประชาชนแต่อย่างใด รวมทั้งมิได้มีผลผูกพันต่อศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม กรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองของเยอรมันมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายข้างมากเห็นว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองสามารถถูกตรวจสอบได้ (BVerwGE 58, 45, 49) ส่วนฝ่ายข้างน้อยเห็นว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่สามารถถูกตรวจสอบได้ (Ossenbühl, DVBI. 1969, 566; Hill, NVwZ 1989, 410; Differenzierend Wahl NVwZ 1991, 417; Erbguth, DVBI. 1989, 473)

5.2.4 ประเทศไทย

กฎ เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่องค์กรบริหารที่มีฐานะเป็นฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจมาจากองค์กรนิติบัญญัติให้ตรากฎเกณฑ์ที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในรายละเอียดที่ต้องปฏิบัติตาม ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติบัญญัติไว้ โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ว่า “หมายความว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

สำหรับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ระบบกฎหมายไทยยอมรับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเองโดยอาศัยอำนาจทางบริหารหรืออำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชา เพื่อจัดระเบียบภายในของฝ่ายปกครองหรือกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานหรือวางกรอบในการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เป็นเรื่องความสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา เป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามอาจจะต้องรับโทษทางวินัย แต่ไม่มีผลทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง เพราะโดยตัวของมันเองยังไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ประกอบกับเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้จึงไม่อาจมีผลใช้บังคับกับประชาชนซึ่งเป็นบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองได้ จึงส่งผลให้การกระทำเหล่านี้ไม่อาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนได้ เพราะโดยหลักแล้วไม่ส่งผลทางกฎหมายใดทั้งสิ้น

5.2.5 วิเคราะห์ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวพันกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎที่สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ระบุเหตุแห่งการฟ้องคดีไว้ในตอนท้ายว่า “(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ ... เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ ... หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ...” ย่อมแสดงให้เห็นว่า “กฎ” ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ย่อมเป็นกฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป และจะต้องเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทาง

ปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพียงแต่มีข้อแตกต่างกันในส่วนของผลบังคับ คือ การบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้แก่ผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎในส่วนท้ายที่กล่าวว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นนามธรรมของกฎ และส่วนที่กล่าวว่า “ไม่ใช้บังคับแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการบังคับทั่วไปของกฎ ทั้งนี้ เพื่อเปรียบเทียบและแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น กล่าวคือ กฎมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ส่วนคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดและหรือกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่ฐานอำนาจในการตรา “กฎ” และการออก “คำสั่งทางปกครอง” ย่อมจะต้องมีฐานเดียวกัน คือ อำนาจตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณานิยามของคำว่า “กฎ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรค 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำนิยามดังกล่าวได้เรียงลำดับของกฎตามลำดับความสำคัญหรือตามลำดับชั้นของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎ โดยเริ่มต้นตั้งแต่พระราชกฤษฎีกาซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวงซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีศักดิ์เท่าพระราชบัญญัติและมีระเบียบปฏิบัติของทางราชการกำหนดเพิ่มเติมว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะออกกฎกระทรวงได้ ประกาศกระทรวงซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีศักดิ์เท่าพระราชบัญญัติ ข้อบัญญัติท้องถิ่นซึ่งสภาท้องถิ่นเป็นผู้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ส่วนระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นในคำนิยามดังกล่าวย่อมจะต้องมีลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎสี่ประเภทแรก กล่าวคือ มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง

ศาลปกครองจะอาศัยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นกฎหรือไม่ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของ “กฎ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ว่า “...หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” อย่างเดียวก็มีลักษณะเป็นกฎแล้ว โดยไม่ได้พิจารณาว่ากฎนั้นได้ตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งไม่เพียงพอ กล่าวคือ ศาลปกครองไม่ได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีของการเป็นกฎประกอบด้วย เนื่องจากจะเป็นการแสดงให้เห็นว่า “กฎ” ย่อมหมายถึง กฎและมาตรการภายในของ

ฝ่ายปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และถ้ายึดถือตามความหมายดังกล่าวมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปย่อมมีสถานะเช่นเดียวกับกฎ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ โดยที่ไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีสถานะเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายในลำดับเดียวกับกฎ ซึ่งถือว่าเป็นการขยายความความหมายของคำว่า “กฎ” โดยศาลปกครอง และตามหลักการตีความกฎหมายความในตอนท้ายของคำนิยามของ “กฎ” ที่ว่า “...หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จะต้องตีความให้สอดคล้องกับความในตอนต้นของนิยามที่ว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ...” ซึ่งเป็นกฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ โดยจะตีความตอนท้ายของคำนิยามของ “กฎ” เป็นเอกเทศหรือขัดแย้งกับความในตอนต้นของคำนิยามเดียวกันจึงไม่ถูกต้อง เนื่องจากมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่มีผลใช้บังคับภายในฝ่ายปกครอง ยังไม่มีผลใช้บังคับออกไปภายนอกฝ่ายปกครองหรือยังไม่กระทบสิทธิประชาชนและมิได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย

ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และลักษณะของคดีที่อยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั้น ต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงนั้นได้ปรากฏว่าการกระทำทางปกครองออกมามีผลบังคับใช้หรือมีผลกระทบต่อประชาชนแล้ว กล่าวคือ กฎจะต้องเป็นสิ่งที่มีผลบังคับใช้หรือมีผลกระทบต่อประชาชนแล้ว การที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่เป็นหนังสือเวียนหรือแนวทางปฏิบัติมีลักษณะเป็นกฎที่ศาลปกครองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น เป็นการวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะของศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครอง และเป็นการควบคุมแบบแก้ไข ซึ่งกรณีดังกล่าวสามารถเทียบเคียงได้จากกระบวนการในการทำคำสั่งทางปกครองในส่วนของการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเป็นขั้นตอนการเตรียมการก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางปกครอง

นอกจากนี้จากการศึกษาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น จะเห็นได้ว่าศาลปกครองได้กำหนดประเด็นในเนื้อหาของคดีดังกล่าวไว้หลายประเด็น ซึ่งประเด็นสำคัญที่ศาลปกครองมักจะยกขึ้นมาพิจารณาเสมอ คือ “กฎตราขึ้นโดยมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่” ซึ่งในคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองนั้น ศาลจะพิจารณาว่ากฎที่ตราโดยฝ่ายปกครองเป็นกฎที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือไม่ ดังนั้น กรณีของคำสั่งหรือคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นอาจเกิดปัญหาขึ้นได้เมื่อมีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลปกครองว่ากฎนั้นตราโดยได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือไม่ และศาลปกครองจะอาศัยเหตุผลใดมาอ้างเป็นฐานในการตรวจสอบการ

ใช้อำนาจในการตรากฎของฝ่ายปกครอง กรณีจะอ้างเหตุผลว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจในการตรากฎโดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ก็จะเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองโดยผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจบังคับบัญชาของตนกำหนดแนวปฏิบัติทางราชการหรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเพื่อใช้บังคับกับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนนั้น เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาโดยแท้ และการที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่ามาตรการ ภายในของฝ่ายปกครองที่เป็นหนังสือเวียนหรือแนวทางปฏิบัติเป็นกฎที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ย่อมเป็นการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา ที่ผู้บังคับบัญชามีดุลพินิจในการกำหนดแนวปฏิบัติทางราชการ กล่าวคือ ศาลปกครองเข้าไปเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์หรือแนวทางในการปฏิบัติงานภายในฝ่ายปกครองเสียเองโดยทางอ้อม

