

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎี เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง เขตอำนาจศาลปกครอง และการกระทำของรัฐบาล

รัฐสมัยใหม่ทุกรัฐย่อมต้องมีระบบกฎหมายปกครอง หรืออีกนัยหนึ่งระบบแห่งกฎหมายที่ทางกฎหมายที่จัดระเบียบราชการบริหาร และเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล ซึ่งรวมเรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” (administration) กับเอกชน

รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่จึงเป็นรัฐที่ต้อง ยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นที่เรียกว่า “นิติรัฐ” (resistant) และตราใบที่กฎหมายยังคงใช้บังคับอยู่รัฐย่อมถูกผูกมัดอยู่เสมอ (หยุด แสงอุทัย, 2513, หน้า 95) ดังนั้นระบบกฎหมายปกครองของรัฐสมัยใหม่ที่ได้ชื่อว่า เป็น “รัฐเสรีประชาธิปไตย” (liberal and democratic state) จึงวางอยู่บนพื้นฐานของ “หลักนิติธรรม” (the rule of law) หรือหลัก “การปกครองของกฎหมายไม่ใช่การปกครองของมนุษย์” (government of law not of men) หรือหลัก “กฎหมายเป็นใหญ่” (primacy of law) (วราพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2538, หน้า 2)

ตามหลักนี้ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่ง แม้ว่าการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่น หรือเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า “ประโยชน์มหาชน” (public interest) ก็ตาม จะกระทำได้อีกต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

“หลักนิติธรรม” ถือเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม หลักนี้ใช้บังคับกับการกระทำของฝ่ายปกครองทุกประเภทไม่ว่าการกระทำนั้นๆ จะเป็น “ปฏิบัติการทางปกครอง” (administrative real act) เช่น การดับเพลิง การซ่อมรถ การซ่อมถนน การขุดลอกคูคลอง การเก็บและการกำจัดขยะมูลฝอย ฯลฯ หรือเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” (administrative juristic act) ซึ่งได้แก่บรรดากฎหมายลำดับรอง หรืออนุบัญญัติ (subordinate legislation) เช่น พระราชกฤษฎีกากฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เทศบัญญัติ ฯลฯ และคำวินิจฉัยสั่งการ เช่น คำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัย คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ใบอนุญาต คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ฯลฯ ซึ่งในการใช้อำนาจของรัฐในการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายและสามารถควบคุมตรวจสอบได้ (สุวีร์ ตริยอุทธานกุล, 2538, หน้า 8)

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะกระทำการอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพได้ ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจ และต้องใช้อำนาจดังกล่าวภายใต้ขอบเขตของกฎหมายตามหลัก ความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) แต่จากหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครองโดยศาลนั้น บางครั้งไม่ถูกต้องเสมอไป เพราะมีการกระทำบางประการ ที่ไม่สามารถควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้ หรือเป็นเรื่องที่ไม่สมควรให้อยู่ในอำนาจการควบคุม ของศาล เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจขององค์กรอื่นในการควบคุม เนื่องจากรัฐบาลนั้นมีสอง สถานะ คือ ฝ่ายปกครอง และฝ่ายบริหาร

ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) เป็นกรณี หนึ่งซึ่งไม่สามารถควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้ การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ได้แก่ การกระทำของรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นเรื่องการเมือง (nature politique) เช่น นิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภา การประกาศใช้บังคับกฎหมายหรือการ ยุบสภาผู้แทนราษฎร หรือนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การ กระทำของรัฐบาลไม่สามารถนำมาฟ้องศาลได้เพราะไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงาน ตามปกติของฝ่ายปกครอง แต่เป็นเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองที่รัฐบาลมีต่อรัฐสภา

อีกทั้งการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ยังหมายความถึงการกระทำบางอย่าง ของรัฐซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย แก่เอกชนผู้อยู่ภายใต้ปกครองก็ตาม ทั้งนี้เพราะ การกระทำของรัฐบาลมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างกับ การกระทำในทางปกครอง ผู้ได้รับความเสียหายจึงไม่อาจถือเป็นเหตุฟ้องร้องรัฐได้

ศาลในประเทศทั้งหลายมักจะจำกัดอำนาจตัวเองไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาวินิจฉัยการ กระทำขององค์กรทางการเมืองในเรื่องสำคัญๆ ซึ่งปรากฏออกมาเป็นทฤษฎี กฎหมายต่างๆ เช่น ใน อังกฤษและในฝรั่งเศส รู้จักกันในนามของทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (theory of acts of government หรือ acte de gouvernement) ในสหรัฐอเมริกา รู้จักกันในนามทฤษฎีปัญหาในการเมือง (theory of political questions) สารสำคัญของทฤษฎีเหล่านี้รวมกันก็คือ ศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุมการ กระทำทางการเมืองบางอย่างนั่นเอง

หลักการกระทำทางปกครอง

ประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายปกครองมาเป็นเวลานาน อย่างประเทศฝรั่งเศสกฎหมายปกครองเริ่มเป็นรูปเป็นร่างภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1789 โดยในการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย(le principe de l'égalité) ซึ่งหมายถึงการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดจะกระทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำเพื่อรักษาหรือคุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ของส่วนรวม (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 47)

1. ฝ่ายปกครอง (l'administration)

การปกครองรัฐนั้น จำเป็นต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ องค์กรนี้เรียกว่า “รัฐบาล” ซึ่งหมายถึงความถึงบุคคลและคณะบุคคล ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจในการบริหารปกครองประเทศ อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลมิได้หมายความรวมเฉพาะการบริหารให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังคงเป็นผู้กำหนดนโยบายและดำเนินการปกครองประเทศด้วย จึงเรียกกันว่า “ฝ่ายบริหาร” (the executive) ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงเป็นฝ่ายที่อยู่ในส่วนการใช้อำนาจบริหาร หรืออีกนัยคือจัดทำราชการบริหารอันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการบริหารราชการที่ไม่ใช่หน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ

รัฐบาลเป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแนวทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่ปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินการเป็นประจำ คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่ กำลังคน และเครื่องมือในการปฏิบัติงานเป็นประจำทุกวัน โดยปฏิบัติงานเพื่อสนองความต้องการหรือ ประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนหรือ เรียกว่า “บริการสาธารณะ” (ประยูร กาญจนกุล, 2533, หน้า 13-16)

คำว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายความว่า หน่วยงานของรัฐและบุคลากรของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ และมีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ แต่เป็นการใช้อำนาจในฝ่ายบริหารซึ่งมีทั้งฝ่ายการเมืองและฝ่ายปฏิบัติการซึ่งเป็นฝ่ายปกครองโดยแท้ ทั้งนี้ฝ่ายปกครอง ยังหมายความรวมถึง องค์กรอื่น ๆ ของรัฐที่ไม่ใช่ราชการด้วย เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรของรัฐบาล องค์กรมหาชน และหน่วยงานของรัฐประเภทอื่น เช่น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ เป็นต้น

รัฐวิสาหกิจอาจจัดตั้งขึ้นเป็นประเภทที่ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล เช่น องค์กรสุรา โรงงานยาสูบ โรงพิมพ์ตำรวจ หรือเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ.2501 เป็นต้น สาเหตุที่

จัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยพระราชบัญญัติ ก็เพราะว่ารัฐวิสาหกิจเหล่านั้น บางครั้งจำเป็นต้อง ดำเนิน การกิจที่ต้องไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน หากตั้งเป็นบริษัทจำกัด หรือโดยพระราช กฤษฎีกา จะไม่มีอำนาจตามกฎหมายในการดำเนินภารกิจนั้นได้

ในอดีตรัฐจัดองค์กรและบุคลากรของฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส ภายในฝ่ายปกครองได้มีการ แบ่งองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของฝ่ายปกครองออกเป็นสองระดับ คือ องค์กรฝ่าย ปกครองส่วนกลางและองค์กรฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่น ภายหลังการสิ้นสุดของระบบสมบูรณาญา สิทธิราชย์และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเข้ามาแทนที่ ฝรั่งเศสก็ยังแบ่งการปกครอง ออกเป็นสองส่วนเช่นเดิมคือการปกครองส่วนกลางและการปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ก็มีกรมมอบ อำนาจให้แก่ส่วนท้องถิ่นมากขึ้นกว่าเดิม

ซึ่งปัจจุบันองค์กรและบุคลากรของฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส สามารถแบ่งได้เป็น ๒ ประเภท คือ ส่วนกลาง (l'administration centrale) ส่วนท้องถิ่น (l'administration locale) และวิสาหกิจมหาชน (les établissements publics) ซึ่งรวมถึงนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนอื่นๆ (autres personnes morales de droit public) ด้วย การแบ่งองค์กรของฝ่ายปกครองในปัจจุบันออกเป็นสามประเภทนี้มีที่มาจาก ความเป็น “นิติบุคคล” (personne publique) ขององค์กรนั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากในประเทศ ฝรั่งเศส นั้น รัฐ (etat) มีสถานะเป็นนิติบุคคลในขณะที่กระทรวงและกรมอันเป็นหน่วยงานภายในของรัฐไม่มี สถานะเป็นนิติบุคคลเนื่องจากถือว่าเป็น “ส่วนหนึ่ง” ของโครงสร้างของรัฐ ส่วน องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น (les collectivités locales) นั้นมีการกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคล เพื่อให้สอดคล้อง กับหลักว่าด้วยความเป็นอิสระในการบริหารงาน (le principe de libre administration) ขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ส่วนองค์กรมหาชนนั้นก็เช่นเดียวกันกับ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องการความเป็นอิสระในการบริหารงาน จึงต้องมีการกำหนดให้มี สถานะเป็นนิติบุคคลเช่นเดียวกัน (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 48)

ในการวินิจฉัยสั่งการต่างๆ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการตัดสินใจ สามารถแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก อำนาจผูกพัน หมายถึง การตัดสินใจในทางกฎหมายต้องมีข้อเท็จจริง ปรากฏขึ้นมาก่อน และต้องเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายต้องการ กรณีที่เรียกว่าอำนาจผูกพัน คือ ผู้ที่มี อำนาจต้องตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งเท่านั้น ถ้าหากข้อเท็จจริงปรากฏเช่นนั้นขึ้นมาก็จะตัดสินใจ เป็นอย่างอื่นไปไม่ได้ และลักษณะที่สองอำนาจดุลพินิจ แตกต่างจากอำนาจผูกพัน คือ ต้องมี ข้อเท็จจริงเกิดขึ้นก่อนและเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายต้องการเหมือนกรณีอำนาจผูกพัน แต่จะมีข้อ แตกต่างจากอำนาจผูกพันตรงที่ว่าเมื่อ ได้ข้อเท็จจริงอันนั้นแล้ว ผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจมีสิทธิเลือกว่า จะตัดสินใจแบบใด

2. การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง หมายถึง นิติกรรมที่เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิ และหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครองกับเอกชน

การกระทำทางปกครอง (acte administratif) นั้น หมายความว่า การกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายให้จัดทำบริการสาธารณะในการปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่(ประยูร กาญจนกุล, 2537, หน้า 51-52) รองศาสตราจารย์ ดร.วราพงษ์ วิสรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่าการกระทำทางปกครอง หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นๆ ของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้แสดงต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้น ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

โดยรวมการกระทำทางปกครอง ถือเป็นการกระทำประเภทหนึ่งโดยองค์กรของรัฐ ฝ่ายบริหารที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองของรัฐ เนื่องจากเป็นบุคคลที่สมมุติขึ้นมาให้มีอำนาจและมีสิทธิหน้าที่ต่างๆ แยกออกจากเอกชนซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ใต้ปกครองของรัฐ ดังนั้นจึงต้องอาศัยกลุ่มบุคคลที่เรียกว่า “หน่วยงานของรัฐ” หรืออาศัยบุคคลธรรมดาที่เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” เป็นผู้ใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่แทนในนามของรัฐ ใช้อำนาจในการดำเนินการจัดทำกิจกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครอง การกระทำของบุคคลธรรมดาที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้น จะต้องปรากฏว่ามีลักษณะเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และต้องเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่บุคคลนั้นดำรงอยู่และที่สำคัญการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นประโยชน์มหาชน การกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวมานี้จึงจะมีผลเป็นการผูกพันรัฐในทางกฎหมาย

ซึ่งการจะกำหนดขอบเขตความหมายของคำว่า การกระทำทางปกครองที่แน่นอนเป็นเรื่องยาก แต่สามารถพิจารณาได้เป็น 2 ด้าน ดังนี้ (กมลชัย รัตตสทวงค์, 2544, หน้า 27)

2.1 พิจารณาในด้านขององค์กรผู้กระทำการทางปกครอง

การพิจารณาในด้านขององค์กรผู้กระทำการทางปกครอง คือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้จึงจะกระทำได้ เป็นการจำกัดขอบเขตของฝ่ายปกครอง ตามหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นการประกันสิทธิ เสรีภาพแก่ประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจการ

ปกครอง ซึ่งแนวความคิดเรื่องนิติรัฐนี้เองก่อให้เกิด หลักนิติธรรม (the rule of law) ขึ้นในระบบกฎหมายต่างๆ อันมีที่มาจากแนวคิดของ อริสโตเติล ที่ว่า การปกครองที่ดีไม่ใช่การปกครองโดยพลุชนหากแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการปกครองโดยพลุชนย่อมเสี่ยงต่อการปกครองตามอำเภอใจ ขณะที่การปกครองโดยกฎหมายเอื้ออำนวยต่อการที่จะมีความเสมอภาค (equality) และเสรีภาพ (liberty) มากกว่า เพราะหากมีการปกครองโดยหลักนิติธรรมอยู่จริง ทุกคนก็จะมีเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย และมีเสรีภาพ คือ ปราศจากความหวาดกลัวว่าจะมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยผู้ปกครอง แนวความคิดนี้จึงเป็นที่มาของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ซึ่งในอีกแง่หนึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า law and order หรือ บ้านเมืองมีชื่อมีแป ในทางการปกครองโดยหลักนิติธรรมก็คือ หลัก การที่ว่าบรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการเลือกตั้งหรือการแต่งตั้งจะต้องกระทำการภายใต้กฎหมายและธรรมนูญการปกครอง รวมทั้งต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้ ดังนั้น การปกครองโดยหลักนิติธรรมในนัยที่จะให้เกิดความเป็นธรรมนั้น จะต้องมีการออกกฎหมายที่เป็นธรรมด้วย

2.2 พิจารณาลักษณะการใช้อำนาจมหาชน

การพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจมหาชน คือ การกระทำที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งที่จะบังคับเอาฝ่ายเดียว เพราะ ฝ่ายนั้นได้รับมอบอำนาจมหาชน คือ การแสดงออกโดยองค์กรวิชาชีพ องค์กรอิสระ รัฐวิสาหกิจ

3. ประเภทการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการ เนื่องจากข้อพิพาทกับการกระทำทางปกครองถือว่าเป็นคดีปกครอง ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นประเภทได้ดังนี้

3.1 นิติกรรมทางปกครอง

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “acte administratif” ศาสตราจารย์ ดรอมร จันทรมบูรณ์ มีความเห็นว่าควรจะแปลคำดังกล่าวว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในลักษณะเดียวกันกับการแปลคำว่า “juristic act” ในกฎหมายแพ่งว่า “นิติกรรม”

นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ การแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอัน ที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับ หรือมีผลต่อ สถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล หรืออีกนัยหนึ่ง คือ มุ่งจะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิ และหน้าที่ระหว่างองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน

นิติกรรมทางปกครอง มีลักษณะที่สำคัญอยู่ 4 ประการ ดังนี้

- 1) เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ
- 2) เจตนาที่แสดงให้ปรากฏ จะต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย
- 3) ผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนา นั้น คือ การสร้างความสัมพันธ์ ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจ อีกฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ กระทำหรืองดเว้นการกระทำใด มีผลเป็นการที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับ หรือมีผล ต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณี
- 4) นิติสัมพันธ์ดังกล่าว ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น โดยเจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่าย ปกครอง หรือองค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนแสดงออกโดยฝ่ายเดียว โดยที่คู่กรณีไม่ จำเป็นต้องให้ความยินยอม

ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง

- 1) กฎ เป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่ มุ่งหมายให้ใช้บังคับ แก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ
- 2) คำสั่งทางปกครอง เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการ สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบ ต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว ที่มีผลบังคับแก่ กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

3.2 สัญญาทางปกครอง

คำนิยาม ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงาน ทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้ จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การจัดการทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมีวิธีการ 2 วิธี คือ

- 1) วิธีการใช้อำนาจฝ่ายเดียวด้วยการออกกฎ ออกคำสั่ง หรือวิธีปฏิบัติราชการต่างๆ อัน เป็นการใช้อำนาจมหาชน ซึ่งเอกชนถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม เพราะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย
- 2) วิธีการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองเห็นว่ากิจกรรมหลายลักษณะ หลายประเภทไม่เหมาะที่จะใช้วิธีการบังคับ ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงต้องนำรูปแบบการทำสัญญามา

ใช้บังคับ เพื่อให้การจัดการทำประโยชน์สาธารณะบรรลุผล นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงอยู่บนพื้นฐานของสัญญา แต่ไม่ถึงกับเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง

หลักกฎหมายของสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างกับสัญญาตามกฎหมายแพ่ง เช่น รัฐสามารถบอกเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ หากจำเป็นต้องพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะ แต่รัฐก็ต้องชดเชยค่าเสียหาย หรือให้ปรับสัญญากรณีมีเหตุไม่อาจคาดหมาย โดยที่บริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง เอกชนคู่สัญญาต้องปฏิบัติงานต่อ ไม่อาจบอกเลิกสัญญาได้แต่อาจขอปรับเงื่อนไขในสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้

3.3 ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชน ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติแทนในนามองค์กรดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นมีขึ้นในนามขององค์กรปกครอง เพราะขาดลักษณะใดลักษณะหนึ่ง อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้ออกใช้บังคับก่อนหน้านี้ อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกับบุคคลอื่นก็ได้ กล่าวคือ มีการแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาในกรณีเฉพาะเรื่องให้เอกชนผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนั้น ดังนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจึงต้องตัดสินใจใช้อำนาจกำหนดบังคับหรืออนุญาตแล้วแต่กรณีให้เอกชนนั้นกระทำหรืองดเว้นการกระทำ จึงค่อยปฏิบัติการให้เป็นไปตามข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครองต่อไป เรียกว่าการกระทำทางกายภาพ (physical act) มิใช่การกระทำที่มุ่งก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย แต่เป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากเหตุข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ ซึ่งต้องให้การกระทำนั้นถูกต้องและไม่ขัดต่อกฎหมาย มิฉะนั้นรัฐอาจเกิดความรับผิดชอบผิดในทางปกครองหรือความรับผิดชอบอื่นได้

ดังนั้น การกระทำทางปกครองที่อยู่ในขอบเขตอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การกระทำทางปกครองทุกประเภทที่ได้กระทำโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกระทำลงโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ

4. แนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองถือเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพอันชอบธรรมของเอกชนได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และขณะเดียวกันก็ต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กำหนดของกฎหมายเท่านั้น

ประเทศที่มีระบบกฎหมายสมัยใหม่ต่างก็ยอมรับนับถือการกระทำทางปกครองและการบริหารราชการแผ่นดินว่าต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจจะริรอนสิทธิ เสรีภาพ หรือทรัพย์สินเอกชนได้ก็เฉพาะเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดเจนเท่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม (the rule of law) ที่รัฐเองยอมตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับเอกชน กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (source) และข้อจำกัดของการกระทำต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นเพียงการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นทั้งขอบเขตของการกระทำทางปกครอง เป็นทั้งฐานที่มาของการกระทำทางปกครอง และเป็นทั้งกระบวนการขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม ทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่น นอกไปจากระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับเอกชน ฝ่ายปกครองก็ไม้อาจจะกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืน หรือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นได้ และฝ่ายปกครองไม้อาจจะกระทำการใดๆ อันเป็นการบังคับปัจเจกชน โดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้

ในอดีตก่อนจะมีแนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นที่เข้าใจว่าไม่มีอะไรจะมาขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากผู้ปกครองเป็นผู้มีอำนาจรัฐ (puissance publique) อันเป็นอำนาจพิเศษที่ทำให้ฝ่ายปกครองอยู่เหนือเอกชน การกระทำของฝ่ายปกครองจึงสูงสุดและไม่มีข้อจำกัด ต่อมาเมื่อมีการสร้างระบบ “รัฐธรรมนูญ” ให้เป็นกฎหมายสูงสุดและมีการกำหนดให้กฎหมายไม่สามารถขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ พร้อมทั้งมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (le contrôle de constitutionnalité) ซึ่งกฎหมายใดก็ไม่สามารถขัดรัฐธรรมนูญได้ รวมถึงกฎหมายในลำดับรองต่างๆ ที่ต้องเป็นไปตามกฎหมาย และไม่สามารถขัดกับกฎหมายในลำดับที่อยู่สูงกว่าได้ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการดำเนินการต่างๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครองก็ต้องยึดหลักการเดียวกันคือต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ หลักดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองถูกจำกัด

ไม่มีอิสระในการดำเนินการในเรื่องต่างๆ เพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ใต้ปกครองด้วย

หลักความชอบด้วยกฎหมายสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ต้องยึดถือ คือ

1) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะขอบเขตของการกระทำทางปกครอง

ถ้าพิจารณาในแง่นี้ บรรดากฎหมายแห่งกฎหมายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ ไม่ว่าจะมีความศักดิ์สูงเพียงใดย่อมเป็นขอบเขตจำกัดมิให้ทั้งนิติกรรมทางปกครองและการกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครองเกินขอบเขตที่กฎหมายแห่งกฎหมายทั้งหมดวางไว้

2) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะที่เป็นรากฐานของการกระทำทางปกครอง

หลักข้อนี้ต่างจากข้อแรกตรงที่หลักข้อแรกห้ามฝ่ายปกครองกระทำการนอกขอบเขตหรือขัดต่อกฎหมายแห่งกฎหมาย แต่หลักข้อนี้บังคับให้การทำนิติกรรมทางปกครองต้องได้รับมอบอำนาจมาจากกฎหมายแห่งกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าสิ่งที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีอำนาจ คือ ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายแห่งกฎหมายระบุให้มีอำนาจ เรื่องที่จะมีอำนาจทำ สถานที่ที่ทำได้ ตลอดจนระยะเวลาที่มีอำนาจ

3) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะกระบวนการที่ถูกต้อง

นิติกรรมทางปกครองที่ดี การกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครองก็ดำเนินการจากต้องทำโดยมีอำนาจที่มอบมาจากกฎหมายแห่งกฎหมายและต้องไม่เกินขอบเขตแห่งกฎหมายแล้ว ที่สำคัญที่สุดก็คือ ฝ่ายปกครองต้องเคารพกระบวนการ ขั้นตอน ที่กฎหมายแห่งกฎหมายวางไว้

5. ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลัก “การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นสิ่งที่ประเทศที่เป็นนิติรัฐยึดถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด เพื่อวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือปกป้องสิทธิ เสรีภาพของประชาชน จากการกระทำของฝ่ายปกครอง ในประเทศฝรั่งเศสหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ถือเป็นเรื่องบังคับที่ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือปฏิบัติ และต้องดำเนินการต่างๆภายใต้กรอบกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง กฎหมายที่กำหนดอำนาจมิได้หมายความว่าเฉพาะกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่หมายถึงกฎหมายทั้งระบบ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหาร ดังนั้นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับฝ่ายปกครองนี้มีที่มาที่อาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและ ที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

5.1 ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (la légalité écrite)

5.1.1 ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในประเทศฝรั่งเศส

ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จะพบอยู่ในกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา กับข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป (règlement) ออกโดยเจ้าหน้าที่ทางปกครอง ภายในกรอบของความสามารถทั้งกฎหมายแบบพิธีและข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไปนี้มีผลบังคับต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของกฎหมายแบบพิธีและข้อบังคับดังกล่าว จะมีผลให้การปกครองเป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (มนตรี รูปสุวรรณ, 2530, หน้า 575)

(1) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (lois constitutionnelles)

ถือเป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่พึงปวง เนื่องจากจากรัฐธรรมนูญ ในประเทศประชาธิปไตยที่ปกครองโดยมี “รัฐธรรมนูญ” นั้น รัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงที่สุดของกฎหมายภายในประเทศ (le bloc de constitutionalité) คำสั่งหรือการกระทำในทางปกครองใดจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิได้ รัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายลำดับที่สูงที่สุดในกลุ่มของกฎหมายในประเทศ เนื่องจากในด้านรูปแบบรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากข้อตกลงร่วมกันระหว่างประชาชนในรูปแบบสัญญาประชาคม (le contrat social) ส่วนในด้านเนื้อหา รัฐธรรมนูญประกอบด้วยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ โครงสร้างของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐ (les pouvoirs publics) และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของประชาชน ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการยืนยัน โดยองค์กรศาลของฝรั่งเศสสององค์กรคือ ศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกา โดยในคำวินิจฉัยลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ.1998 กรณี Sarran, Levacher et autres นั้นศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า ในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายภายใน (ordre interne) กับกฎหมายระหว่างประเทศ (ordre international) ในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการต่างๆ ภายในประเทศ ให้ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ต้องยึดถือปฏิบัติตาม ซึ่งต่อมาศาลฎีกาก็ได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดี FRAISSE เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ.2000 ซึ่งผู้พิพากษาสามารถอ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (actes administratifs) ที่ขัดแย้งได้ (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 53)

(2) คำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และพลเมือง ค.ศ.1789 (déclarations de droits) และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ.1946 (préambules constitutionnels)

ปฏิญญาว่าด้วยคำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และพลเมือง ค.ศ.1789 มนุษยชนมีเนื้อหาเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนแต่ละคน มีการวางหลักความเสมอภาคทางกฎหมาย

ความเสมอภาคทางด้านกระบวนการยุติธรรม การเข้าทำงานกับรัฐ เสรีภาพประเภทต่างๆ และความมั่นคงปลอดภัยของพลเมือง ส่วนคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค .ศ.1946 เป็นเรื่องที่รัฐให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 และเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง ดังนั้นจึงมีภาพบังคับ บเท่ากับกฎหมาย ดังนั้นนิติกรรมทางปกครองใดๆ ที่มีลักษณะขัดแย้งกับคำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และพลเมือง คศ.1789 (déclarations de' droits) และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี คศ.1946 (préambules constitutionnels) ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (les traités internationaux)

ลำดับศักดิ์ของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 มาตรา 54 และมาตรา 55 โดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศมีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่สามารถขัดหรือแย้ง กับรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันสนธิสัญญาระหว่างประเทศมีสถานะสูงกว่ารัฐบัญญัติ ดังนั้นรัฐบัญญัติไม่สามารถขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้

(4) ข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป

ข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไปที่เรียกว่า règlement หมายความว่า ความรวมถึงนิติกรรมที่เป็นกฎเกณฑ์อันมาจากรัฐ เป็นที่แน่ชัดว่าข้อบังคับของรัฐที่มีลักษณะทั่วไปมีผลใช้บังคับที่อยู่ในฐานะสูงกว่าและกว้างกว่า ข้อบังคับที่มีลักษณะเฉพาะปรับใช้ในบริการสาธารณะนั้นๆ หรือใช้ในท้องที่นั้นๆ แต่กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปที่เรียกว่า mesure eèglementaire เป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายในลักษณะที่ว่า เมื่อมีการออกกฎเกณฑ์นั้นอย่างถูกต้องแล้ว กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะใช้บังคับต้อง สอดคล้องด้วยเสมอ จึงกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นมาแล้ว หลักนี้ได้ถูกนำไปใช้ในกฎหมายฝรั่งเศสใน 3 รูปแบบ กล่าวคือ

ก. คำวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป เมื่อข้อบังคับนั้นถูกตราขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในฐานะสูงกว่า

ข. คำวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับทั่วไป เมื่อข้อบังคับนี้ ถูกตราขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ในระดับเดียวกันกับเจ้าหน้าที่ที่ตรากฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ลักษณะเฉพาะของเขาเองได้

ค. คำวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับทั่วไป เมื่อข้อบังคับ นั้นถูกตราขึ้นในขอบเขตความสามารถของเจ้าหน้าที่ที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าผู้ที่ออกกฎเกณฑ์ลักษณะเฉพาะบุคคลอันใดนำมาใช้ปฏิบัติ

(5) ลำดับชั้นของที่มาที่เป็นลายลักษณ์อักษร (hiérarchie des sources écrites)

บรรดาที่มาต่างๆ ของหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น มีลักษณะ เกี่ยวข้องกับชั้นขององค์กรของรัฐด้วย คือองค์กรของรัฐที่สูงกว่าก็ออกกฎหมายที่มีฐานะดีกว่าองค์กรที่ต่ำกว่าในแต่ละชั้น คำวินิจฉัยรวมถึงข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับทั่วไป ไม่สามารถฝ่าฝืนกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ลำดับชั้นที่สูงกว่า อีกทั้งประเภทของข้อบังคับก็มีลำดับชั้นในตัวเอง

5.1.2 ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในประเทศไทย

ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในประเทศไทย จะพบอยู่ในกฎหมายตามแบบพิธีซึ่งกฎหมายตามแบบพิธี หมายความว่า กฎหมายที่ออกโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย ลำดับศักดิ์ของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย แบ่งอย่างละเอียดเป็น 7 ชั้น ได้แก่

(1) รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายสูงสุดในการจัดการปกครองรัฐ ถ้าแปลตามความหมายของคำจะหมายถึง การปกครองรัฐอย่างถูกต้องเป็นธรรม ในความหมายอย่างแคบ รัฐธรรมนูญต้องมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร และไม่ใช้สิ่งเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายรัฐธรรมนูญมีความหมายกว้างกว่าและจะเป็นรูปแบบลายลักษณ์อักษรหรือจาริตประเพณีก็ได้

รัฐธรรมนูญในปัจจุบันนี้มีทั้งเป็นลักษณะลายลักษณ์อักษร และลักษณะไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยที่ลักษณะไม่เป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากจะใช้หลักของจาริต ประเพณีการปกครองแล้ว กฎหมาย ทุกตัวที่เกี่ยวข้องกับการปกครอง ย่อมถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ ธรรมนูญด้วย โดยประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลักษณะลายลักษณ์อักษร ซึ่งทุกประเทศทั่วโลกมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ทั้งประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยรวมถึงประเทศที่ปกครองระบอบเผด็จการ เพื่อใช้เป็นหลักหรือเป็นแนวทางในการบริหารประเทศ

(2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็น กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ตราขึ้นในรูปแบบพระราชบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้มีขึ้นอีกรูปแบบหนึ่งในระบบบทกฎหมายไทย เพื่อกำหนดรายละเอียดซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ บางมาตราที่บัญญัติหลักการไว้อย่างกว้างๆ ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้มีความกระจ่างแจ้งชัดเจนและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยไม่ต้องบัญญัติไว้ในตัวบทแห่งรัฐธรรมนูญ ให้มีความยาวมากเกินไป และเพื่อที่จะได้สะดวกแก่การแก้ไขเพิ่มเติม โดยไม่ต้องดำเนินการตามวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ

(3) พระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติ คือบทกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ เป็นประจำตามปกติ เพื่อวางระเบียบบังคับความประพฤติของบุคคลรวมทั้งองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่าบทกฎหมายอื่นๆ นอกจากรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ การตราพระราชบัญญัตินั้นจะทำได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธย และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