กรณีมีประเด็นที่ควรพิจารณาต่อมาว่ากฎบางประเภทที่ฝ่ายปกครองตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ แต่เป็นกฎหมายที่กำหนดให้เป็นอำนาจในการรักษาการทั่วไปให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ หรือเป็นการกำหนดแต่เพียงหลักการไว้โดยไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติว่าหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการอย่างไร และมิได้มีการมอบอำนาจให้องค์กรบริหารไปตรากฎเพื่อกำหนดวิธีปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว มาอ้างเป็นฐานทางกฎหมายในการตรากฎมาบังคับใช้กับประชาชน และศาลปกครองยอมรับว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎเช่นกัน เช่น เมื่อพิจารณาตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ประกอบกับความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายมีอำนาจและหน้าที่กำกับโดยทั่วไปซึ่งกิจการของการท่องเที่ยวฯ และความในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งบัญญัติให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัติ การยกเว้นค่าธรรมเนียมและการกำหนดกิจการอื่น เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ เห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับรวมทั้งมีอำนาจหน้าที่กำกับโดยทั่วไปซึ่งกิจการของการท่องเที่ยวฯ จึงมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในเรื่องการดำเนินการส่งเสริมการประกอบอาชีพของคนไทยในอุตสาหกรรมท่องเที่ยว โดยร่วมมือดำเนินการในการฝึกอบรมและให้การศึกษาในวิชาการต่าง ๆ เพื่อพัฒนาบุคลากรในอุตสาหกรรมท่องเที่ยวด้วย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีอำนาจตามกฎหมายในการออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าว และเสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดฯ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 15/2545) ในกรณีดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการใด ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนได้นั้น นอกจากจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจนั้น

จะต้องกำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งว่าให้ฝ่ายปกครองกระทำการในเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนในเรื่องใด และผู้รักษาการตามกฎหมายนั้นจะต้องตรากฎเพื่อที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจตรากฎที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนโดยอาศัยบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจในการรักษาการเป็นการทั่วไปได้ ดังนั้น การพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดในทางกฎหมายมีลักษณะเป็นกฎ ไม่ได้พิจารณาเฉพาะว่ากฎนั้นตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทเท่านั้น จะต้องพิจารณาว่าการมอบอำนาจในกฎหมายแม่บทดังกล่าวต้องเป็นการมอบอำนาจที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง และบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายขึ้นมาเพื่อให้อำนาจรักษาการเป็นการทั่วไปของผู้รักษาการตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ และใช้บังคับภายในฝ่ายปกครองเท่านั้นหรือไม่ กรณีเช่นนี้กฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่มีลักษณะทางกฎหมายเป็นกฎ และไม่อาจเป็นที่มาของกฎหมายที่ฝ่ายปกครองจะใช้อ้างอิงได้

มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง หากพิจารณาในแง่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจ คือ ฝ่ายปกครองออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจในทางบริหารหรืออำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชา มิได้อาศัยอำนาจในทางนิติบัญญัติ และจากเนื้อหาสาระของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้น จะเห็นได้ว่ามิได้เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปดังเช่นกฎ หากแต่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่เท่านั้น แต่ผลผูกพันภายนอกฝ่ายปกครองนั้นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองอาจมีผลต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจำนวนมากได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่มีต่อบุคคลภายนอก ซึ่งในทางข้อเท็จจริงแล้วมาตรการภายในของฝ่ายปกครองย่อมมีผลโดยอ้อมต่อบุคคลภายนอก แต่ก็เป็นการมีผลผูกพันโดยอ้อมเท่านั้น

เมื่อมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีสถานะเป็นกฎ และเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายแล้ว จะเป็นการมอบอำนาจอย่างกว้างขวางเหมือน “เช็คเปล่า” กล่าวคือ การตรากฎของฝ่ายปกครองเมื่อไม่ต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ผลก็จะเป็นว่าฝ่ายปกครองสามารถตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นบังคับใช้ได้เอง ในเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมอบอำนาจหรือกำหนดกฎเกณฑ์เป็นกรอบไว้ และหากอำนาจรัฐเป็นไปโดยไม่มีข้อจำกัดรัฐก็จะทำอะไรก็ได้ตามอำเภอใจสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะถูกก้าวก่ายลิดรอนโดยอำนาจรัฐ เพื่อไม่ให้ฝ่ายปกครองเลี่ยงไปออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ไม่เป็นทางการแทนการตรากฎ เช่น กรณีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2507 ที่ให้ออกกฎทบวงได้ทุกเรื่องโดยไม่มีขอบเขต ลักษณะการมอบอำนาจแบบให้กำหนดหลักการเองได้นี้ ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการควบคุมสิ่งเหล่านี้ไม่ให้ขัดกับกฎหมายแม่บทเป็นอย่างมาก และถ้ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายประเภทที่ไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บทก็มีผลใช้บังคับได้ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับกลาง จึงมีปัญหาว่าสมควรจะเป็น

เรื่องรายละเอียดที่เป็นงานประจำหรือไม่ เพราะถ้าเป็นเรื่องนโยบายเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับกลางไม่น่าจะมีอำนาจกำหนด แต่ในทางปฏิบัติกฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 กฎหมายว่าด้วยป่าไม้หรือป่าสงวนแห่งชาติ มักให้ออกเป็นระเบียบที่อธิบดีกำหนดทั้งที่เป็นเรื่องนโยบาย การมอบอำนาจเช่นนี้จะก่อให้เกิดปัญหาในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเหล่านี้ และไม่ต้องตามหลักการปกครองระบบรัฐสภาเท่าใด ซึ่งผู้ออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำเช่นนั้น

การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” นอกจากการที่กฎจะต้องเป็นกรณีที่ตราโดยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นไปมอบอำนาจ แต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นกรณีที่ออกโดยอาศัยอำนาจทางบริหารหรืออำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชา และความแตกต่างที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ กฎจะต้องมีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ในขณะที่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่มีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งการมีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง การมีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง บุคคลภายนอกหมายความถึงเฉพาะแต่ประชาชน ไม่หมายความรวมถึงข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพ สิทธิ หรือเจ้าหน้าที่ที่มีต่อหน่วยงาน ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ

กรณีที่สอง การมีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง บุคคลภายนอกฝ่ายปกครองนอกจากหมายถึงประชาชนแล้วยังหมายความรวมถึงข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย กรณีที่เป็นสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งความแตกต่างระหว่างการสั่งการที่มีผลกระทบต่อสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการและการสั่งการภายในฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการนั้น คือ การสั่งการที่มีผลกระทบต่อสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการเป็น “ความสัมพันธ์พื้นฐาน” มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก กระทบถึงสิทธิของข้าราชการในฐานะส่วนตัว มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น การสั่งเลื่อนระดับ การสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการ ในขณะที่การสั่งการภายในฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่นั้นเป็น “ความสัมพันธ์ในทางการงาน” ไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก ไม่กระทบสิทธิข้าราชการในฐานะส่วนตัว และไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น ระเบียบคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานซึ่งข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตาม มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกหรือสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกของกฎสามารถเปรียบเทียบได้กับกรณีนิติกรรมทางปกครองของเยอรมัน ที่คำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก อันเป็นการกำหนดขอบเขตระหว่างเสรีภาพประชาชนและฝ่ายปกครองว่ากรณีใดเป็นการก้าวไปสู่ขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของ

ประชาชน กรณีความสัมพันธ์ในทางการงาน เป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานซึ่งข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตาม ไม่ใช่ในฐานะส่วนตัว สถานภาพทางกฎหมายในฐานส่วนตัวของข้าราชการผู้นั้นจึงยังไม่ถูกกระทบกระเทือน ระเบียบคำสั่งในทางการงานจึงไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก มาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น และจะฟ้องโต้แย้งคำสั่งนั้นไม่ได้ เนื่องจากเป็นเรื่องการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่วนกรณีความสัมพันธ์พื้นฐาน เป็นนิติกรรมในการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งความสัมพันธ์พิเศษกับรัฐ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานนี้ ถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปยังภายนอก กระทบสิทธิของข้าราชการในฐานะส่วนตัว คำสั่งดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครอง ข้าราชการผู้ถูกกระทบสิทธิอาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งต่อศาลได้ ซึ่งความสัมพันธ์ในฐานะนี้จัดเป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน ดังนั้น ความมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกของกฎจึงหมายความว่ามีผลโดยตรงไปสู่ประชาชน และรวมถึงมีผลโดยตรงไปสู่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่เป็นความสัมพันธ์พื้นฐานด้วย

ส่วนการฟ้องคดีเกี่ยวกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้น จะเห็นได้ว่าศาลปกครองสามารถตรวจสอบมาตรการภายในของฝ่ายปกครองในทางอ้อมได้อยู่แล้ว ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า “เมื่อผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” โดยการตรวจสอบในฐานะที่เป็นการกระทำอื่นตามมาตรา 9 (1) ในกรณีที่มีผลกระทบต่อประชาชนหรือเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัว เช่น โดยการตรวจสอบคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง ในกรณีที่มีการออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครองและต่อมามีการปฏิบัติตามมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าว โดยการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ในกรณีนี้จะต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นวัตถุแห่งคดีเสมอ เพราะหากถือว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นวัตถุแห่งคดีแล้ว การฟ้องคดีย่อมไม่นำไปสู่การแก้ไขเยียวยาผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด หากกำหนดวัตถุแห่งคดี คือ มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เมื่อพิจารณามาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวว่าชอบด้วยกฎหมายคดีก็เป็นอันยุติ เพราะแม้ศาลปกครองจะสั่งเพิกถอนมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวก็ไม่มีผลถึงคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหมายถึงคำสั่งทางปกครองนั้นยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ต่อไป ในทางกลับกันถ้าถือว่าวัตถุแห่งคดี คือ คำสั่งทางปกครอง แม้คำสั่งทางปกครองจะสั่งโดยอาศัยมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ชอบด้วย

กฎหมาย แต่ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวขัดกับหลักการพื้นฐานของการกระทำทางปกครองศาลก็สามารถพิพากษาเพิกถอนได้ และหากศาลพิพากษาว่าคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองนั้นได้สั่งโดยอาศัยมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ไม่สอดคล้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมาเป็นฐานในการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองนั้น และจะส่งผลให้คำสั่งหรือการกระทำทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ซึ่งเท่ากับว่าการที่ฝ่ายปกครองจะอาศัยมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ศาลเคยวินิจฉัยแล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายมาประกอบการวินิจฉัยหรือสั่งการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองในกรณีที่ข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันอีกไม่ได้ เนื่องจากจะส่งผลให้คำสั่งหรือการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

จากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองดังกล่าวเป็นปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวพันกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ซึ่งส่งผลกระทบอย่างน้อย 5 ประการ คือ

1) ทำให้ข้อความคิดในเรื่องของความแตกต่างทางกฎหมายระหว่าง “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ไม่แตกต่างกันในระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ จะส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนชัดเจนในการพิจารณาว่าการกระทำหรือการใช้อำนาจในลักษณะใดเป็นกฎที่อยู่เขตอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง หรือการกระทำในลักษณะใดเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

2) ทำให้ปริมาณคดีในศาลปกครองเพิ่มขึ้น กล่าวคือ หากศาลปกครองยึดถือการตีความตามแนววินิจฉัยดังกล่าว ที่ว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เช่น หนังสือเวียนเป็นกฎ ย่อมส่งผลให้ปริมาณคดีในศาลปกครองเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากในการบริหารราชการแผ่นดินนั้นฝ่ายปกครองได้ออกหรือกำหนดวิธีการในการปฏิบัติราชการในรูปแบบของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เช่น หนังสือเวียน หรือแนวปฏิบัติ โดยมีปริมาณมากกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายและกฎมาก

3) เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ศาลเข้าไปก้าวล่วงการใช้อำนาจขององค์กรบริหารซึ่งเท่ากับศาลเข้าไปใช้อำนาจบังคับบัญชาเสียเอง กล่าวคือ ศาลปกครองเข้าไปเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์หรือแนวทางในการปฏิบัติงานภายในฝ่ายปกครองโดยทางอ้อม

4) เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการควบคุมตรวจสอบ ซึ่งศาลเป็นองค์กรตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครอง และเป็นการควบคุมตรวจสอบแบบแก้ไข กล่าวคือ ศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้นยังไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อประชาชน

5) การวินิจฉัยว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีสถานะเป็นกฎ ส่งผลให้เป็นการยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถตรากฎในรูปแบบของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองออกมามีผลบังคับใช้กับประชาชนได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายรองรับ

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองกรณีที่วินิจฉัยว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นกฎ จึงเป็นการพิจารณาที่แตกต่างไปจากข้อความคิดในทางกฎหมาย และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยทั้งในด้านแนวความคิดและในทางทฤษฎี โดยศาลปกครองไม่อาจวินิจฉัยความหมายและหลักเกณฑ์ในเรื่องความแตกต่างของการเป็นกฎและมาตรการภายในของฝ่ายปกครองได้ และมีข้อที่ควรคำนึงด้วยว่าทฤษฎีกฎหมายที่แตกต่างกันสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีนี้อย่างไร

การที่ศาลปกครองยอมรับว่าหนังสือเวียน หรือแนวปฏิบัติซึ่งเป็นมาตรการ ภายในของฝ่ายปกครอง ที่กำหนดขึ้นเองโดยไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจมีสภาพเป็นกฎที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง อาจเป็นกรณีที่ได้รับอิทธิพลมาจากการใช้และการตีความกฎหมายประกอบกับอิทธิพลของแนวความคิดที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองตามแนวทางของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยเฉพาะกรณีของการตีความเกี่ยวกับสถานะของหนังสือเวียนที่ฝ่ายปกครองสามารถออกมาตรการภายในที่มีลักษณะเป็นการสร้างระเบียบหรือกฎเกณฑ์ ที่มีผลเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนบังคับใช้กับประชาชนได้ เนื่องจากอำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรบริหารเป็นอำนาจในตัวเองที่ได้รับมาตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีข้อพิจารณาว่าจะสอดคล้องกับความหมายของกฎในระบบกฎหมายไทยหรือไม่ เพราะระบบกฎหมายไทยถือว่าอำนาจทั่วไปในการบัญญัติกฎหมายเป็นของรัฐสภา ต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ถือว่าอำนาจทั่วไปในการตรากฎหมายอยู่ที่ฝ่ายบริหาร การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การตรากฎที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจำเป็นต้องอ้างอิงบทกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานแห่งอำนาจ ยิ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญไทยให้ความสำคัญกับกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎ และสำหรับประเทศไทยอำนาจในการบัญญัติกฎหมายบังคับใช้กับประชาชนเป็นอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ ฝ่ายปกครองจะตรากฎหมายให้มีผลบังคับใช้กับประชาชนได้ในกรณีที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น เนื่องจากคำนิยามของ “กฎ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นคำนิยามเดียวกันกับคำนิยามของ “กฎ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ยกร่างขึ้นตามแนวของกฎหมายเยอรมัน ซึ่งได้มีการแบ่งแยกสถานะทางกฎหมายระหว่างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองกับกฎออกจากกันไว้อย่างชัดเจน

กฎจึงไม่อาจหมายความรวมถึงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นไปตามหลักเงื่อนไขของรัฐสภา ที่การกำหนดกฎเกณฑ์ในปัญหาที่มีความสำคัญจะต้องกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติและการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญดังกล่าว องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้แก่องค์กรอื่นได้ เช่น กรณีของกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล มิใช่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น ทั้งนี้เป็นไปตามหลักนิติรัฐหรือ

หลักที่ว่าบรรดาการกระทำทางปกครองทั้งหลายของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองหรือมีอำนาจสั่งการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไปให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้จะกระทำการทางปกครองเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้มิได้ ตามนัยของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2550 ดังนั้น โดยหลักแล้วมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง จึงไม่มีสถานะเป็นกฎที่จะนำมาบังคับใช้กับประชาชนได้ หากฝ่ายปกครองต้องการที่จะตรากฎหรือออกระเบียบเพื่อใช้บังคับกับประชาชนเป็นการทั่วไปแล้ว กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถที่จะตรากฎหรือออกระเบียบดังกล่าวได้ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ประกาศกระทรวง ระเบียบกระทรวง ซึ่งจะเป็นการลดปัญหาในทางปฏิบัติและป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น การพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดมีฐานะในทางกฎหมายเป็นกฎนั้น นิยามของกฎเป็นเพียงข้อพิจารณาเบื้องต้น จะต้องพิจาณาจากลักษณะสำคัญของการเป็นกฎที่ว่า “เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติ” “เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท” และ “เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก” ประกอบกับลักษณะสำคัญของการเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ว่า “เป็นมาตรการที่ไม่ต้องมีกฎหมายแม่บทมอบอำนาจ” และ “เป็นมาตรการที่ไม่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก” กฎจึงไม่อาจหมายความรวมถึงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองได้เลย

5.3 ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีที่มีความสำคัญ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผลแล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” และมาตรา 52 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

การยื่นฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้วถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้" จากแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองได้ถือวันเริ่มต้นในการนับระยะเวลาการฟ้องคดีหรืออายุความการฟ้องคดีแตกต่างกันไปหลายแนวทาง และผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งยังมีข้อยกเว้นในเรื่องอายุความ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการนับระยะเวลาการฟ้องคดี ซึ่งก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายที่ควรพิจารณาเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยผู้เขียนขอนำเสนอดังต่อไปนี้

5.3.1 มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดไว้แต่เพียงว่าต้องยื่นฟ้องภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีการจัดประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในประเด็นปัญหาการพิจารณาคดีปกครอง เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนกฎ ในการประชุมครั้งที่ 3/2554 เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2554 โดยมีมติที่ประชุมว่า "เมื่อกฎมีการลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาและมีผลใช้บังคับแล้ว หากบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎเช่นว่านั้นประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา กรณีที่กฎมิได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รู้หรือควรรู้ถึงกฎนั้นตามความเป็นจริง"

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในประเด็นปัญหาการนับระยะเวลาการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ ในการประชุมครั้งที่ 3/2555 เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2555 โดยมีมติที่ประชุมว่า "เมื่อกฎมีการลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา หรือมีประกาศโดยวิธีอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายและมีผลใช้บังคับแล้ว หากบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎเช่นว่านั้นประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา หรือวันที่มีการประกาศโดยวิธีการอื่นและมีผลใช้บังคับแล้ว กรณีที่กฎมิได้พิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา หรือมิได้มีการประกาศโดยวิธีการอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รู้หรือควรรู้ถึงกฎนั้นตามความเป็นจริง"

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองดังกล่าวก็ยังมีข้อยกเว้นที่ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการนับระยะเวลาการฟ้องคดีขึ้นในการนำมาพิจารณาคดีปกครองที่ฟ้องเกี่ยวกับความชอบ

ด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งศาลปกครองได้ถือวันเริ่มต้นในการนับระยะเวลาฟ้องคดีหรืออายุความการฟ้องคดีแตกต่างกันไปหลายแนวทาง โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง คือ

แนวทางที่หนึ่ง เริ่มนับแต่วันที่กฎประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยศาลถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนับแต่วันที่กฎประกาศในราชกิจจานุเบกษา กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีภายใน 90 วันนับแต่วันที่กฎนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษา

แนวทางที่สอง เริ่มนับตั้งแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้รู้ว่ากฎมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี โดยศาลถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้รู้ว่ากฎมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีภายใน 90 วันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่หรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีโดยตรง การประกาศกฎในราชกิจจานุเบกษาเป็นเพียงพิธีการของการประกาศใช้กฎเท่านั้น ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นวันเริ่มต้นของการนับระยะเวลาการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎนั้น เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่หรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีโดยตรงในวันประกาศกฎนั้นในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป

การตีความดังกล่าวแม้จะเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่การถือตามแนวการตีความของศาลปกครองอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของความแน่นอนของระยะเวลาว่าระยะเวลาใดจะถือว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงวันที่กฎนั้นมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี

5.3.2 มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นในกรณีที่มีการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ แม้จะเป็นการยื่นฟ้องเมื่อพ้นระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ศาลปกครองอาจรับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณาได้ถ้าเห็นว่าการฟ้องคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองได้นำข้อยกเว้นในเรื่องของประโยชน์แก่ส่วนรวมมาเป็นเหตุในการรับฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ในกรณีที่ฟ้องเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้พิจารณา จากแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองตีความหมายของคำว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น” ในความหมายอย่างกว้าง และในบางกรณีศาลก็ไม่ได้นำข้อยกเว้นมาวินิจฉัยประกอบการพิจาณาเป็นเงื่อนไขในเรื่องของระยะเวลาในการฟ้องคดี หรือในบางกรณีที่ศาลนำข้อยกเว้นมาวินิจฉัย