(4) พระราชกำหนด

พระราชกำหนด คือ กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นตามคำแนะนำและความยินยอมของคณะรัฐมนตรี ซึ่งจะมีศักดิ์ ในการใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ ซึ่งการตราพระราชกำหนดนี้ จะมีข้อจำกัดให้คณะรัฐมนตรีวางคำแนะนำและยินยอมได้แต่เฉพาะ เมื่อมีกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เช่น เพื่อการรักษาความปลอดภัยของประเทศ เพื่อความปลอดภัยสาธาณะ ระณะเพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือเป็นกรณีจำเป็นเกี่ยวกับกฎหมายภาษีอากร หรือเงินตราที่มีความเร่งด่วนและเป็นความลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน

(5) พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกา คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด เพื่อใช้ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี มีศักดิ์ ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย และพระราชกำหนด

การตราพระราชกฤษฎีกา รัฐมนตรีซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องจะอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดนั้นๆ เสนอร่างพระราชกฤษฎีกาต่อคณะรัฐมนตรีให้พิจารณา โดยร่างพระราชกฤษฎีกานั้นจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดที่เกี่ยวข้อง เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้ว จะต้องนำร่างพระราชกฤษฎีกา ขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงตราพระราชกฤษฎีกานั้นๆ นายกรัฐมนตรี จะเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการจากนั้นจึงนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาบังคับใช้ต่อไป

(6) กฎกระทรวง

กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่งของประเทศไทย ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ หรือแห่ง

กฎหมายที่มีฐานะเสมอกัน เป็นต้นว่า ประมวลกฎหมาย พระราชกำหนด กฎกระทรวงนั้นเดิม เรียกว่า กฎเสนาบดี

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงผู้รักษาอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ซึ่งให้อำนาจ รัฐมนตรีกระทรวงนั้นๆ ออกกฎกระทรวง จะเป็นผู้เสนอร่างกฎกระทรวงต่อ คณะรัฐมนตรี เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้นประกาศใช้ร่าง กฎกระทรวงนั้นเป็นกฎหมายได้ โดยจะมีผลใช้บังคับเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว

(7) กฎหมายที่ตราโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เป็นกฎหมายซึ่งรัฐ มอบอำนาจให้องค์กรท้องถิ่น ออกใช้บังคับในท้องถิ่นได้ ใน ปัจจุบันการปกครองท้องถิ่นไทย ประกอบไปด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรวม 5 รูปแบบ ดังนี้

- ก. องค์การบริหารส่วนจังหวัด (provincial administration organization)
- ข. เทศบาล (municipality)
- ค. องค์การบริหารส่วนตำบล (sub district administration organization)
- ง. กรุงเทพมหานคร (Bangkok metropolitan administration)
- จ. เมืองพัทยา (Pataya city)

ประเทศไทยการที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น ในการออกนิติกรรมทางปกครองจึงต้องเคารพและคำนึงถึง หลักเบื้องต้น คือกฎหมาย ซึ่งคำว่ากฎหมาย หมายถึง กฎหมายที่ เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และกฎหมายลำดับรองที่ได้รับมอบอำนาจนั้น ฝ่าย ปกครองจะต้องเคารพและไม่อาจขัดแย้ง หรือฝ่าฝืนได้ หากนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาขัดหรือ ขแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าว นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถเพิกถอนได้

หลักการดังกล่าวนอกจากจะใช้กับฝ่ายปกครองแล้ว ยังรวมไปถึงถึงคณะรัฐมนตรีของ ไทยที่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครองสูงสุดก็ต้องเคารพ หลักการดังกล่าวเช่นกัน ดังนั้นมติ คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นการตัดสินใจร่วมกันจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตามความหมายของกฎหมายตามความเข้าใจทั่วไป จึงหมายถึงกฎหมายที่ เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่รวมถึงแบบแผนของทางราชการ ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ของฝ่าย ปกครอง รวมถึงมติคณะรัฐมนตรีด้วย ซึ่งไม่ถือเป็นกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย

เหตุผลที่ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง กระทำการต่างๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองได้ ก็เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) นั่นเอง กล่าวคือ ในรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้น จะมี

การแบ่งหรือกระจายการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นสามฝ่าย และให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรกัน เป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยแยกเป็นอิสระจากกัน ได้แก่ การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทางนิติบัญญัติ (legislative function) การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทางบริหาร (executive function) และการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทางตุลาการ (judicial function)

รัฐที่ปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองของรัฐกระทำการต่างๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองจะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยความยินยอมของผู้แทนปวงชน และกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภา ซึ่งเป็นสถาบันอัน ประกอบด้วย ผู้แทนของปวงชนก็คือ พระราชบัญญัตินั่นเอง

ส่วนพระราชกำหนด แม้ว่าจะไม่ได้ตราขึ้นโดยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภา แต่ในท้ายที่สุดแล้วความมีผลบังคับของพระราชกำหนดก็ต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของรัฐสภา เช่นเดียวกัน

พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด จึงเป็นกฎหมายที่สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถกระทำการต่างๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองได้

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองได้นั้น จะต้องมีความมุ่งหมาย หรือมีเจตนารมณ์เพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นประโยชน์มหาชนกฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับเพื่อประโยชน์อย่างอื่นนอกจากนี้ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ และเป็นผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ (อุริชญา วัฒนรุ่ง, ออนไลน์, 2551 ก)

5.2 ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

5.2.1 ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในประเทศฝรั่งเศส

(1) ประเพณีปฏิบัติ และคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย (coutume et jurisprudence)

ประเพณีปฏิบัติ และคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยเป็นที่มาของกฎหมายปกครอง ขณะเดียวกัน ประเพณีปฏิบัติ และคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยก็เป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย

สภาแห่งรัฐ (conseil d'etat) ยอมรับหลักการที่ได้ถือปฏิบัติกันมานานและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ยังยอมรับแนวทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองต้องผูกพัน ด้วยเหตุนี้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนแนวปฏิบัติอาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าคำสั่งนั้นไม่แสดงออกว่ามีเจตนารมณ์ที่จะยกเลิกแนวปฏิบัติเดิมอย่างแจ่มชัดเพื่อถือปฏิบัติใหม่

ที่มาจากคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยในประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นที่มาที่สำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมาย และบุคคลที่มีความสำคัญที่สุดก็คือตุลาการศาลปกครอง ในการสร้างแนวคำวินิจฉัย โดยในการพิจารณาคดีตุลาการศาลปกครองจะเป็นผู้ตีความกฎหมายตามลายลักษณ์อักษร และขณะเดียวกันต้องสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จึงถือเป็นหน้าที่สำคัญในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป

(2) หลักกฎหมายทั่วไป (les principes généraux du droit)

หลักกฎหมายทั่วไปได้นำเข้ามาในหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ด้วยการขยายความของคำว่ากฎหมาย การฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเหตุรับฟ้องของสภาแห่งรัฐ หลักกฎหมายทั่วไปได้เป็นลักษณะสำคัญของคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ตั้งแต่ปี ค .ศ.1944 และเป็นมาตรการสำคัญที่ทำให้สภาแห่งรัฐมีอิทธิพลเหนือระบบบริหารของประเทศฝรั่งเศส การวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปแสดงให้เห็นคุณสมบัติอ่อนตัวของกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐได้ยอมรับว่าฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองต้องถือปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปและเป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักกฎหมายทั่วไปถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในทางบริหาร เพราะหลักกฎหมายทั่วไปส่วนใหญ่ได้รับการยอมรับจากศาลปกครอง ตามความเป็นจริงแล้ว หลักกฎหมายปกครองเป็นสิ่งที่ศาลปกครองได้สร้างขึ้นโดยนำมาจากหลักความเป็นธรรม และนำมาอ้างอิงเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน

ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปของฝรั่งเศส อาจมีที่มาได้ดังนี้

(1) ตราสารรัฐธรรมนูญต่างๆ ซึ่งนักนิติศาสตร์บางท่านรวมเรียกว่าประเพณีรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐ

(2) กฎหมายแพ่งและวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลปกครองนำหลักบางเรื่องมาใช้ บังคับแม้ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจเช่นนั้น เช่น หลักเกณฑ์ห้ามการลงโทษซ้ำในเรื่อง เดียวกัน

(3) กฎหมายธรรมชาติซึ่งทำให้เกิดความยุติธรรมและเป็นธรรม และหลัก ที่ว่าฝ่ายบริหารย่อมจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนอย่างตรงไปตรงมาและเป็นธรรม ได้มาจากหลัก กฎหมายธรรมชาตินี้เอง ด้วยเหตุนี้สิทธิในการสั่งวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหาร เมื่อมีคำขอเรื่องนอกเหนืออำนาจ จึงไม่ใช่พื้นฐานของกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ขึ้นกับหลัก ทั่วไป ซึ่งมาจากความยุติธรรมตามธรรมชาติ

5.1.2 ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในประเทศไทย

(1) จารีตประเพณี

นอกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นที่มาอันสำคัญและแน่นอนที่สุดของ กฎหมายปกครองไทยแล้ว จารีตประเพณีก็อาจเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรม ทางปกครองได้เช่นกัน แต่เป็นที่มาที่สำคัญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จารีตประเพณี เป็น ทัศนสถานที่กำหนดให้คนในสังคมประพฤติปฏิบัติอย่าง เข้มงวด มีการควบคุมที่รุนแรงเพื่อป้องกัน การฝ่าฝืน โดยคนในสังคมนั้นถือว่าแบบแผนการปฏิบัติ ดังกล่าวเป็นสิ่งดีสิ่งงาม ผู้ละเมิดเป็นคนผิดคนชั่ว เป็นต้น จารีตประเพณีจึงมีลักษณะเป็นข้อห้าม เช่น การห้ามสมรสกันระหว่างญาติสืบสายโลหิต และขอให้ปฏิบัติ เช่น ต้องช่วยเหลือผู้อื่น เป็นต้น อันใดจะเป็นจารีตประเพณีได้ ต้องเป็นแนวประพฤติปฏิบัติที่ดำเนินสืบๆ ต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน โดยผู้ปฏิบัตินั้นรู้สึกร่วมกันว่าจะต้องปฏิบัติตาม เป็นกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติเช่นเดียวกับ กฎหมาย

จารีตประเพณีนั้นวิวัฒนาการมาจากศีลธรรม ซึ่งเกิดแต่ความรู้สึกนึกคิดของ มนุษย์แต่ละคนว่าการกระทำอย่างไรชอบ อย่างไรไม่ชอบ เกิดจากมโนสำนึกและมโนธรรมของแต่ละ คน มีขึ้นได้เพราะแต่ละคนมีสติปัญญาจะหยั่งรู้ว่เมื่อตนกระทำอย่างไรไปแล้ว อีกฝ่ายจะรู้สึก นึกคิดอย่างไรและจะมีปฏิกิริยาอย่างไร

จารีตประเพณี ตามประวัติศาสตร์นั้นได้รับการใช้บังคับเสมอเป็นกฎหมาย มา แต่อดีตก่อนที่สังคมจะรวมเป็นรัฐและมีระบบอักษรใช้ ปัจจุบันบางประเทศมีการบันทึกจารีต ประเพณีเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อประโยชน์ในการสืบทอดและจัดข้อสงสัยด้วย

ความสำคัญของจารีตประเพณีอยู่ที่ ถึงแม้จะมีความพยายามในการเขียน กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้มีความกว้างขวางเพียงไร แต่ก็ไม่สามารถครอบคลุมกรณีทั้งปวงได้ จึงต้องอาศัยจารีตประเพณีมาประกอบให้สมบูรณ์เสมอ เช่น ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 17 ของรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ”

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กล่าวว่า “สำหรับประเทศไทยแล้ว เห็นว่าเมื่อประเทศไทยรับเอาระบบประมวลกฎหมาย (code law) มาใช้ก็น่าที่จะยอมรับแนวคิดที่ว่าจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายในตัวเอง ซึ่งหมายความว่าเมื่อจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายในตัวมันเอง จารีตประเพณีก็ใช้บังคับกับสังคมได้โดยตรงโดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายมารองรับ”

จารีตประเพณีจะใช้ได้ ก็ต่อเมื่อไม่อาจหากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้แก่กรณีนั้นๆ แล้ว ฉะนั้นในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรระบุไว้โดยชัดแจ้งแล้วจะไม่ใช้จารีตประเพณีมาพิจารณาเป็นอันขาด ทั้งนี้ จารีตประเพณีที่ใช้ได้เพื่อการอุดช่องว่างทางกฎหมายเช่นว่า ต้องมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีที่ได้รับการปฏิบัติสืบต่อกันมายาวนานและสม่ำเสมอจนกลายเป็นธรรมเนียม กับทั้งต้องมีสภาพที่สังคมเห็นว่าเป็นสิ่งถูกต้อง สมควรปฏิบัติตาม เป็นต้น นอกจากนี้ จารีตประเพณีที่จะนำมาใช้จะต้องไม่มีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

ก. สร้างความผิดทางอาญาขึ้นใหม่ เพื่อให้เป็นไปตามหลักที่ว่า “ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด” และ “ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด”

ข. กำหนดหน้าที่ของบุคคลเพิ่มจากที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้แล้วไม่ได้ เช่น จะมีจารีตประเพณีให้เสียภาษีมรดกต่างๆ ที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้เสียไม่ได้

ประเทศไทยถือหลักกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรมีอำนาจสูงสุด บังคับเหนือกฎหมายที่มีได้ตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การจะอ้างจารีตประเพณีเพื่อลดล้างหรือใช้แทนบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงกระทำมิได้ เพราะตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญถือว่าการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้อีกต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดแจ้ง ดังนั้นฝ่ายปกครองจะอ้างจารีตประเพณีมาใช้บังคับแก่บุคคลกรณีดังกล่าวมิได้ ทางที่จะนำเอาจารีตประเพณีมาใช้ประกอบได้ก็มีแต่ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะใช้ดุลยพินิจได้ เพื่อให้สามารถใช้บทกฎหมายบังคับได้เหมาะสมกับพฤติการณ์ ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองอาจใช้จารีตประเพณีมาประกอบดุลยพินิจได้ แต่ถึงกระนั้นก็ไม่อาจที่จะกระทำโดยขัดกับหลักกฎหมายได้

จารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายปกครองที่มีความสำคัญน้อยกว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งต่างกับกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะกฎหมายแพ่ง ซึ่งให้ความสำคัญกับจารีตประเพณี ทั้งนี้เพราะ มีบทบัญญัติที่มาจากจารีตประเพณีอยู่น้อย นอกจากนี้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้สามารถนำจารีตประเพณีมาใช้แทนได้ เห็นได้จากบทบัญญัติประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แล ะถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

(2) คำพิพากษาของศาล

คำพิพากษาของศาลปกครองนั้นมีความสำคัญอย่างสูง เนื่องจากการตีความและอธิบายบทบัญญัติของกฎหมาย อาจจะเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายได้โดยเป็นต้นเหตุให้เกิดการแก้ไขกฎหมาย เมื่อฝ่ายบริหารเห็นว่าศาลได้ตีความกฎหมายไปในทางที่ไม่ตรงต่อเจตนารมณ์หรือนโยบายที่ออกกฎหมาย และทำให้เกิดความขัดข้องเสียหายในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง หรือเมื่อศาลชี้ให้เห็นข้อบกพร่องของกฎหมายจนเป็นเหตุให้มีการแก้กฎหมายนั้น