ประกอบการพิจาณาเป็นเงื่อนไขในเรื่องของระยะเวลาในการฟ้องคดีแต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม

5.3.3 วิเคราะห์ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

ประเทศอังกฤษ การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ มิได้มีการกำหนดเรื่องอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดีไว้แต่อย่างใด และตามทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษเงื่อนไขในการฟ้องคดีและผลของคดีจะตัดสินไปพร้อมกันโดยเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษา ในทางปฏิบัตินั้นศาลจะไม่เคร่งครัดในเรื่องกำหนดอายุความฟ้องคดีและไม่ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากการรับฟ้องคดีเป็นดุลพินิจของศาลและศาลจะเปิดโอกาสให้ฟ้องคดีได้มาก โดยเฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ของสังคมหรือชุมชนของผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลแทบไม่ให้ความสำคัญกับระยะเวลาการฟ้องคดีเลย

ประเทศฝรั่งเศส การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ กฎหมายบัญญัติให้ต้องยื่นฟ้องภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่มีการประกาศ โดยจะเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีในวันถัดจากวันประกาศ เว้นแต่กรณีจะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดซึ่งอาจสั้นกว่า 2 เดือน แต่แม้จะพ้นระยะเวลาฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยตรงไปแล้วก็ตาม ประชาชนอาจยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอกรณีโต้แย้งคำสั่งที่มาจากการปรับใช้กฎและความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นขึ้นอยู่กับความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว และประชาชนก็ยังสามารถร้องขอไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจให้ยกเลิกกฎได้ ซึ่งเป็นวิธีที่ทำให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้อยู่เสมอ

ประเทศเยอรมัน การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ กฎหมายบัญญัติให้ต้องยื่นฟ้องภายใน 2 ปี นับแต่วันที่มีการประกาศ หลังจากระยะเวลาดังกล่าวล่วงพ้นไปแล้ว บุคคลใดจะร้องขอให้ศาลปกครองแสดงความเสียเปล่าหรือเป็นโมฆะของกฎอีกไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากมีการออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิประชาชนโดยอาศัยกฎเป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งนั้น ประชาชนสามารถฟ้องคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ ซึ่งก่อนที่จะพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองย่อมจะพิจารณาประเด็นเบื้องต้นแห่งคดีก่อนว่า กฎชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ประเทศไทย การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ การตรากฎมีพัฒนาการตามแนวทางระบบกฎหมายของตนตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่เรียกว่ากฎเสนาบดี ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติและจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยบรรดากฎหมายในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มีผลบังคับใช้เท่าที่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้ในขณะนั้น พระราชกฤษฎีกาได้พัฒนาเป็นประเภทหนึ่งของ

กฎ ถ้าตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประมวลกฎหมายหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับในระดับเดียวกัน พระบรมราชโองการที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติที่ยังมีผลบังคับใช้จนปัจจุบันก็อาจจัดว่ามีลักษณะเป็นกฎประเภทหนึ่งแต่ไม่เป็นคำสั่ง ส่วนพระราชบัญญัติที่บัญญัติขึ้นใหม่มักจะมีบทบัญญัติที่มอบหมายให้ฝ่ายปกครองตรากฎ กำหนดประเภทของกฎ รวมถึงกระบวนการตรากฎนั้นไว้ แต่จะเห็นได้ว่าในอดีตไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้เป็นการเฉพาะ ปัจจุบันมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ระยะเวลาในการฟ้องคดีของกฎไว้ในมาตรา 49 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอาจเป็นการบัญญัติตามแนวทางที่เคยปฏิบัติกันมา

กรณีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วยเหตุว่ากฎมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎย่อมจะมีเป็นจำนวนมาก และผลกระทบกับสิทธิของประชาชนที่เกิดจากกฎไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้พร้อมกันทั้งหมดได้ กรณีจึงขึ้นอยู่กับฝ่ายปกครองว่าจะใช้อำนาจโดยอาศัยกฎไปมีผลกระทบต่อประชาชนเมื่อใด ประกอบกับปัญหาเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎและปัญหาผู้ที่ไม่ทราบถึงการมีอยู่ของกฎ อันเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของกฎที่ไม่อาจแจ้งไปยังบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง จึงต้องมีการประกาศกฎให้ประชาชนทราบถึงการมีอยู่ของกฎ และปัญหาความหลากหลายของประเภทของกฎรวมทั้งรูปแบบต่าง ๆ ในการประกาศ ซึ่งมีความไม่ชัดเจนและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการในการประกาศกฎไว้ และการที่ศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีว่าผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบจากกฎเมื่อใดจึงจะเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงกฎและเป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดี ซึ่งเห็นได้ว่าย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้อยู่เสมอและตลอดเวลาโดยไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักความแน่นอนของกฎหมาย

ส่วนกรณีตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นถึงความไม่แน่นอนของการใช้ข้อยกเว้นของศาลปกครอง ทั้งนี้ โดยความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าการคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎเมื่อพิจารณาแล้วการฟ้องคดีย่อมเป็น “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” เสมอ เนื่องจากกฎมีลักษณะที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ หากมีผู้ฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองย่อมส่งผลไปถึงบุคคลอื่นที่อยู่ภายในบังคับของกฎดังกล่าวด้วย ประกอบกับมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นเรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 ดังนั้น การใช้และการตีความบทบัญญัติซึ่งเป็นบทยกเว้นต้องตีความอย่าง

จำกัด ประกอบกับหลักความแน่นอนทางกฎหมายของกฎที่ไม่ควรถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายได้ตลอดเวลา มิเช่นนั้นแล้วบทบัญญัติในมาตรา 49 ย่อมไม่มีผลบังคับใช้แต่ประการใด

จากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองดังกล่าวเป็นปัญหาอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ซึ่งส่งผลกระทบอย่างน้อย 2 ประการ คือ

1) เกิดความไม่แน่นอนเรื่องอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎว่ามีการเริ่มนับระยะเวลาตั้งแต่เมื่อใด

2) เป็นการเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้อยู่เสมอและตลอดเวลาโดยไม่มีที่สิ้นสุด เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักความแน่นอนของกฎหมาย

การกำหนดให้เริ่มนับระยะเวลาฟ้องเพิกถอนกฎตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎนั้น ไม่เป็นการทำให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนขาดความสมบูรณ์ เนื่องจากแม้ผู้ฟ้องคดีจะฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎไม่ได้เพราะเหตุว่าเป็นการฟ้องที่เกินกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดนับแต่วันที่มีการประกาศบังคับใช้กฎ แต่ประชาชนหรือผู้ฟ้องคดีก็สามารถที่จะฟ้องคดีโดยอาศัยเหตุข้อพิพาทอื่นตามที่กฎหมายกำหนดได้ เช่น การฟ้องกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยกฎนั้นเป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งและคำสั่งทางปกครองนั้นกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี กรณีดังกล่าวจึงเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนในทางกฎหมายกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ประกอบกับเมื่อกฎมีการประกาศบังคับใช้ผลทางกฎหมายของกฎที่จะกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนในบางกรณีอาจยังไม่เกิดขึ้นในทันที จึงยังไม่เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเนื่องจากยังไม่เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกฎตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งจะแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่จะเกิดผลกระทบในทันทีที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น ระยะเวลาที่ให้ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไป ซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้วย่อมเป็นไปได้ยากที่ประชาชนจะรู้หรือควรรู้ถึงการประกาศของกฎดังกล่าวและนำมายื่นฟ้องคดีต่อศาลภายใน 90 วัน อีกทั้งกฎอาจยังไม่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อผู้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากในอดีตไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้เป็นการเฉพาะ และเพื่อเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ให้สอดคล้องกับหลักความแน่นอนของกฎหมาย โดยพิจารณาเปรียบเทียบทั้งข้อดีและข้อเสียของต่างประเทศ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น บทบัญญัติในกรณีของการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎนั้นควรกำหนดการเริ่มต้นนับระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนับตั้งแต่วันที่กฎมีการประกาศใช้ ไม่ว่าจะเป็นการประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือประกาศในสถานที่ที่กฎหมายกำหนด

เพื่อให้เกิดความชัดเจนและมีความสอดคล้องกับลักษณะในทางกฎหมายของกฎ และควรขยายระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎให้มากกว่าระยะเวลา 90 วันตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครองนั้น อำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตรากฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดที่เกิดจากกฎแล้ว มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นหลายประการ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ปัญหา ดังนี้

1) ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีปัญหา คือ ศาลใดเป็นศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กรณีการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวสามารถถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองหรือไม่

2) ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวพันกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” มีปัญหา คือ กฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองมีความหมายอย่างไร และกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหมายความรวมถึงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองด้วยหรือไม่

3) ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” มีปัญหา คือ การเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ควรกำหนดการเริ่มต้นนับระยะเวลาในการฟ้องคดีตั้งแต่วันใดที่จะถือว่าเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงวันที่กฎนั้นมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี และควรมีข้อยกเว้นในกรณีที่มีการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

ซึ่งปัญหาสำคัญดังกล่าวทั้ง 3 ปัญหา ผู้เขียนจะได้มีบทสรุปและข้อเสนอแนะในบทต่อไป

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ เป็นคดีปกครองที่มีลักษณะพิเศษและมีความสำคัญประเภทหนึ่งในบรรดาคดีปกครอง เนื่องจากเมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนกฎแล้ว กฎนั้นจะสิ้นผลการบังคับใช้และการสิ้นผลการบังคับใช้ของกฎดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะอาจทำให้การจัดทำบริการสาธารณะหยุดชะงักลงได้ ซึ่งฝ่ายปกครองใช้กฎเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว แต่ด้วยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่เกี่ยวข้องกับกฎประกอบกับการใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวของศาลปกครอง ก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายที่น่าพิจารณาหลายประการ

จากการศึกษาปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง โดยศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดภายในประเทศไทย และแนวความคิดในต่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมันแล้ว ผู้เขียนขอนำเสนอถึงข้อสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามลำดับ ดังนี้

6.1 บทสรุป

6.1.1 ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าปัญหาดังกล่าวมีที่มาจากสถานะความเป็นอิสระขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้เขียนยอมรับว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นองค์กรของรัฐที่สำคัญอย่างยิ่งในการทำหน้าที่ตรวจสอบและส่งเสริมกลไกของภาครัฐ

และทำให้การปฏิรูปการเมืองและระบบราชการบรรลุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก็ต้องผูกพันต่อหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐทุกองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กับกระบวนการการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

บัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ นั้นได้บัญญัติไว้ไม่ชัดเจน ดังนั้น การพิจารณาถึงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง จะพิจารณาจากรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการวางหลักเกณฑ์ไว้แต่เพียงกว้าง ๆ อย่างเดียวไม่ได้ จะต้องพิจารณาควบคู่กับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะด้วย

ประกอบกับการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น มีสาระสำคัญโดยทั่วไปเช่นเดียวกับการตรากฎของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจทางนิติบัญญัติดังเช่นการตราพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจอธิปไตยขององค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น แต่เป็นการอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายแม่บทตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติเช่นเดียวกับการตรากฎของฝ่ายปกครองเท่านั้น การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งแตกต่างจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่การกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น จึงต้องนำมาใช้กับองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน เมื่อการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจในการกระทำทางปกครอง การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตามนัยของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

6.1.2 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวพันกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎที่มีความเกี่ยวพันกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง อาจกล่าวได้ว่าปัญหาดังกล่าวมีที่มาจากการไม่แบ่งแยกระหว่างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีที่มาจากฐานอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป และกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่มีที่มาจากอำนาจบังคับบัญชา ซึ่งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่สำคัญอย่างยิ่งในการสร้างความเป็นเอกภาพในการกระทำทางปกครอง และเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความ

เป็นธรรมแก่ประชาชนหรือผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง แต่อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองก็ต้องผูกพันต่อหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐทุกองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กับกระบวนการการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองที่กรณีอาจมีผลทางกฎหมายต่อประชาชนภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

หากมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นกฎย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองถือว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกโดยตรง ซึ่งตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่มีผลเป็นการกระทบสิทธิหรือหน้าของประชาชนได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะกระทำเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้มิได้ หากกระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การตรากฎที่มีผลกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจำเป็นที่จะต้องอ้างอิงกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานแห่งอำนาจ ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎ ดังนั้น โดยตัวของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเองจึงยังไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้น มีความแตกต่างจากกฎ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยก “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” นั้น จะต้องพิจารณาลักษณะสำคัญของการเป็นกฎ และลักษณะสำคัญของการเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองด้วย มิใช่พิจารณาเพียงคำนิยามตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ลักษณะสำคัญที่ทำให้กฎมีความแตกต่างจากมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ดังนี้

กฎจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดยฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง โดยอาศัยฐานแห่งอำนาจที่เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป และการตรากฎจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และประเภทที่ตามที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดไว้ เพื่อบังคับใช้ในรายละเอียดของการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และลักษณะสำคัญของการเป็น “กฎ” จะต้องประกอบด้วยลักษณะ ดังนี้

1) เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย “ฝ่ายปกครอง”

2) เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติ

3) เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท

4) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้กับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

5) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก

โดยการมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกนั้น หมายความว่ามีผลโดยตรงไปสู่ประชาชน และหมายความรวมถึงมีผลโดยตรงไปสู่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่เป็นความสัมพันธ์พื้นฐานด้วย

ส่วนมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมิใช่นิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นการตรากฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่อาศัยอำนาจบังคับบัญชา เพื่อเป็นแนวทางการตีความกฎหมาย กฎระเบียบข้อบังคับ เป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน หรือมีขึ้นเพื่อจัดระบบการทำงานภายในฝ่ายปกครอง และมีผลใช้บังคับเฉพาะภายในหน่วยงานฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก หรือผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และลักษณะสำคัญของการเป็น “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” จะต้องมีลักษณะ ดังนี้

1) เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครอง
2) เป็นมาตรการที่ไม่ต้องมีกฎหมายแม่บทมอบอำนาจ
3) เป็นมาตรการที่ไม่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก

ซึ่งจะเห็นได้ว่า “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” มีความแตกต่างกันอยู่หลายประการ กล่าวคือ กฎเป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติ เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท และเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก ซึ่งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่มีลักษณะดังกล่าว ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองใดไม่มีลักษณะในทางกฎหมายของกฎอย่างครบถ้วนแล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าการกระทำนั้นมีสถานะเป็นกฎ

6.1.3 ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎ อาจกล่าวได้ว่าปัญหาดังกล่าวมีที่มาจากวันเริ่มต้นการนับระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 52 ได้กำหนดข้อยกเว้นในเรื่องอายุความ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการเริ่มต้นนับระยะเวลาในการฟ้องคดี

กรณีที่ศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีว่าผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบจากกฎเมื่อใดจึงจะเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงวันที่กฎนั้นมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี และเริ่มต้นนับระยะเวลาในการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกรณีที่ศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาเมื่อเห็นว่าการฟ้องคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ในคดีที่ฟ้องเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ย่อม

ส่งผลให้บทบัญญัติในมาตรา 49 ไม่มีผลบังคับใช้แต่ประการใด ซึ่งทั้งสองกรณีก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความแน่นอนของระยะเวลาว่าระยะเวลาใดจะถือว่าเป็นวันเริ่มต้นการนับระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งจะเป็นการเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้อยู่เสมอและตลอดเวลาโดยไม่มีที่สิ้นสุด และเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักความแน่นอนของกฎหมายของกฎที่ไม่ควรถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายได้ตลอดเวลา ประกอบกับในอดีตไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้เป็นการเฉพาะ และเพื่อเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ให้สอดคล้องกับหลักความแน่นอนของกฎหมาย โดยพิจารณาเปรียบเทียบทั้งข้อดีและข้อเสียของต่างประเทศ ระยะเวลาที่ให้ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไป ซึ่งกฎอาจยังไม่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อผู้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาดังกล่าว

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ประการที่หนึ่ง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการตีความนิยามของหน่วยงานทางปกครองในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การพิจารณาอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง นอกจากพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะประกอบด้วย กล่าวคือ พิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบด้วย และการตีความนิยามของหน่วยงานทางปกครองในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ควรตีความหน่วยงานทางปกครองรวมถึงองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญด้วยโดยถือเป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตรากฎ เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการสร้างหลักเกณฑ์องค์กรผู้มีอำนาจในการพิจารณากฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

การสร้างหลักเกณฑ์องค์กรผู้มีอำนาจในการพิจารณากฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในส่วนนิยามของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” โดยเพิ่มเติม “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย เช่น “‘หน่วยงานทางปกครอง’ หมายความว่า

กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”

6.2.2 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวพันกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

ประการที่หนึ่ง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการตีความนิยามของกฎในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การตีความนิยามของกฎในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ควรตีความว่าเมื่อเป็น “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แล้วก็จะมีลักษณะเป็นกฎทุกกรณี แต่ควรจะต้องตีความโดยพิจารณาจากลักษณะสำคัญของกฎให้ครบถ้วน คือ 1 เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย “ฝ่ายปกครอง” 2 เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติ 3 เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท 4 เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้กับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และ 5 เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก ทั้งนี้ คำว่ามีผลโดยตรงไปยังภายนอก หมายถึง มีผลโดยตรงไปสู่ประชาชนและหมายความรวมถึงมีผลโดยตรงไปสู่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่เป็นความสัมพันธ์พื้นฐานด้วย

ประการที่สอง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการสร้างหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

การสร้างหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในส่วนนิยามของคำว่า “กฎ” โดยเพิ่มเติมลักษณะของกฎที่ “เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก” ไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย เช่น “‘กฎ’ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ใช้บังคับแต่เฉพาะภายในฝ่ายปกครอง”

6.2.3 ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

ประการที่หนึ่ง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการตีความการนับระยะเวลาเริ่มต้นในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การตีความการนับระยะเวลาเริ่มต้นในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ควรตีความวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยเริ่มต้นนับระยะเวลาในการฟ้องคดีนับแต่วันที่กฎนั้นได้ประกาศใช้บังคับ ไม่ว่าจะประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือประกาศโดยวิธีอื่นตามที่กฎหมายกำหนด

และการตีความข้อยกเว้นในกรณีที่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ควรตีความโดยไม่รวมข้อยกเว้นในเรื่องของประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น

ประการที่สอง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการสร้างหลักเกณฑ์ในการนับระยะเวลาเริ่มต้นในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามมาตรา 49 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การสร้างหลักเกณฑ์ในการนับระยะเวลาเริ่มต้นในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยอาจจะบัญญัติเพิ่มเติมไว้เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองประเภทอื่น หรือบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่น “การฟ้องคดีปกครองกรณีที่เป็นกฎจะต้องยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันประกาศใช้บังคับ กรณีอื่นจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผลแล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

และไม่ควรมีข้อยกเว้นในเรื่องของระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่น “การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

การยื่นฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้วถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

ทั้งนี้ ไม่หมายความรวมถึงการฟ้องคดีปกครองกรณีที่เป็นกฎ”

บรรณานุกรม

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2543.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย. **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**. 16, 1 (ธันวาคม 2538): 66-85.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. องค์ประกอบของ “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 17, 3 (กันยายน 2530): 35-48.

จรัญ ภักดีธนากุล. การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ. **ดุลพาห**. 37, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2533): 96-121.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: จิรรัชการพิมพ์, 2540.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับ “กฎ” ที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 7, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2550): 1-13.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง**. เล่ม 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2539.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2545.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส**. เอกสารประกอบการสอนระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

ธรรมนิตย์ สุมันตกุล. **การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง**. 2547. ค้นวันที่ 1 เมษายน 2558 จาก http://www.lawreform.go.th

นรินทร์ อิธิสาร. **การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **“กฎ”**. เอกสารประกอบคำสอน วิชากฎหมายปกครองชั้นสูง คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

บรรเจิด สิงคะเนติ. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2548.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2547.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส. **ดุลพาห**. 41, 3 (พฤษภาคม–มิถุนายน 2537): 82-105.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศอังกฤษ. **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**. 14, 2 (มกราคม 2536): 32-75.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. คดีปกครองเยอรมัน. ใน **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์**. กรุงเทพฯ: พี.เค.พริ้นติ้งเฮาส์, 2531. หน้า 166-194.

บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. **หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.

ประสาท พงษ์สุวรรณ์. กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย. ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2: กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป. หน้า 266-288.

ประสาท พงษ์สุวรรณ์. **เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง**. เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับกลาง รุ่นที่ 16, 2556. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540. ค้นวันที่ 15 เมษายน 2559 จาก https://www.ipthailand.go.th/images/633/law_info2540.pdf

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496. **ราชกิจจานุเบกษา**. 70, 14ก (17 กุมภาพันธ์ 2496): 222.

พระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498. **ราชกิจจานุเบกษา**. 72, 67ก (30 สิงหาคม 2498): 1354.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535. **ราชกิจจานุเบกษา**. 109, 31ก (31 มีนาคม 2535): 1.

พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503. **ราชกิจจานุเบกษา**. 77, 77ก (20 กันยายน 2503): 719.

พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469. ค้นวันที่ 15 เมษายน 2559 จาก http://www.thailawtoday.com/component/ content/523.html?task=view

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509. **ราชกิจจานุเบกษา**. 83, 88ก (4 ตุลาคม 2509): 626.

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540. **ราชกิจจานุเบกษา**. 114, 62ก (31 ตุลาคม 2540): 1.

พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522. ราชกิจจานุเบกษา. 96, 79ก (13 พฤษภาคม 2522):1.

พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส. **วารสารกฎหมายปกครอง**. 4, 2 (สิงหาคม 2528): 269-308.

ยงยุทธ อนุกูล. **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์. **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

ฤทัย หงส์สิริ. นิติกรรมทางปกครอง. ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.

ฤทัย หงส์สิริ. นิติกรรมทางปกครอง: ความหมายและขอบเขต. **ดุลพาห**. 43, 2 (เมษายน-มิถุนายน 2539): 102-131.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **กฎหมายปกครองภาคทั่วไป**. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 1-17.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. ใน **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์**. กรุงเทพฯ: พี.เค.พริ้นติ้งเฮาส์, 2531. หน้า 195-208.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.

วรวิทย์ กนิษฐะเสน. **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2521.

วิษณุ เครืองาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2523.

วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2551.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. **รายงานการวิจัย เรื่อง คำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับคดีปกครอง**. กรุงเทพฯ: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

สมยศ เชื้อไทย. การกระทำทางปกครอง. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 17, 3 (กันยายน 2530): 49-71.

สมยศ เชื้อไทย. **คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2546.

สมยศ เชื้อไทย. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.

สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง. **ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ "กฎ."** (พฤษภาคม 2550). (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

สุเจตน์ สถาพรนานนท์. **การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

หนังสือสำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ ที่ นร 1311/605 ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2542 **ตอบข้อหารือของกรมอนามัยในประเด็นที่ว่าข้อกำหนดของราชการส่วนท้องถิ่นทุกประเภทซึ่งออกตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ไม่ต้องลงประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา**.

หยุด แสงอุทัย. **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

อิสระ นิติทัณฑ์ประภาศ. **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: หจก.คุณพินอักษรกิจ, 2527.

Allen, C. K. **Law and Orders**. 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1965 อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์. **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Auby, J. M. (Sous la Direction), **Droit Public**. Tome I, Paris: Economica, 1985 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.

Azibert, Michel. Maître des Requétes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส (รายงานการศึกษา เรื่อง Lecontrôle de la Validité de la Norme Réglementaire par le Juge Administrative) เอกสารวิชาการเสนอต่อที่ประชุมสมาคมสภาแห่งรัฐและศาลปกครองสูงสุดแห่งสหภาพยุโรป ครั้งที่ 10 ณ กรุงเอเธนส์ ระหว่างวันที่ 14- 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1986. แปลโดย ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 18-36.

Baldwin, Robert and Houghton, John. Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules. **Public Law**. 1986 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล. **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Bontecou, Eleanor. Delegation of Power. **Encyclopaedia of the Social Science**. Editor-in-Chief-Edwin R.A. Seligman. The Macmillan Company, 1935 อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์. **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Chapus, René. **Droit Administratif Général**. 3rd ed. Paris: Editions Montchestien, 1987 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล. **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Crabbe, V. C. R. A. C. **Legislative Drafting**. London: Cavendish Publishing Ltd., 1998 อ้างถึงใน ธรรมนิตย์ สุมันตกุล. **การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง**. 2547. ค้นวันที่ 1 เมษายน 2558 จาก http://www.lawreform.go.th

Craig, P. P. **Administrative Law**. London: Sweet & Maxwell, 1983 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล. **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Dicey, A. V. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 10th ed. London: Macmillan, 1959 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส. **ดุลพาห**. 41, 3 (พฤษภาคม–มิถุนายน 2537): 82-105.

Foillard, Phillippe. **Droit Administratif**. 2nd ed. Bruxelles: Larcier, 2013.

Foulkes, David. **Administrative Law**. 5th ed. London: Butterworths 1982 อ้างถึงใน ธรรมนิตย์ สุมันตกุล. **การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง**. 2547. ค้นวันที่ 1 เมษายน 2558 จาก http://www.lawreform.go.th

Glaeser/Horn, Schmidt. **Verwaltungsprozeßrecht**. 15th ed. (2000). อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 1-17.

Halsbury's Laws of England. **Libel to Local Government**. Vol. 28. 4th ed. London: Lord Hailsham of ST. Marylebone Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1979 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล. **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Hufen, Friedhelm. **Verwaltungsprozeßrecht**. Germany: Munich, 1994.

Jacqué, J. P. **Droit Constitutionnel et Institutions Poltiques**. 3rd ed. Paris: Dalloz, 1998 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2551.

Jones, R. H. **Constitutional and Administration Law**. London: Macdonald & Evans Ltd., 1968 อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์. **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Lebreton, Gilles. **Droit Administratif Général**. 3rd ed. Paris: Armand Colin, 2004 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2551.

Markey, William. **Elements of Law**. 6th ed. 1905 อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ. **วารสารกฎหมายปกครอง.** 3 (เมษายน 2527): 1-15.

Rivera, J. F. **Law of Public Administration**. Kiko Printing Press, 1955 อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์. **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Rivero, Jean and Waline, Jean. **Droit Administrative**. 16th ed. Paris: Dalloz, 1996 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2551.

Rivero, Jean and Waline, Jean. **Droit Administrative**. 20th ed. Paris: Dalloz, 2004.

Sing, Maherdra P. **German Administrative Law In Common Law Perspective**. Heidelberg: Springer-Verlag, 1985 อ้างถึงใน ไพรัช โตสวัสดิ์. **การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครอง**. สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

Singh, Mahendra P. **German Administrative Law in Common Law Perspective**. 2nd ed. Berlin: Springer-Verlag, 2001 อ้างถึงใน นรินทร์ อิธิสาร. **การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

Stassinopoulos, Michel D. **Traité des Actes Administratifs**. Athénes: L'Institut Francais d'Athénes, 1954 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, 2551.

Unruh/Greve, V. **Grundkurs Offentliches Recht**. 2nd ed. Frankfurt, 1997 อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์. องค์ประกอบของ "นิติกรรมทางปกครอง" ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 17, 3 (กันยายน 2530): 35-48.

Vedel, Georges and Delvolvé, Pierre. **Droit Administratif**. 10th ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1988 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล. **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Wade, H. W. R. **Administrative Law**. 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1984 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกูล. **สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

Waline, Jean. **Droit Administratif**. 25th ed. Paris: Dalloz, 2014.

Würtenberger, Thomas. **Verwaltungsprozeßrecht**. Munich, 1998 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2548.

Würtenberger, Thomas. **Verwaltungsprozeßrecht**. Munich, 1998 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 1-17.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล	นายอนุรักษ์ ศุภลักษณ์
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2552