(3) หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ “ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ ” เช่น การตั้งการต้องให้เหตุผลประกอบหากไม่ให้เหตุผลก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเสริมช่องว่างของกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป ในการชี้ขาดคดีปกครองเป็นสิ่ง จำเป็นสำหรับการควบคุมฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายนั้นย่อมไม่สามารถกำหนดรายละเอียดได้ ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายบริหารจึงเกิดขึ้นเพราะการบริหารเป็นไปอย่างรวดเร็วจน ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการไม่สามารถพัฒนาได้ทัน อีกทั้งระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ กำหนดตายตัวได้ยาก เพราะมีหลายลักษณะหลายประเภท ดังนั้น ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ จึงประกอบด้วยหลักทั่วไปโดยมีข้อยกเว้น และข้อยกเว้นของข้อยกเว้น อีกเป็นจำนวนมาก ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการจึงควรมีลี้ กษณะปรับตัวได้ง่ายและสร้างข้อยกเว้นได้ง่าย เนื่องจากการบริหารราชการแผ่นดินย่อมไม่สามารถกำหนดอุปสรรคหรือข้อเท็จจริงได้ได้แน่นอน

6. ข้อจำกัดหลักของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

แม้จะมีหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ที่ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือด้วยบทกฎหมายและหลักเกณฑ์ต่างๆ อย่างเคร่งครัดเป็นหลักในการทำงาน ซึ่งทำให้ดูเหมือนว่าฝ่ายปกครองไม่มี “เสรีภาพ” ในการคิดซึ่งในความเป็นจริงแม้กฎหมายจะเป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือและปฏิบัติอย่างเคร่งครัด แต่ในระบบปกครองได้เปิดโอกาสให้ ฝ่ายปกครองได้มี “เสรีภาพ” ในการดำเนินการบางเรื่องโดยผ่านกลไกการทำงานของฝ่ายปกครอง คือกระบวนการคิดซึ่งได้แก่ อำนาจดุลยพินิจ (pouvoir discrétionnaire) นอกจากนั้นในบางกรณีอาจมีความจำเป็นใหญ่หลวงหากฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมายแล้วจะไม่สามารถแก้ปัญหาของชาติได้หรือ อาจทำให้เกิด

ปัญหาเกี่ยวกับประเทศชาติและประชาชน ทฤษฎีสถานการณ์ฉุกเฉิน (la théorie des circonstances exceptionnelles) ก็เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่างๆ ได้ เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะสามารถแก้ปัญหาได้ทันทั่วทั้งที่ฝ่ายที่ตุ่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้ยอมรับถึงการกระทำทางปกครองบางประเภท เช่นการกระทำทางรัฐบาล (les actes de gouvernement) หรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (les mesures d'ordre interieur) ว่าสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 66)

ซึ่งข้อจำกัดบางประการของการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นเพียงข้อสงวนของการใช้ดุลยพินิจ แต่ในระบบปกครองได้เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้มีเสรีภาพ โดยสามารถแบ่งได้ดังนี้

6.1 อำนาจดุลยพินิจ (pouvoir discrétionnaire)

การกระทำของฝ่ายปกครองบางเงื่อนไขไม่ว่าโดยทางกฎหมายหรือทางปฏิบัติ อาจไม่อยู่ในกฎเกณฑ์ต่างๆ ทางกฎหมายที่กำหนดไว้เรียกว่าอำนาจดุลยพินิจ คือ การที่กฎหมายได้กำหนดอำนาจหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้ให้มีอิสระที่พิจารณาดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดอย่างหนึ่งนำเอากฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงตามอำนาจหน้าที่นั้นได้ตามที่เห็นสมควร เพื่อให้ เกิดความยุติธรรม และความเหมาะสมในการดำเนินงาน ซึ่งขั้นตอนในการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนการเลือกใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะเลือกตัดสินใจได้ตามที่เห็นสมควร

อำนาจดุลยพินิจ หมายความว่า ในการกระทำทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งเมื่อผู้ออกคำสั่งได้ข้อเท็จจริงที่กฎหมายต้องการแล้ว ผู้ออกคำสั่งมีอำนาจเลือกตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งที่เห็นว่าเหมาะสม ซึ่งกฎหมายได้กำหนดทางเลือกไว้สองลักษณะ คือ อาจกำหนดทางเลือกเปิดกว้างให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งสามารถใช้ดุลยพินิจตามความเหมาะสม ซึ่งตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน (le compétence lié) ที่เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และเมื่อได้ทำตามขั้นตอนแล้วก็จะต้องตัดสินใจไปตามที่กฎหมายกำหนด

อำนาจผูกพัน หมายความว่า อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐโดยได้มีการบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติหรือออกคำสั่งทางปกครองตามที่ได้กำหนดไว้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, 2541, หน้า 286)

6.2 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน (la théorie des circonstances exceptionnelles)

แนวความคิดของทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินมีว่าในสถานการณ์วิกฤตบางอย่าง การปฏิบัติตามหลักว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นการเสี่ยงต่อการที่จะทำให้การดำเนินการทางปกครองต้องหยุดชะงักลง เพราะหลักการดังกล่าวห้ามฝ่ายปกครองใช้

มาตรการบางอย่างที่จำเป็น ตามสภาพการณ์ หรือหากจะทำเช่นนั้นได้เกิดความล่าช้าในการใช้ มาตรการดังกล่าว ดัง นั้นในเวลาที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน ถ้าจะให้การดำเนินการทางปกครองมี ประสิทธิภาพก็ต้องยอมที่จะให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยความชอบด้วย กฎหมาย ดังนั้นในเวลาที่มีสถานการณ์ ฉุกเฉิน ฝ่ายปกครองอาจฝ่าฝืนกฎหมายที่บัญญัติให้ฝ่าย ปกครองต้องปฏิบัติในสถานการณ์ปกติได้ แต่การกระทำทั้งหลายในสภาวะสถานการณ์ฉุกเฉิน จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายพิเศษ (droit special) ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้อยู่ในสภาวะการณ ปกติ (อิสระ นิติทัศน์ประกาศ, 2529, หน้า 110 - 111)

ระบบกฎหมายทั้งหลายยอมรับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการใช้อำนาจได้ตามความ จำเป็นของสถานการณ์ โดยไม่ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเคร่งครัดนัก แต่อย่างไรก็ดี ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงครามและในสถานการณ์ไม่ปกตินี้ เป็นแต่เพียงข้อยกเว้นในกรณีที่มี เหตุจำเป็นที่จะ ต้องผ่อนคลายหลักที่ว่าการกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วย กฎหมายเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าต้องคงใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยสิ้นเชิง หากเป็น แต่เพียงว่าการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองน้อยกว่าในยามปกติ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจมากขึ้น แต่ ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติ การให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไป มิฉะนั้นอาจจะถูก ฟ้องร้องต่อศาลได้ ถ้าเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในเรื่องนี้ประเทศไทยเราก็มี พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ .ศ.2457 และพระราชกำหนดการ บริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ที่รัฐบาลได้ประกาศให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่ 17 กรกฎาคม 2548 ที่ผ่านมา

สถานการณ์ฉุกเฉิน หมายความว่า สถานการณ์บางอย่างทางด้านพลุติภัยซึ่งยังผลให้มี การพักการใช้บังคับกฎหมายธรรมดา (des règles ordinaires) แก่การดำเนินงานในทางปกครองและ ใช้บังคับความชอบด้วยกฎหมายพิเศษ (une légalité particuliere) หรือความชอบด้วยกฎหมายแบบ ยกเว้น (une d' exception) (ขวัญชัย สันตสว่าง, 2542, หน้า 94) แก่การกระทำดังกล่าว โดยศาลจะ เป็นผู้ชี้ให้เห็นความจำเป็นที่จะต้องพักใช้กฎหมายธรรมดาและใช้กฎหมายพิเศษหรือไม่

6.2.1 องค์ประกอบของสถานการณ์ฉุกเฉิน

(1) เป็นสถานการณ์ผิดปกติธรรมดา (une situation anormale) ซึ่งบังคับให้ฝ่าย ปกครองจำต้องกระทำการใดๆ เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่สาธารณประโยชน์

(2) สถานการณ์เช่นนั้นไม่เอื้ออำนวยให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมาย ธรรมดา ซึ่งอาจมาจากว่าไม่สามารถปฏิบัติตามด้านกายภาพได้ เช่นการคมนาคมถูกตัดขาดทำ ให้การติดต่อกับองค์กรปกครองระดับสูงไม่สามารถกระทำได้ หรือการปฏิบัติตามกฎหมายธรรมดา

จะเป็นการเสี่ยงต่อการที่จะทำให้การดำเนินงานในทางปกครองล่าช้า ซึ่งจะทำให้ไร้ประสิทธิภาพ (อิสรระ นิธิพัทธ์ประภาส, 2529, หน้า 110 - 112)

6.2.2 ผลในทางกฎหมายของสถานการณ์ฉุกเฉิน

(1) ฝ่ายปกครองได้รับการยกเว้นจากการปฏิบัติตามรัฐบัญญัติใดๆ ถ้าหากว่าการปฏิบัติตามรัฐบัญญัตินั้นๆ จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินงานในทางปกครอง

(2) องค์กรปกครองจะต้องเคารพหลักการว่า ด้วยความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน สาระสำคัญของหลักการนี้ คือ การกระทำทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องมุ่งกระทำเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเผชิญสถานการณ์วิกฤตได้ และจะต้องปรับวิธีดำเนินงานให้สอดคล้องกับความมุ่งหมายดังกล่าว

ผลในทางกฎหมายของการกระทำภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินทำให้การกระทำหรือวิธีการทุกอย่างที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ไปนั้นกลายเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย และการสั่งการหรือการดำเนินการใดๆ ลักษณะเดียวกัน หากเป็นยามที่สถานการณ์ปกติจะเป็นการผิดกฎหมายอย่างร้ายแรงก็ตาม

6.3 นิติกรรมทางปกครองที่ไม่อาจตรวจสอบได้

มีนิติกรรมทางปกครองบางประเภทซึ่งมีลักษณะพิเศษในตัวเองที่อาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับองค์กรอื่นที่ใช้อำนาจรัฐที่อาจออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรืออาจเป็นการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครองที่มีได้มุ่งเน้นว่าจะต้องมีผลเกี่ยวข้องกับประชาชนทั่วไป (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 68)

6.3.1 การกระทำทางรัฐบาล (acte de' gouvernement) ได้แก่ การกระทำของรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นทางการเมือง (nature politique) เช่น นิติกรรมทางปกครองเกี่ยวกับรัฐสภา การประกาศใช้กฎหมายหรือ อการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น หรือนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การให้หรือไม่ให้สัตยาบันข้อตกลงระหว่างประเทศ การกระทำของรัฐบาลเป็นเรื่องที่ไม่สามารถฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ เนื่องจากไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงาน โดยปกติของฝ่ายปกครอง แต่เป็นเรื่องที่รัฐบาลต้องไปรับผิดชอบต่อรัฐสภา (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 68)

6.3.2 มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (les mesures d'ordre intérieur) ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชากระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งคำสั่งนี้อาจมีสภาพเป็นนิติกรรมทางปกครองหากกระทบต่อสถานภาพ สิทธิ หรือหน้าที่ของผู้นั้น แต่ถ้าหากไม่กระทบต่อ สถานภาพ สิทธิ หรือหน้าที่ ถือเป็น มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ไม่สามารถตรวจสอบโดยศาลปกครองได้ เช่นหากผู้บังคับบัญชา

มีคำสั่งให้แสดงความคิดเห็นถือเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่กระทบต่อ สถานภาพ สิทธิ หรือหน้าที่ ไม่สามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งต่างกับการสั่งเลื่อนระดับ การสั่งลงโทษซึ่ง เป็นการกระทบต่อ สถานภาพ สิทธิ หรือหน้าที่ถือเป็นนิติกรรม ทางปกครองที่สามารถฟ้องต่อศาล ปกครองได้ (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 68)

7. แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ระบบการปกครองที่เรียกว่า “นิติรัฐ” รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐ ธรรมนูญและกฎหมายมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้นในรัฐนั้นด้วย ไม่ว่ากฎหมายนั้นจะเป็น รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในลำดับรองก็ตาม ในกรณีที่รัฐ องค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ก็ ต้องมีองค์กร และกระบวนการที่เป็นอิสระ สามารถตัดสินปัญหาดังกล่าวและเยียวยาความเสียหายที่ เกิดขึ้นกับประชาชนได้ ระบบการควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของ รัฐ จึงเป็นระบบสำคัญที่เป็นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะขาดเสียมิได้

การควบคุมฝ่ายปกครอง หมายถึงการตรวจสอบฝ่ายปกครอง ที่อาจกระทำการทางปกครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนอัน เนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองและการควบคุมจาก ภายนอก เช่น โดยศาล โดยรัฐสภา หรือโดยองค์กรพิเศษ

7.1 หลักนิติรัฐ (principle of legal state) หรือหลักนิติธรรม (the rule of law) หรือ รัฐตำรวจ (police state)

ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างก็ได้รับการพัฒนาขึ้นในโลกตะวันตกโดยมี เป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งทั้งหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมต่างก็ไม่ต้องการให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง แต่ต้องการให้กฎหมายเป็น ผู้ปกครองมนุษย์ ซึ่งหมายความว่าผู้ที่ทรงอำนาจบริหารปกครองบ้านเมืองจะกระทำการใดๆ ก็ตาม การกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย จะกระทำการให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้ว จะพบว่าหลักการทั้งสองมีความ แตกต่างกันอยู่ สาเหตุแห่งความแตกต่างนั้นอยู่ที่พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเทศเยอรมันนี่ ซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐและในประเทศอังกฤษซึ่ง พัฒนาการความคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมขึ้น ความแตกต่างของหลักการทั้งสองในรายละเอียดนั้นไม่เป็น สิ่งที่น่าประหลาดใจแต่อย่างใด เพราะหลักการทั้งสองเกี่ยวพันกับ “กฎหมาย” แต่กฎหมายนั้นเป็น ผลผลิตทางวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงกับประวัติความเป็นมาของชนแต่ละชาติ ความเข้าใจบางประการ ที่แตกต่างกันที่ชนชาติเยอรมันและอังกฤษมีต่อมโนทัศน์ว่าด้วย “กฎหมาย” ตลอดจนประวัติศาสตร์

การต่อสู้ทางการเมืองที่แตกต่างกันของชนชาติทั้งสองย่อมส่งผลต่อเนื้อหาของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม และต่อการจัดโครงสร้าง บทบาท และความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐด้วย หลักนิติรัฐซึ่งได้รับการพัฒนาอย่างจริงจังในประเทศเยอรมนีในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 นั้นได้แผ่ขยายอิทธิพลออกไปทั่วภาคพื้นทวีปยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกฎหมายมหาชนในอิตาลีที่ได้รับความชื่นชมสำเร็จในช่วงเวลานั้นและต่อฝรั่งเศสในช่วงสาธารณรัฐที่สาม ส่วนหลักนิติธรรมซึ่งมีที่มาจากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษตั้งแต่สมัยที่ชาวนอร์แมนเข้ายึดครองเกาะอังกฤษนั้น ก็มีอิทธิพลไม่น้อยต่อโครงสร้างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและต่อหลายประเทศที่ได้รับแนวความคิดจากสถาบันการเมืองการปกครองของอังกฤษ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ออนไลน์, 2553)

7.1.1 หลักนิติรัฐ

ความคิดในเรื่องนิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (individualism) รัฐธรรมนูญของรัฐที่จะเป็นนิติรัฐได้นั้น จำต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญ กล่าวถึงหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ทรัพย์สิน การทำสัญญา และการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้นั้น ย่อมมีอยู่วิธีเดียว ก็คือการที่รัฐยอมตนอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบทใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ

คำว่า “นิติรัฐ” หรือ “rechtsstaat” เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน เป็นคำที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 โดยช่วงก่อนปี ค.ศ.1848 นักคิดที่สำคัญของเยอรมันคือ Robert Von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frisherr von Aretin ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ซึ่งอาจให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ว่าหมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรูปแบบที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์ที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป

ประเด็นสำคัญอยู่ที่ ความหมายอันเป็นแก่นแท้ของหลักการนี้ กล่าวคือ การปกครองในนิติรัฐ (rechtsstaat) นั้น กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันและบุคคลจะต้องสามารถทราบก่อนล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไรหรือไม่ ให้ตนทำอะไร ผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร ทั้งนี้เพื่อที่จะบุคคลได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย แนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวนี้ย่อมจะก่อให้เกิดหลักต่างๆ ตามมาในทางกฎหมายมากมาย เช่น หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย (nulla poena sine lege) หลักการห้ามลงโทษซ้ำซ้อน หลักการห้ามตรากฎหมายย้อนหลังกำหนดโทษแก่บุคคล เป็นต้น (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ออนไลน์, 2553)

ต่อมาความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ถูกลดขอบเขตของความหมายของนิติรัฐ ในทางเนื้อหา กลายเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ โดย Friedrich Julius Stahl ได้อธิบายว่ารัฐควรจะเป็น “นิติรัฐ” ซึ่งเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาของรัฐ และเป็นความพยายามที่จะพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ ดังนั้น รัฐจะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลและจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว นอกจากนี้รัฐไม่ควรจะใช้อำนาจเหนือกว่าของรัฐบังคับบุคคลตามแนวจารีตประเพณีที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล และนี่คือความหมายของ “นิติรัฐ” (บรรเจิด ลิงคะเนติ, 2547, หน้า 23 - 24)

แนวความคิดพื้นฐานของนิติรัฐก็คือ การจำกัด อำนาจของรัฐโดยกฎหมาย การทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมายโดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงไม่ได้มีความหมายแค่เพียงการบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่ยังเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคม วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะบรรลุได้ก็แต่โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีประสิทธิภาพและการยอมรับให้มืองค์กรตุลาการขึ้นมา โดยเฉพาะ ในห้วงค์กรดังกล่าว พิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของเยอรมนีหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (grundgesetz) ได้เดินตามแนวทางนี้และได้บัญญัติให้หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดเกี่ยวกับนิติรัฐเป็นความคิดที่มีรากฐานมาจากความเชื่อมั่นในคุณค่าของความเป็นมนุษย์โดยถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (menschewerde) เป็นคุณค่าที่มีอาจล่วงละเมิดได้และที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถที่จะพัฒนาได้ด้วยตนเองตามหลักการของลัทธิปัจเจกชนนิยม (individualism) ดังนั้นรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐจึงต้องมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในขณะที่เดียวกันก็มีบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐขององค์กรต่างๆ เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจจนกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐนี้ ต้องเป็นไปอย่างมีขั้นตอนที่เป็นระบบและเป็นเครื่องมือขององค์กรสำหรับ สร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจโดย จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด และถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ

รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอาจจำแนกสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภทคือ

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิและเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิและเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเลือกตั้ง

กล่าวได้ว่า “นิติรัฐ” คือ รัฐที่ในทางความสัมพันธ์กับประชาชน และเพื่อให้หลักประกันแก่สถานะของบุคคลเพื่อให้อยู่ภายใต้ระบอบแห่งกฎหมาย ซึ่งระบอบแห่งกฎหมายนี้จะผูกการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ส่วนหนึ่งจะกำหนดสิทธิของประชาชน แต่อีกส่วนหนึ่งจะกำหนดไว้ล่วงหน้าซึ่งหนทางและวิธีการที่จะถูกนำมาใช้เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ในการดำเนินการทางปกครองของรัฐ กฎเกณฑ์สองชนิดนี้มีจุดมุ่งหมายร่วมเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐโดยทำให้รัฐอยู่ภายใต้ระเบียบแห่งกฎหมายที่กฎเกณฑ์ทั้งสองชนิด ดังกล่าวสร้างขึ้นด้วยเหตุนี้ ลักษณะเฉพาะของนิติรัฐที่ชัดเจนอันหนึ่ง คือ ในการปฏิบัติต่อผู้ได้ปกครองฝ่ายปกครองจะสามารถใช้วิธีการต่างๆ ได้ก็แต่เฉพาะที่ระเบียบแห่งกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ฯลฯ อนุญาตให้ไว้

นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ผู้ได้ปกครอง โดยให้อำนาจผู้ได้ปกครองที่จะฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ทางศาลเพื่อขอให้ยกเลิก แก้ไข หรือเลิกบังคับใช้การกระทำทางปกครองที่ละเมิดสิทธิของเขา (โกลิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, 2544, หน้า 56)

ระบอบนิติรัฐจึงได้รับการคิดขึ้น เพื่อประโยชน์ของประชาชนเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองประชาชนจากอำเภอใจของฝ่ายปกครอง การที่นิติรัฐจะเกิดขึ้นจึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประชาชนจะต้องมีอาวุธ อันได้แก่ สิทธิในการดำเนินการทางศาลต่อการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ถูกต้อง และทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของตน

องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันว่า หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบและองค์ประกอบในทางเนื้อหา

ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความ

มั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้น ก็คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง พิจารณาในทางเนื้อหา นิติรัฐ ย่อมต้องเป็นยุติธรรมรัฐ (gerechtigkeitsstaat) นอกจากการเรียกร้องให้ องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำการต่างๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับก็ บรรพชนนั้น กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ทั่วๆ ที่จะต้องคุ้มครองความไว้นั้นเชื่อใจที่ บุคคลมีต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่บังคับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นในกรณีของกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อีกทั้งหลักการดังกล่าวยังกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายโดยตรงอีกด้วย หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในทางเนื้อหาของนิติรัฐ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมในนิติรัฐ รัฐไม่อาจใช้มาตรการใดๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการในแง่เนื้อหา หลักนิติรัฐยังห้ามการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้นๆ ด้วย (วรเจตน์ภาศิริรัตน์, ออนไลน์, 2553)

7.1.2 หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม เป็นคำแปลมาจากภาษาอังกฤษคือคำว่า rule of law ซึ่งเป็นหลักกฎหมายของอังกฤษนั้น อาจสรุปความได้ว่า หมายถึง “การปกครองโดยกฎหมาย กฎหมายเป็นใหญ่ไม่ใช่อำเภอใจของผู้มีอำนาจปกครองเป็นใหญ่ ฝ่ายบริหาร (ของอังกฤษ) ซึ่งได้แก่ กษัตริย์และคณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจ หากไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภา ซึ่งก็หมายถึง หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารก็ไม่อาจกระทำการอย่างใดๆ ได้เลย” (วรเจตน์ภาศิริรัตน์, วัฒนรุ่ง, ออนไลน์, 2551 ข)

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่ง คือ Albert Venn Dicey (ค.ศ.1835 - 1922) ตำราที่ชื่อว่า introduction to the study of the law of the constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ.1885) ได้กลายเป็นตำรามาตรฐานและเป็นตำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิงเมื่อจะต้องอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญคือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมด่าทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้

กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใดๆ เหนือกว่าราษฎรไม่ได้ เราจะเห็นได้ว่า หลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

ซึ่งหลักนิติธรรมที่ว่านั้นมีหลักอยู่ 3 ประการ

ประการที่หนึ่ง คือ ความสูงสุดของกฎหมายธรรมดา ทุกคนไม่ว่าจะเป็นประชาชนธรรมดาขึ้นไปจนถึงรัฐมนตรี ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาเดียวกัน

ประการที่สอง คือ ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายของเจ้าหน้าที่และประชาชนภายใต้ศาลเดียวกัน กล่าวคือ ทุกคนได้รับความคุ้มครองโดยศาลธรรมดา ที่เรียกว่าศาลยุติธรรม

ประการสุดท้าย คือ รัฐธรรมนูญอังกฤษ เป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นผลมาจากการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมือง โดยศาลยุติธรรมนั่นเอง ไม่ได้เกิดขึ้นจาการบัญญัติโดยเจตจำนงอย่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

7.1.3 รัฐตำรวจ (etat de' police หรือ police state)

ราวปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่เยอรมนีตกอยู่ภายใต้การปกครองของจักรพรรดิ พัฒนาการเกี่ยวกับความคิดว่าด้วยนิติรัฐเกิดการหักเหขึ้น เนื่องจากในช่วงเวลานั้นมีทัศนคติว่าด้วยนิติรัฐถูกจำกัดลงเหลือแต่เพียงองค์ประกอบในทางรูปแบบเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็

เนื่องจากในเวลานั้นคำสอนในทางปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (legal positivism) เจริญงอกงามเฟื่องฟูขึ้น แนวคิดหลักของสำนักคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ต้องการสร้างความชัดเจน ความมั่นคง และความแน่นอนให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย สำนักคิดนี้ปฏิเสธคำสอนว่าด้วยกฎหมาย ธรรมชาติ เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลื่อนลอย จับต้องไม่ได้ ทำให้กฎหมายไม่มีความแน่นอน สำหรับสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายแล้ว กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยผู้ที่ทรงอำนาจตรากฎหมายต้องถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ดังนั้นหลักใหญ่ใจความของนิติรัฐจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (ที่เกิดจากกฎหมายที่ตราขึ้น) จากการล่วงละเมิดของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แม้ว่ารัฐชนิดนี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่โดยที่ไม่มีการพูดถึงองค์ประกอบในทางเนื้อหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม ตำรากฎหมายจำนวนหนึ่งจึงเรียกรัฐชนิดนี้ว่า *Gesetzesstaat* คือรัฐที่สนใจแต่เพียงกฎหมายในทางรูปแบบเช่นนี้เองที่ทำให้ในที่สุดเกิดรัฐตำรวจ (*polizeistaat*) ขึ้นในรัฐชนิดนี้ฝ่ายปกครองก็ผูกพันตนต่อกฎหมาย แต่ไม่ต้องสนใจว่ากฎหมายนั้นถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ โดยปรากฏการณ์เช่นนี้ คำว่า “รัฐตำรวจ” จึงได้กลายเป็นคำตรงกันข้ามกับคำว่า “นิติรัฐ” (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ออนไลน์, 2553)

รัฐตำรวจ เป็นรัฐที่มีการดำเนินการหรือปล่อยให้อำนาจฝ่ายปกครอง สามารถที่จะใช้กำลังและอำนาจบังคับต่อประชาชน โดยเลือกใช้มาตรการซึ่งฝ่ายปกครองจะทำการตัดสินใจโดยยึดตัวเองหรือคำบัญชาจากผู้ปกครองเป็นหลัก มุ่งใช้อำนาจตัดสินใจด้วยตนเองบังคับต่อประชาชน โดยการเลือกใช้อิสระแห่งการตัดสินใจตามอำเภอใจ เลือกดำเนินการปฏิบัติมากหรือน้อยได้แล้วแต่สถานการณ์ตามความคิดเห็นที่เป็นใหญ่ของฝ่ายปกครองเองหรือตามคำสั่งการของผู้ปกครอง โดยไม่พิจารณาและปฏิบัติตามหลักกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ ตลอดจนเลือกที่จะยุติการใช้อำนาจลง ในขณะที่ได้ตามแต่ความพอใจของฝ่ายปกครอง หรือตามคำสั่งของผู้ปกครอง ไม่เคารพต่อบรรทัดฐานในทางกฎหมาย ละเลยหรือเพิกเฉยต่อสิทธิ เสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักความเสมอภาคในทางกฎหมาย รวมทั้งกีดกันและขัดขวางมิให้มีกระบวนการในการดำเนินคดีต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือต่อฝ่ายปกครองเอง หรือต่อตัวผู้ปกครองใด โดยกระทำการมิให้มีการควบคุมตรวจสอบและมี ให้สามารถดำเนินการไปสู่กระบวนการยุติธรรมทางตุลาการได้ ตลอดจนกล่าวอ้าง กล่าวหา และไม่แสดงความเคารพต่ออำนาจอัยขององค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระ ซึ่งได้ตัดสินใจโดยชอบตามบรรทัดฐานแห่งกฎหมาย

รัฐตำรวจนั้น รัฐหลุดพ้นจากภาวะที่ต้องเคารพต่อกฎหมาย เพราะระบบรัฐ ตำรวจเป็นระบบที่ให้อำนาจอย่างมากกับฝ่ายปกครองในการดำเนินการต่างๆ ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลย

พินิจของตนในการดำเนินการทุกอย่างได้หากว่าจำเป็น การดำเนินการในรัฐตำรวจของฝ่ายปกครอง จึงมักก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนตามอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ แต่การดำเนินการของฝ่ายปกครองในรัฐตำรวจ ก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจของตนเพราะในรัฐตำรวจก็มีระบบกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าวรัฐอาจเปลี่ยนแปลงได้หากต้องการ (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 47)

รัฐตำรวจนี้ทำให้ประชาชนขาดสิทธิ และเสรีภาพ เนื่องจากการใช้อำนาจที่ไม่มี การเคารพต่อหลักประกันของมหาชนตามระบบกฎหมายที่ควรเป็น รวมทั้งดำเนินการไปในทางที่ตรงกันข้ามกับนิติรัฐ รัฐตำรวจจึงมีนัยและข้อความคิดที่ตรงกันข้ามกับนิติรัฐนั่นเอง

รัฐตำรวจมีวิธีการปกครองในแบบที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจอย่าง เต็มที่ ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อ บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายที่เป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้น จะทำอะไรก็ได้ (la fin justifie des moyens) ตรงกันข้ามกับนิติรัฐ ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชน (กุริชญา วัฒนรุ่ง, 2545, หน้า 109)

รัฐตำรวจนั้น มีวิธีคิดที่ว่า ends justify means บอกว่าวัตถุประสงค์สุดท้ายคือความสงบเรียบร้อยนั้นจะใช้อย่างไรก็ได้ ยกตัวอย่าง เช่น ยาเสพติดเป็นสิ่งที่ไม่ดี ผู้ค้ายาเสพติดทำให้คนติดยาเสพติด ขัดต่อความสงบเรียบร้อย การจะปราบยาเสพติดนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐก็คงลงมือผู้ค้ายาเสพติดเองได้นี้คือรัฐตำรวจ (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, 2551, หน้า 28)

7.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of power)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกรวมให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้ องค์กรต่างองค์กรกัน เป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ออนไลน์, 2553)

หลักการแบ่งแยกอำนาจ เริ่มต้นมีขึ้นในศตวรรษที่ 17 ซึ่งผู้ที่คิดค้นแนวความคิดดังกล่าวคือ มองเตสกีเยอ (Montesquieu) (ค.ศ.1689 - 1755) โดยได้ตีพิมพ์ครั้งแรกในหนังสือที่รู้จักกันในนาม the spirit of law หรือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ซึ่งให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริงมากกว่าการสร้างการเมืองการปกครองแบบอุดมคติ ดังนั้นหนังสือเรื่องเจตนารมณ์แห่งกฎหมายจึงศึกษาระบบการเมืองการปกครองทั่วโลก ตั้งแต่ยุคโบราณจนถึงยุคที่มองเตสกีเยอมีชีวิตอยู่ ทฤษฎีหลักการ

แบ่งแยกอำนาจ ได้มีผลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาและของประเทศฝรั่งเศส เป็นอย่างมากในระบอบนั้น มองเตสกีเออ จึงได้ชื่อว่าเป็นผู้วางหลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง

หลักการแบ่งแยกอำนาจ มองว่าการแบ่งแยกอำนาจของรัฐออกเป็น 3 ฝ่ายในแต่ละรัฐ มีอำนาจอยู่ 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ (puissance législative) อำนาจบริหารสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน (puissance exécutives des choses qui dépendent du droit des gens) และอำนาจบริหารสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง (puissance exécutives des choses qui dépendent du droit civil) โดยอำนาจแต่ละฝ่ายสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้ง 3 ฝ่าย ไม่ได้แบ่งแยกกันโดยเด็ดขาด แต่ต้องมีการถ่วงดุลกัน ซึ่งจะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจ เพื่อให้ไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง เป็นการควบคุมไม่ให้มีการใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือผูกขาดการใช้อำนาจปกครองแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งในสภา พนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้รับการคุ้มครองจากอำนาจรัฐ อีกทั้งรัฐบาลที่ดีจะต้องเป็นรัฐบาลที่อำนาจแต่ละอำนาจใช้โดยองค์กรแต่ละองค์กรแตกต่างกัน “เมื่อบุคคลคนเดียวหรือองค์กรองค์กรเดียวมีการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารไว้ด้วยกัน เสรีภาพจะเกิดขึ้นไม่ได้ และไม่มีเสรีภาพอีกเช่นกัน ถ้าอำนาจตัดสินคดีไม่ได้แยกจากอำนาจนิติบัญญัติหรือบริหาร” และมองเตสกีเออวิเคราะห์รัฐธรรมนูญอังกฤษว่ามีการแบ่งแยกอำนาจนั้น เพราะมีสถาบันพระมหากษัตริย์ (อำนาจบริหาร) มีสภานิติบัญญัติซึ่งมีสมาชิกเป็นขุนนางอภิสิทธิชนของสังคมและสภาสามัญ ผู้แทนของประชาชน และมองเตสกีเออเห็นว่าสถาบันทั้ง 3 นี้ จะต้องก่อให้เกิดดุลยภาพทางสังคม (équilibre social) ให้ได้ เพราะคนเป็นผู้แทนชนชั้นต่างๆ ของสังคมแล้วมองเตสกีเออสรุปว่าระบอบกษัตริย์ที่เสรี (monarchie liberale) เป็นระบบที่ดีที่สุดในการก่อให้เกิดเสรีภาพ (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, 2547, หน้า 70-71)

หลักการสำคัญของแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจก็คือเรื่องการใช้อำนาจยับยั้งอำนาจ กล่าวคือ ให้อำนาจทั้งสามนี้ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ตรวจสอบซึ่งกันและกัน และไม่ให้อำนาจทั้งสามนี้รวมอยู่ในคน ใดๆ เดียวกันเพื่อป้องกันมิให้เกิดทรราชย์ขึ้น แนวความคิดในเรื่องนี้ได้มีการแปลความ และนำไปใช้ในสังคมการเมืองของประเทศต่างๆ ในลักษณะที่แตกต่าง สหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสซึ่งได้ชื่อว่ายอมรับและนำแนวความคิดนี้ไปใช้ก็มีการปฏิบัติที่แตกต่าง สหรัฐอเมริกานั้นได้ แยกความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจทางการเมืองทั้งหลายออกจากกันค่อนข้างเด็ดขาดจนเกิดเป็นระบอบการปกครองแบบประธานาธิบดีขึ้น ในขณะที่ฝรั่งเศสเองได้เริ่มต้นจากการแบ่งแยกอำนาจอย่างหลวมๆ ในระบอบรัฐสภา ก่อนที่จะพัฒนามาเป็นระบอบการเมืองแบบกึ่งรัฐสภาถึงประธานาธิบดีดังเช่น ที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ ในที่สุดในประเทศต่างๆ ที่จัดระบบความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจทางการเมืองที่แตกต่างกันทั้งหลายนี้ หลักการสำคัญประการหนึ่งกลับมีความสอดคล้องต้องกัน คือหลักการรับประกันความเป็นอิสระ

ปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจอื่นใด เพื่อให้สามารถดำรงตนในฐานะ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่ (สุรพล นิติไกรพจน์, 2536, หน้า 13)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ ยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดหากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าว แต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ (บรรเจิด สิงคะเนติ 2544 ข, หน้า 25)

7.3 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักการนี้มีความหมายว่า บรรดากฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐล่วงล้ำเข้าไปในแดนเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนว่าให้มิอำนาจในกรณีใดบ้างและภายในขอบเขตอย่างไร กฎหมายควรจะมีขึ้นเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม เพื่อความยุติธรรมไม่ลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็นในการธำรงรักษาประโยชน์ส่วนรวม นอกจากนี้กฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับนั้นต้องเป็นการทั่วไป ไม่ใช่ใช้เฉพาะกับบุคคลใด โดยเฉพาะ เพื่อให้ผู้อยู่ใต้กฎหมายมีความเสมอภาคกันและมีโอกาสที่จะทราบถึงข้อบังคับของกฎหมายอีกทั้งกฎหมายที่ตราขึ้นจะต้องไม่มีผลเป็นการลงโทษย้อนหลัง

ทฤษฎีนิติรัฐ (etat de droit) รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่ เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลที่ตามมาก็คือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่คำพิพากษาและคำสั่งของศาลให้ชอบด้วยกฎหมายโดยจะมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย

ระยะเริ่มแรก ยังไม่มีการเน้นให้องค์กรนิติบัญญัติโดยเฉพาะต้องกระทำการโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายเพราะเห็นว่ารัฐสภาเป็นองค์กรผู้แทนประชาชนเจ้าของอำนาจสูงสุดเองแล้ว ย่อมไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญเสียเองกับเห็นว่าสิ่งที่รัฐสภาตราออกมาซึ่งได้แก่พระราชบัญญัตินั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้วและไม่น่าที่จะขัดกับรัฐธรรมนูญเพราะการที่องค์กรผู้แทนปวงชนได้ออกพระราชบัญญัติก็เท่ากับได้วินิจฉัยแล้วว่าพระราชบัญญัตินั้นไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในบางประเทศจึงไม่มีองค์กรและกลไกควบคุมพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเลย เช่น ประเทศฝรั่งเศสก่อนปี ค.ศ.1958 ดังนั้นในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมุ่งควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นหลัก (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, 2538 ก, หน้า 275-276)

โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และ “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2546, หน้า 20-26)

7.3.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

“หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวที่ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจอธิรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย ดังนั้นการกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการดังกล่าวต้องการหรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง

7.3.2 หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” กำหนดว่าองค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำใดๆ ได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานะทางกฎหมายรองรับเหตุผลเบื้องต้น หลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” ซึ่งอธิบายโดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายจารีตประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่

กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของ รัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้นั้น โดยปกติได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น

ส่วน “กฎหมายลำดับรอง” (subordinate legislation) หรืออนุบัญญัติอันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับนั้น อาจให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้เช่นกันแต่กฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัตินั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือ การกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งซึ่งจะออกมาใช้บังคับได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติเท่านั้น (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ม.ป.ป., หน้า 15-20)

7.4 หลักความเสมอภาค

แนวความคิดของหลักความเสมอภาค ถือว่าเป็นหลักพื้นฐาน ของศักดิ์ศรีของความ เป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ ขณะเดียวกันก็ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจ โดยการใช้อำนาจของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งรัฐต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น โดยเฉพาะ ดังนั้นหลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการได้ (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ออนไลน์, 2547)

แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในปัจจุบันได้รับการรับรองอย่างชัดเจน โดยถือว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (fairness) ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (equality before the law) ที่เป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (natural law) (สมยศ เชื้อไทย, 2535, หน้า 138) และหลักกฎหมายธรรมชาตินี้ยังเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับสิทธิปัจเจกชนนิยม (individualism) ในสมัยนั้นด้วย ตามทฤษฎีนี้ถือว่าหัวใจของสังคมอยู่ที่การยอมรับคุณค่าของทุกคนแต่ละคนรวมกันเป็นสังคม รัฐหรือสังคมไม่สามารถก้าวท้าวสิทธิของเขาได้ เว้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538 ข, หน้า 70)

หลักความเสมอภาคหรือหากจะมองในอีกแง่มุมหนึ่งแล้วก็คือ สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน องค์กรต่างๆ ของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองด้วยจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันใน

สาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันใน สาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัด ต่อหลักความเสมอภาค

แนวความคิดเรื่องความเสมอภาคในสมัยดั้งเดิมนั้นเกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคโรมัน และต่อมาในสมัยกลาง ระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวคิดเรื่องความเสมอภาค โดยสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้นซึ่งแปรผันตาม ที่ดินและเจ้าของที่ดินเจ้า ศักดินา แต่อย่างไรก็ตามความไม่เสมอภาคดังกล่าวในสมัยกลางค่อยๆ เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเกิดชนชั้นกลางที่เข้มแข็งขึ้นจนนำไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่ เสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งต่อมาได้มีเอกสารที่แสดงออกถึงหลักความเสมอ ภาคที่ดีที่สุดคือปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ.1789

ความหมายของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพเนื่องจากเป็น หลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันแก่ผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถ ใช้งานได้ เพียงบุคคลบางคนเท่านั้นในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึง ไม่ได้ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่า มี เสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้ เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้นหลักความเสมอภาคได้ถูกหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติ ต่อ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ทั้งนี้การ ปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไป ตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ จึง จะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้

หลักความเสมอภาคเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถแยกประเภท ของหลักความเสมอภาคได้ 2 ประเภทดังนี้ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543, หน้า 7-12)

7.4.1 หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับ การกระทำใดๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมิได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่ หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้วก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอ ภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ

7.4.2 หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องคือ หลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขต เรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง นั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุกๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และบุคคลทุกๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎเกณฑ์ใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องนำมา พิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก

หลักแห่งความเสมอภาคเป็นหลักหนึ่งของสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับใน รูปแบบที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองกล่าวคือได้รับการพิจารณา ในมุมมองทางกฎหมายมิใช่ในขอบเขตทางปรัชญาแต่เพียงอย่างเดียว ลักษณะการ ดังกล่าวนั้นก็มา จากการออมชอมทางความคิดของทั้งสองสำนักกฎหมาย คือสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองและสำนัก กฎหมายฝ่ายธรรมชาติซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการแปรสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลมาเป็นสิทธิของ บุคคลที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ออนไลน์, 2544)

ความผูกพันต่อหลักความเสมอภาคของฝ่ายปกครองนั้น หลักแห่งความเสมอภาคถือเป็นหลักซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลในการที่จะได้รับผลปฏิบัติอย่างเสมอภาคจากรัฐโดยองค์กรของรัฐ เป็นผู้ถูกผูกพันที่จะต้องไม่กระทำการอันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่หากมีการกระทำอัน ส่งผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคแล้วผู้ได้รับการกระทบสิทธิย่อมมีสิทธิฟ้องร้องต่อหน่วยงาน ของรัฐเพื่อเยียวยาสิทธิได้ ดังนั้นความผูกพันต่อหลักความเสมอภาคจึงมีผู้เกี่ยวข้อง คือ ผู้กล่าวอ้าง ให้ได้รับการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคอันได้แก่ผู้ ทรงสิทธิซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา และนิติ บุคคล และผู้ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตามหลักความเสมอภาคอัน ได้แก่องค์กรของรัฐนั่นเอง (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ออนไลน์, 2547)

7.5 หลักการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (principles governing party control of discretion)

การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย โดยกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครองมีอำนาจใน 2 ลักษณะ คือ อำนาจผูกพัน (mandatory power) คือ อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจ ออกคำสั่งเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดจะใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัย หนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด และ อำนาจดุลพินิจ (discretionary power) คืออำนาจที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของฝ่ายปกครองใช้พิจารณาอย่าง มี

เหตุมีผลโดยอิสระที่จะพิจารณาเลือกตัดสินใจสั่งการหรือไม่สั่งการไปตามความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณีเพื่อประโยชน์ของประชาชนอำพน เจริญชีวิตร์, 2544, หน้า 58)

ดุลพินิจตามความหมายของกฎหมายปกครอง หมายความว่าถึง อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด จากความหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างอิสระ ดังนั้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็คืออำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจที่จะกระทำหรือไม่กระทำการเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีและบรรลุมัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (อำพน เจริญชีวิตร์, 2544, หน้า 57-58)

ทำไมกฎหมายจึงต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เหตุที่กฎหมายจะตั้ง กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เนื่องจากเป็นข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจจะตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในทุกเรื่องทุกกรณี จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้กฎหมายจึงเป็นการนำกฎหมายมาใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว โดยมีหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องอะไร มีหลักกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร ข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นหรือไม่ และถ้าข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นแล้วมีผลอย่างไร (หยุดแสงอุทัย, 2542, หน้า 114-115)

ความอิสระในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจทำให้เข้าใจผิดว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกตัดสินใจได้หลายทางเพื่อต้องการให้ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงอย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครอง การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอยู่เสมอทั้งจากองค์กรภายในฝ่ายปกครองและจากองค์กรภายนอก

ดังนั้น “การควบคุมฝ่ายดุลพินิจของปกครอง” จึงหมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อน อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐ ประชาธิปไตยจึงเป็นระบบสำคัญที่เป็นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะขาดเสียมิได้ ดังนั้นระบบการควบคุมการใช้อำนาจที่จะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องมีลักษณะที่ครอบคลุมกิจกรรมสำคัญของรัฐทุกประเภทให้เป็นที่ไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นธรรมและต้องมีหลักการที่ดี เมื่อกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนยังพัฒนาไปเรื่อยๆ ตามบทบาทของรัฐในบริบทเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง กฎหมายมหาชนบัญญัติที่จะใช้บังคับต่อรัฐและองค์กรของรัฐ จึงต้องพัฒนาตามไปด้วย และองค์กรที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้พัฒนาการดังกล่าวเป็นไปได้ด้วยดี กล่าวคือ มีดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและประสิทธิวิภาในการบริหารราชการแผ่นดินกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเอกชน นอกจากนั้นก็จะต้องมีองค์กรควบคุมการกระทำหรือนิติกรรมทั้งหลายขององค์กรของรัฐทุกประเภทที่เหมาะสมดังกล่าว โดยเน้นถึงความสำคัญเป็นพิเศษของศาลพิเศษในกฎหมายมหาชน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองในฐานะที่เป็นผู้สร้างบรรทัดฐานหรือระเบียบแบบแผนที่เหมาะสมได้ดุลยภาพ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2547, หน้า 56)

7.6 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (บวรเจ็ด สิงคนติ, ออนไลน์, 2544 ก)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองหรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง ” หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดี จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้นการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว ซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองได้ดังนี้

7.6.1 ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (gesetzmaessigkeit von justiz) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นที่ไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคซึ่งมี 3 รูปแบบ ดังนี้

(1) ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจาก บทบัญญัติของกฎหมายหรือเรียกว่า ความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ กล่าวคือ เป็นความผูกพันที่จะต้องไม่พิจารณาพิพากษาให้แตกต่างไปจาก บทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็น บทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ

(2) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกัน ในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

(3) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้อง ใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ในกรณีนี้หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการ ใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ ทั้งสิ้น

7.6.2 ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง” (gesetzmaessigkeit der verwaltung) ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der gurdastz des vorrangs des gesetzes) และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der grundsatz des vorbehalts des gesetzes)

(1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง จึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลาย ที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องในทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำอันใดที่เป็น การขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิ

ของปัจเจกบุคคล หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำ การดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว

7.7 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้นเพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงสามารถกระทำได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ได้มีการบัญญัติหลักการต่างๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (allgemeinheit und einzelfallverbot) การกำหนดให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพมิได้ (wesengehaltgarantie) และหลักประกันที่สำคัญคือหลักประกันการใช้สิทธิในทางศาล (rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมาย หากไม่ ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการได้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (บรรเจิด สิงคะเนติ, ออนไลน์, 2544 d)

แนวคิดทฤษฎี เกี่ยวกับศาลปกครอง

เนื่องจากสภาพสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมของสังคมในปัจจุบัน ได้มีวิวัฒนาการ และมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ทำให้ต้องมีการบัญญัติกฎหมายปกครองขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อควบคุมตรวจสอบการกระทำ การประกอบวิชาชีพ ซึ่งกฎหมายปกครองเหล่านี้มีผลต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชน การดำรงชีวิตของประชาชน ฝ่ายปกครองมีหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตาม กฎหมาย ดังนั้นการดำเนินการและการวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีผลต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนโดยตรง ประชาชนมีความต้องการให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยชอบด้วย กฎหมายและใช้อำนาจอย่างถูกต้อง และเหมาะสม ซึ่งการดำเนินการและการวินิจฉัยสั่งการของ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจอยู่เสมอ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองมีอำนาจบังคับการดำเนินการและการวินิจฉัยสั่งการได้ทันทีโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจจากคำ พิพากษาของศาล ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ จะต้องสร้างกลไกที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมเพื่อ ควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยสุจริต และถูกต้อง โดยมีหลักประ กัน และให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนในขณะเดียวกันต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารงานและการ พัฒนาประเทศ

1. แนวคิดทฤษฎี เกี่ยวกับศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศส

ระบบศาลยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส เกิดขึ้นเนื่องจากเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ การเมืองของประเทศ ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา การปกครองประเทศนั้นกษัตริย์เป็นรัฐภาชิ ปัตย์ กษัตริย์จะแต่งตั้งขุนนางชั้นสูงเป็นผู้แทนพระองค์ออกไปประจำในท้องที่ต ่างๆ ทั่วประเทศ เพื่อปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองในนามของกษัตริย์ฝรั่งเศส เมื่อเกิดกรณี พิพาทขัดแย้งกันอยู่เสมอ ระหว่างพลเมืองกับขุนนางที่ถูกส่งออกไปเป็นตัวแทนกษัตริย์ การพิจารณา วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ดังกล่าวตกเป็นภาระของกษัตริย์แต่ลำพังพระองค์เดียว เมื่อกรณีพิพาทมีมากขึ้น จึงจำเป็นต้องจัดตั้ง สถาบันขึ้นมาช่วยดำ เนินการในฐานะศาลยุติธรรมสูงสุด มีอำนาจตัดสินคดีทั่วไป เรียกว่า ปาร์เลอ มองต์ แม้ว่า จะทรงจัดตั้งศาลยุติธรรมขึ้นก็ตาม แต่กษัตริย์ฝรั่งเศสยังทรงสงวนพระราชอำนาจที่จะ พิจารณา ชี้ขาดคดีความด้วยพระองค์เอง ปาร์เลอมองต์ มีอิทธิพลสูงมากในสังคมสมัยนั้น เพราะผู้ พิพากษาส่วนมากมาจากตระกูลขุนนางชั้นสูงสืบทอดโดยสายโลหิต เพราะฉะนั้นการตัดสินต่างๆ ก็ เกิดไปทางระบบทางการเมืองมากกว่าเหตุผลทางกฎหมาย จึงมีการก้าวถ่ายแทรกแซงของศาล ยุติธรรมต่อการทำงานของฝ่ายปกครอง

ระบบศาลปกครองของฝรั่งเศส จึงเกิดขึ้น โดยมีแนวความคิดแต่ดั้งเดิมว่าผู้พิพากษาศาล ยุติธรรมควรพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน ส่วนคดีปกครองซึ่ง

เป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครองไม่ควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาแต่ควรเป็นหน้าที่ของผู้ มีความเชี่ยวชาญในคดีปกครอง ดังนั้น ในปี ค .ศ.1799 จึงได้มีการกฎหมายจัดตั้งสภาแห่งรัฐ (le conseil d'etat) ขึ้นมาให้ทำสองหน้าที่คือ ให้ความเห็นทางกฎหมายกับฝ่ายบริหารและพิจารณาคำร้องทุกข์ของประชาชนเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยสภาแห่งรัฐไม่สามารถทำคำวินิจฉัยได้ แต่จะทำหน้าที่เป็นผู้เสนอแนะคำวินิจฉัยให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้สั่งการ ต่อมาในปี ค.ศ.1872 ประเทศฝรั่งเศสได้เปลี่ยนแปลงการปกครองสู่ระบบสาธารณรัฐ เมื่อสภาแห่งรัฐได้สร้างและพัฒนาระบบพิจารณาคดีปกครองจนเป็นที่ยอมรับจากสังคม จึงมีการออกกฎหมายมอบอำนาจให้สภาแห่งรัฐสามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้เองโดยไม่ต้องให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้สั่งการเช่นที่เป็นมาในระหว่างปี ค .ศ.1799 - ค.ศ.1872 สภาแห่งรัฐในส่วนที่ทำหน้าที่ พิจารณาคดีปกครองจึงกลายเป็น “ศาลปกครอง” นับแต่นั้นมา และเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นต้นขึ้น สภาแห่งรัฐในส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองจึงมีสถานะเป็น “ศาลปกครองสูงสุด”

1.1 ประเภทของศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศส

ศาลปกครองของฝรั่งเศสมีสองประเภทคือ ระบบศาลปกครองชั้นต้น (les juridictions administratives ordinaires) และระบบศาลปกครองพิเศษ(les juridictions administratives spécialisées) นอกจากนี้ยังมีองค์กร “ศาลคดีขัดกัน” (le tribunal des conflits) ซึ่งเป็นศาลสำคัญอีกศาลหนึ่งในระบบกฎหมายมหาชน

1.1.1 ระบบศาลปกครองปกติ ศาลปกครองของฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 3 ระดับชั้นศาล คือ ระดับท้องถิ่นเป็นศาลปกครองชั้นต้น (les tribunaux administratifs) ระดับภูมิภาคเป็นศาลปกครองอุทธรณ์ (les cours administratives d'appel) และระดับสูงสุดแนศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ (le Conseil d'etat) สภาแห่งรัฐเป็นศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ที่อุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษาศาลปกครองอุทธรณ์ และในบางกรณีไม่สามารถอุทธรณ์ต่อศาลปกครองอุทธรณ์ สภาแห่งรัฐจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เช่นในคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจที่จะพิจารณาคดีในชั้นต้นและเป็นที่สุดท้ายสำหรับคดีที่ได้แย้งคำสั่ง หรือพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยประธานาธิบดีหรือรัฐบาล หรือได้แย้งกฎกระทรวง เป็นต้น (วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, 2537, หน้า 220-221)

1.1.2 ระบบศาลปกครองพิเศษ ศาลปกครองพิเศษในฝรั่งเศสมีอยู่จำนวนมากโดยส่วนใหญ่แล้วจะได้แก่ บรรดาศักดิ์วิชาชีพ (les ordres professionnels) ต่างๆ ที่ทำหน้าที่พิจารณา วินิจฉัยโทษทางวินัย (matière disciplinaire) เช่น สภามหาวิทยาลัย (le conseil de discipline interne à l'université) แพทยสภา (l'ordre de médecins) หรือบรรดาศาลที่ทำหน้าที่พิจารณา วินิจฉัยความผิด

เกี่ยวกับการคลัง (matière financière) เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค (les chambres régionales des comptes) หรือศาลตรวจเงินแผ่นดิน (la cour des comptes) (นันทวัฒน์ บรมานัน, ออนไลน์, 2546)

1.1.3 ศาลคดีขัดกัน (tribunal des conflits) เกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่ประเทศฝรั่งเศสมีระบบศาลสองระบบที่ แยกจากกันอย่างเด็ดขาดและต่างก็เป็นอิสระจากกัน นั่นคือ ระบบการพิจารณาคดีปกครองอันเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารราชการของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ภายใต้การดำเนินการของสภาแห่งรัฐ (conseil d'état) ในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุดและระบบการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาอันเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การดำเนินการของศาลยุติธรรม ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหาว่าคดีใดจะอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลใด ก็จะต้องมีองค์กรสูงสุดที่จะเข้ามาชี้ว่าคดี นั้นควรจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด จึงมีการจัดตั้ง “ศาลคดีขัดกัน” ขึ้นมาเพื่อชี้ขาดเขตอำนาจศาล (นันทวัฒน์ บรมานัน, ออนไลน์, 2546)

1.2 เกณฑ์ที่ใช้แบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศส

เรื่องเขตอำนาจศาลในฝรั่งเศสมีระบบที่เรียกว่า ระบบ ศาลคู่ที่เราได้พูดกันไป ก็คือคดีปกครองนั้น ก็ไปดำเนินคดีในศาลปกครอง ส่วนคดี แพ่ง คดีอาญา ก็ไปฟ้องที่ศาลยุติธรรม หลักทั่วไปซึ่งศาลคดีขัดกันฝรั่งเศสใช้ในการวินิจฉัยใช้เกณฑ์แบ่งแยกดังต่อไปนี้

1.2.1 รัฐเป็นลูกหนี้

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ปฏิเสธ การที่ศาลยุติธรรมจะมาตัดสินให้ฝ่ายปกครองมาชดใช้ค่าเสียหายหรือจ่ายค่าเสียหาย คือในเกณฑ์แรกตอนนั้นมีการฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อเจ้าหน้าที่ที่มีการปฏิเสธว่าจะมีการฟ้องเจ้าหน้าที่ซึ่งศาลยุติธรรม เรียกค่าเสียหายจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ได้ คงเป็นประเด็นหลักที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบนั้นเอง จะฟ้องให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบไม่ได้ และก็จะฟ้องยังศาลยุติธรรมก็ไม่ได้ด้วย เพราะว่าได้วางหลักไว้ว่าถ้าฟ้องเจ้าหน้าที่ต้องฟ้องที่ศาลปกครอง เพราะฉะนั้นหลักนี้นอกจากจะฟ้องเจ้าหน้าที่เรียกค่าเสียหายไม่ได้แล้ว ยังจะฟ้องที่ศาลยุติธรรมไม่ได้ด้วย ต้องไปฟ้องที่ศาลปกครอง

1.2.2 การกระทำ

เนื่องจากการใช้อำนาจของรัฐ หรือ the act of public authority ถ้าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งเกี่ยวกับกับการใช้อำนาจหน้าที่แล้ว การฟ้องเจ้าหน้าที่ที่เกิดจากการใช้อำนาจหน้าที่เหล่านั้น ต้องไปฟ้องที่ศาลปกครอง แต่ถ้าเจ้าหน้าที่พวกนั้นใช้อำนาจในเชิงจัดการ act of management หรือในทางบริหารจัดการธรรมดา เช่นเกี่ยวกับการบริหารจัดการกับทางภาคเอกชนอย่างนั้น การฟ้องต้องไปฟ้องที่ศาลยุติธรรม คือไม่ได้เกี่ยวกับการใช้อำนาจ ถ้าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่เหมือนกัน แต่เป็นการเกี่ยวข้องกับกับการใช้อำนาจที่เราใช้ปัจจุบันที่เราเรียกว่าใช้อำนาจตามกฎหมาย ถ้าเกิดจากการใช้อำนาจแล้วการกระทำเช่นนั้นก็มีปัญหาอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่

ถ้าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ act of management การทำในทางบริหารจัดการที่ไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจก็ไม่ใช่อำนาจของศาลปกครอง

1.2.3 หลักการบริหาร

ถ้าเป็นเรื่องของการ public administration หรือว่าเป็นทางด้านบริหารรัฐกิจซึ่งตรงข้ามกับ private administration หรือว่าบริหารจัดการของเอกชน ถ้าเป็น public administration แล้วไปอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ถ้าเป็น private administration แล้วจะก็อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม คือว่าถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับบริหารรัฐกิจ หรือ public administration ก็ไปอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เกณฑ์ก็คือหลักที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ หรือ public administration ใช้การวินิจฉัยว่าเป็นคดีปกครองหรือว่าคดีแพ่งที่ไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม โดยอาศัยทฤษฎีบริการสาธารณะเข้ามาเป็นเกณฑ์

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ หรือเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะกับฝ่ายปกครอง เมื่อเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแล้ว จึงต้องเคารพและให้เป็นไปตามหลักของว่าด้วยทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ จะเอาหลักในสัญญาทางแพ่งมาใช้ไม่ได้ เรื่องผลของสัญญา ความสำเร็จของสัญญา ตรงนั้นต้องเอาหลักเกณฑ์ของบริการสาธารณะของมาปรับ เพื่อให้ผลสัญญาทางปกครองแตกต่างจากผลของสัญญาทางแพ่ง อันนั้นเป็นผลของอิทธิพลของคำว่าบริการสาธารณะที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

จากหลักนี้เอง ถ้ามองว่าบริการสาธารณะคืออะไร บริการสาธารณะคือสิ่งที่เป็นกิจกรรมของหน่วยงานทางปกครอง หรือของฝ่ายปกครองนั่นเอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบความต้องการส่วนรวมของประชาชน จากนิยามที่กล่าวมาข้างต้นนี้ก็แบ่งออกเป็น 2 ส่วน ก็เป็นบริการสาธารณะนั้นได้ก็ต้องเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครองอย่างหนึ่งและเพื่อสนองความต้องการเพื่อผลประโยชน์ของประชาชน

1.3 ลักษณะของคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศส

คดีที่จะมีลักษณะเป็นคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศส จะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ ดังนี้ (ประยูร กาญจนกุล, 2537, หน้า 52)

1.3.1 คดีปกครองต้องเป็นคดีที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะถ้าไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการสาธารณะ กล่าวคือไม่ใช่การกระทำทางปกครองก็ไม่ใช่คดีปกครอง

1.3.2 คดีปกครองต้องมีฝ่ายปกครองด้วยเสมอ และเป็นการฟ้องฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ

1.3.3 กระบวนวิธีพิจารณา คดีปกครองแตกต่างกับ กระบวนวิธีพิจารณาทางแพ่ง ที่สำคัญกระบวนวิธีพิจารณาคดีปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะตัดสินคดีที่มีความแตกต่างระหว่างฐานะของคู่กรณี ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนมีอำนาจมากกว่าเอกชนที่ไม่มีอำนาจ

1.4 ประเภทของคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศส

ประเภทของคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศสอาจแบ่งแยกคดีออกได้เป็น 4 ประเภท ในบรรดาคดีปกครองทั้ง 4 ประเภทนี้ คดีประเภทที่สำคัญมากที่สุดคือคดีขอให้สั่งเพิกถอนกับคดีเรียกร้องสิทธิหรือคำสั่งใหม่ทดแทน และโดยเฉพาะประเภทคดีขอให้สั่งเพิกถอนนั้นมีคดีที่มีความสำคัญเป็นพิเศษอยู่ชนิดหนึ่ง คือคดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (le recours pour excès de pouvoir) (ประยูร กาญจนกุล, 2537, หน้า 53-61)

1.4.1 คดีขอให้สั่งเพิกถอน (le contentieux de l'annulation)

คดีขอให้สั่งเพิกถอนนั้น คือ คดีซึ่งโจทก์ร้องขอต่อศาลให้สั่งเพิกถอนคำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับในทางปกครอง โดยอ้างว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการร้องขอให้ศาลวินิจฉัยในข้อกฎหมายว่า คำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับในทางปกครองนั้นขัดต่อกฎหมายขอให้สั่งเพิกถอนเสีย คดีเช่นว่านี้โจทก์มิได้มุ่งหมายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายแต่เป็นคดีที่มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับความสมบูรณ์ตามกฎหมายของคำสั่ง กฎหรือข้อบังคับในทางปกครอง

อดีตก่อนปี ค.ศ.1953 ที่จะได้มีกฎหมายปรับปรุง อำนาจการพิจารณาคดีประเภทนี้ใหม่คดีขอให้สั่งเพิกถอนอยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดเกือบทั้งสิ้น นอกจากคดีบางเรื่องที่ขอให้สั่งเพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองระหว่างจังหวัดต่อมาใน ค.ศ.1953 ได้มีการโอนคดีประเภทนี้ส่วนใหญ่ไปให้ศาลปกครองประจำท้องที่พิจารณาในฐานะศาลชั้นต้น และอาจอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลนี้ต่อศาลปกครองสูงสุดได้อีกชั้นหนึ่ง

(1) คดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่เพื่อขอให้สั่งเพิกถอน

คดีประเภทขอให้สั่งเพิกถอนนี้ คดีที่มีความสำคัญมากที่สุดได้แก่ คดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่เพื่อขอให้สั่งเพิกถอนคำสั่งและการกระทำในทางปกครอง การให้สิทธิเอกชนฟ้องคดีเช่นว่านี้ เป็นมาตรการสำคัญอันหนึ่งที่เกิดขึ้น ในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งเปิดโอกาสให้เอกชนร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ก่อนที่จะเกิดวิธีนี้ เอกชนได้แต่ร้องต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้กระทำการหรือร้องต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นให้พิจารณาคำสั่งหรือการกระทำนั้นอีกครั้งหนึ่ง แต่วิธีนี้ไม่สู้จะให้หลักประกันแก่ผู้ร้องมากนัก เมื่อได้ให้สิทธิแก่เอกชนที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เช่นนี้ทำให้เอกชนได้รับหลักประกันดียิ่งขึ้นและปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยและสั่งเพิกถอนคำสั่ง

และการกระทำในทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียเป็นอันมาก เท่ากับเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกรอบเขตแห่งกฎหมาย

(2) ลักษณะสำคัญของคดี

คดีฟ้องฝ่ายปกครองว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่เป็นคดีที่เอกชนฟ้องต่อศาลปกครองกล่าวหาว่า คำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับของฝ่ายปกครองอันใด อันหนึ่งขัดต่อกฎหมาย และขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนเสีย ลักษณะสำคัญของคดีชนิดนี้ ที่ศาลปกครองจะรับฟ้อง มีดังต่อไปนี้

ก. ต้องเป็นการคัดค้าน คำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับที่มาจากฝ่ายปกครองเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มาจากเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำหน้าที่ในทางปกครอง หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการกระทำในทางปกครอง

ข. คำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับนั้นมีผลบังคับตามกฎหมายแก่โจทก์อยู่ในขณะนั้น

ค. โจทก์ต้องมีส่วนได้เสียโดยตรงเกี่ยวกับคำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับนั้น และเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะฟ้องคดีได้

ง. ต้องไม่มีทางที่จะร้องเรียนหรือฟ้องร้องทางอื่นได้แล้ว

จ. ต้องฟ้องในกำหนดอายุความ

คดีที่ฟ้องว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้มีวิธีพิจารณาเป็นพิเศษ ซึ่งรวดเร็วและไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายเหมือนกับการฟ้องคดีประเภทอื่นๆ เพราะคดีประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องใช้ทนายความก็ได้ แต่ส่วนคดีเรียก ร้องสิทธิหรือคำสั่งใหม่ทดแทนนั้น จำเป็นต้องใช้ทนายความเสมอ การที่ไม่ต้องใช้ทนายความนี้ทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีไปได้มาก

คดีที่ฟ้องว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้เป็นคดีที่มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับความสมบูรณ์ตามกฎหมายของคำสั่ง ข้อบังคับหรือการกระทำในทางปกครอง ปัญหาที่ขัดแย้งกันในคดีชนิดนี้เป็นปัญหาที่ขอให้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า คำสั่ง ข้อบังคับหรือการกระทำในทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่ขอให้พิจารณาในปัญหาที่เกี่ยวกับสิทธิของเอกชนว่ามีอยู่เพียงใด และมีวัตถุประสงค์ที่จะขอให้เพิกถอน คำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ถ้าไม่มีการขอให้เพิกถอนก็ไม่นับว่าเป็นคดีชนิดนี้

คดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้มีประโยชน์มาก เพราะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองเป็นอย่างดี เนื่องจากเปิดโอกาสให้เอกชนสามารถขอให้ศาลปกครองลบล้างคำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อประโยชน์ของตนให้สูญสิ้นไปได้ และในขณะเดียวกันยังเป็นวิธีการที่ทำให้เอกชนร่วมมือกับฝ่ายปกครองโดยทางอ้อมในการควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ให้กระทำการนอกเหนือ

อำนาจหน้าที่ ทั้งเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องระวังปฏิบัติหน้าที่ในทางที่ถูกต้องตามกฎหมาย ด้วย ความมุ่งหมายสำคัญในการที่จะให้มีการฟ้องคดีชนิดนี้ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนไม่ให้ฝ่ายปกครองบังคับคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ควรสังเกตว่าศาลปกครองนั้นถึงแม้จะมีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งกฎหรือข้อบังคับของฝ่ายปกครองเนื่องจากคดีชนิดนี้ได้ก็ดี แต่ก็ห้ามมีอำนาจอย่างอื่นเหนือฝ่ายปกครองไม่ เช่น จะสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำในทางปกครองนั้นไม่ได้ ได้แต่สั่งเพิกถอนอย่างเดียวเท่านั้น เมื่อเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายลักษณะสำคัญที่ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่หมายความว่าเฉพาะเมื่อขัดต่อบทกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับอยู่หรือขัดต่อสิทธิอันใดอันหนึ่งที่มีอยู่ โดยผลแห่งกฎหมายเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปด้วย แม้จะมีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

อนึ่ง คดีชนิดนี้ฟ้องได้แต่เฉพาะการกระทำในทางปกครองเท่านั้น การกระทำที่เรียกว่า การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ไม่อาจที่จะนำมาฟ้องร้องให้เพิกถอนได้ เพราะอยู่นอกเหนืออำนาจของศาลปกครอง การกระทำที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสเคยถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลและปฏิเสธที่จะสั่งเพิกถอนนั้นได้แก่การกระทำต่างๆ ของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภา การอภัยโทษ การประกาศใช้กฎอัยการศึก การกระทำต่างๆ ในทางการทูต เหตุต่างๆ ที่เนื่องมาจากสงคราม เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยตรง คำสั่งของผู้ว่าการอาณานิคมสั่งเปลี่ยนแปลงสถานะภาพทางกฎหมายในเขตอาณานิคม การผนวกดินแดนเข้าไว้ในอาณาเขตของรัฐ หรือการตั้งรัฐในอารักขา เป็นต้น

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมิได้วิเคราะห์ศัพท์คำว่า การกระทำของรัฐบาลไว้เป็นบรรทัดฐาน แต่พิจารณาวินิจฉัยเป็นเรื่องๆ ไปว่าการกระทำอย่างใดเป็นการกระทำของรัฐบาล

(3) เหตุที่จะสั่งเพิกถอน

เหตุที่จะทำให้คำสั่ง กฎหรือข้อบังคับในทางปกครองถูกศาลปกครองสั่งเพิกถอนเพราะถือว่าเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่นั้นมีอยู่ 4 ประการ คือ

ก. ความไม่มีอำนาจ (l' incompétence)

ความไม่มีอำนาจ หมายความว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้กระทำการนั้นไม่มีอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นหรือมีการใช้อำนาจหน้าที่นอกเขตอำนาจของตน

ข. การใช้อำนาจที่โดยมิชอบ (le détournement de pouvoir)

การใช้อำนาจที่โดยมิชอบ หมายความว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งแม้ว่าจะใช้อำนาจหน้าที่ตรงตามตัวบทกฎหมาย แต่ก็มี ความมุ่งหมายอย่างอื่นที่ไม่ใช่ความมุ่งหมายซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้รับมอบอำนาจหน้าที่ให้ใช้

ค. การทำผิดแบบ ที่กฎหมายกำหนดไว้ (le vice de' forme)

การทำผิดแบบ การทำผิดแบบหมายความถึงกรณีที่มีการปฏิบัติไม่ครบถ้วนหรือไม่ถูกต้องตามแบบที่มีบทกฎหมายกำหนดไว้ ข้อนี้ก็เป็นเหตุที่จะตั้งเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองได้ และเป็นทางที่จะควบคุมฝ่ายปกครองมิให้กระทำการบกพร่อง

ง. การฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de' la loi)

การฝ่าฝืนกฎหมาย หมายความถึงกรณีที่มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือใช้กฎหมายบังคับโดยมิชอบรวมทั้งความสำคัญผิดในการตีความบทกฎหมายด้วย และตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาเลยไปถึงประเด็นที่ว่ากรกระทำนั้นถูกต้องต่อกฎหมายหรือไม่อีกด้วย

การฟ้องว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้ ห้ามผลให้คำสั่ง กฎหรือข้อบังคับของฝ่ายปกครอง ต้องถูกระงับการใช้ไปในทันทีไม่ แต่จะถูกระงับไปก็ต่อเมื่อถูกศาลปกครองสั่งเพิกถอนเท่านั้น

ข้อที่ว่าคำสั่ง กฎหรือข้อบังคับที่ถูกอ้างว่านอกเหนืออำนาจไม่เป็นอันระงับไป ในทันทีนั้น มีผลอีกอย่างหนึ่ง คือศาลยุติธรรมซึ่งพิจารณาคดีที่ฟ้องเอกชนว่ากระทำผิด คำสั่ง กฎหรือข้อบังคับนั้น ไม่จำเป็นต้องรอการพิจารณาคดีไว้จนกว่าศาลปกครองจะตัดสิน

ผลแห่งการพิจารณาคดีที่ฟ้องว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้ ศาลปกครองอาจสั่งได้ 3 สถาน คือ ไม่รับฟ้อง สั่งเพิกถอน หรือยกฟ้อง ในบรรดาคดีปกครองต่างๆ นั้นคดีที่ฟ้องฝ่ายปกครองว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้เป็นวิธีการที่ดีที่สุดของวิธีพิจารณาคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศส เพราะเป็นทางที่จะให้ศาลปกครองควบคุมฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามการอยู่ในขอบเขตแห่งกฎหมาย และอำนาจหน้าที่ ทั้งเปิดโอกาสให้เอกชนมีทางควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองไปในตัวด้วย กล่าวคือ เมื่อเห็นว่าฝ่ายปกครองทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ และดำเนินการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนการกระทำในทางปกครองนั้นเสีย และวิธีที่เห็ดโอกาสให้ฟ้องคดีชนิดนี้ได้เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลปกครองของฝรั่งเศสมีชื่อเสียงโด่งดังอยู่จนกระทั่งบัดนี้

1.4.2 คดีเรียกร้องสิทธิหรือคำสินไหมทดแทน (le contentieux de' pleine juridiction)

คดีเรียกร้องสิทธิหรือคำสินไหมทดแทน คือคดีที่โจทก์ร้องขอต่อศาลเพื่อสั่งให้ตนได้กลับคืนสู่สิทธิของตนโดยให้กลับมามีสิทธิตามเดิมหรือมีเงินนั้นก็ให้ได้รับคำสินไหมทดแทนความเสียหาย ในการตัดสินคดีปกครองเนื่องจากศาลปกครองไม่มีอำนาจที่จะสั่งการให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ฉะนั้นในคดีประเภทนี้ศาลจึงยอมจะสั่งให้ชดใช้คำสินไหมทดแทนความเสียหายเสียเป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้เรียกคดีประเภทนี้ว่าคดีเรียกร้องคำสินไหมทดแทน

คดีเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนี้มีลักษณะแตกต่างกับคดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่เพื่อขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำในทางปกครองในสาระสำคัญต่อไปนี้

(1) คดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่เกิดขึ้นจากคำสั่ง กฎหรือข้อบังคับในทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนคดีเรียกร้องสิทธิหรือค่าสินไหมทดแทนนั้น อาจเกิดจากการละเมิดหรือการปฏิบัติของฝ่ายปกครองก็ได้

(2) คดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่มีความมุ่งหมายที่จะให้เพิกถอนคำสั่ง ข้อบังคับหรือการกระทำในทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร ฉะนั้นจึงย่อมมีผลดีต่อบุคคลอื่นๆ นอกจากโจทก์ด้วย เพราะเมื่อคำสั่ง กฎหรือข้อบังคับนั้นถูกเพิกถอนไปแล้ว ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจนำไปใช้บังคับแก่ผู้ใดได้อีก ส่วนคดีเรียกร้องสิทธิหรือค่าสินไหมทดแทนนั้น มีความมุ่งหมายที่จะให้กลับคืนสู่สิทธิเดิมหรือได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ฉะนั้น จึงเป็นประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายที่จะชนะคดีเท่านั้น คดีชนิดนี้จึงมีลักษณะคล้ายกับคดีแพ่งมาก

(3) คดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ไม่มี การสู้คดีกันระหว่างคู่ความฝ่ายโจทก์ก็เพียงแต่แสดงหลักฐานว่าคำสั่ง กฎหรือข้อบังคับในทางปกครองอันใดไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้ตนเสียประโยชน์เท่านั้น ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้แก่เอกสารที่อ้างว่าขัดต่อกฎหมายนั้น ซึ่งศาลปกครองจะต้องพิจารณาตัวเอกสารไม่ใช่ตัวเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ก่อให้เกิดเอกสารนั้น ส่วนคดีเรียกร้องสิทธิหรือค่าสินไหมทดแทนนั้น คู่ความทั้งสองฝ่ายต้องต่อสู้คดีกันอย่างเต็มที่ ฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์ว่าตนถูกละเมิดสิทธิ และปัญหาที่ศาลจะต้องพิจารณาก็ไม่ใช่เรื่องความสมบูรณ์ตามกฎหมายของการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ เป็นการพิจารณาว่าโจทก์มีสิทธิอยู่ตามที่กล่าวอ้างจริงหรือไม่ และถูกละเมิดสิทธิเพียงใดสมควรจะได้รับชดเชยค่าเสียหายเพียงใดหรือไม่

(4) ในการดำเนินคดีก็มีข้อแตกต่างกันมากระหว่างคดีทั้งสองประเภทนี้ กล่าวคือ การฟ้องคดีที่ว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ไม่ต้องเสีย ค่าใช้จ่ายอย่างไรและไม่ต้องใช้ทนายความก็ได้ ส่วนคดีเรียกร้องสิทธิหรือค่าสินไหมทดแทนต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียมตามระเบียบ และต้องใช้ทนายความเป็นผู้ว่าคดี

คดีเรียกร้องสิทธิหรือค่าสินไหมทดแทนอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีต่างๆ และปัญหาอาจจะแตกต่างกันสุดแล้วแต่พฤติการณ์ เช่น ถ้าเป็นเรื่องที่พิพาทกันเกี่ยวกับสัญญา ก็มีปัญหาที่ศาลจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการตีความหรือการปฏิบัติตามสัญญา ถ้าเป็นเรื่องละเมิดก็เป็นปัญหาที่ศาลจะต้องพิจารณาถึงการกระทำในทางปกครองที่ทำให้เกิดความเสียหายและความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

1.4.3 คดีเกี่ยวกับการปราบปรามการกระทำผิด (le contentieux de la répression)

คดีประเภทนี้เป็นคดีปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับการทำให้ส่วนประกอบของสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งจัดรวมอยู่ในประเภททางหลวงเสียหายเช่น การทำให้ทางหลวงหรือสิ่งปลูกสร้างสาธารณะ หรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยการรถไฟ คดีประเภทนี้เป็นคดีที่นับว่าเป็นข้อยกเว้นของคดีปกครอง และเป็นคดีที่เคยอยู่ในอำนาจของศาลปกครองระหว่างจังหวัดเท่านั้น แต่เมื่อ ค.ศ.1926 ได้มีกฎหมายโอนคดีกระทำความผิดเกี่ยวกับถนนไปอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ศาลปกครองซึ่งเวลานี้ได้แก่ศาลปกครองประจำท้องที่คงมีอำนาจพิจารณาตัดสินเฉพาะคดีกระทำความผิดเกี่ยวกับทางน้ำและสาธารณสมบัติของแผ่นดินอื่นๆ เช่น ทางรถไฟ และเป็นคดีชนิดเดียวที่ศาลปกครองมีอำนาจลงโทษปรับผู้กระทำความผิดเป็นการปราบปราม ทั้งนี้เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญานั้นตามหลักการทั่วไปเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม

1.4.4 คดีเกี่ยวกับการตีความคำสั่งหรือกฎข้อบังคับของฝ่ายปกครอง(le contentieux de l'interprétation)

คดีประเภทนี้เป็นคดีที่เอกชนร้องขอต่อศาลปกครองให้ตีความคำสั่งหรือกฎข้อบังคับของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่หรือมีความหมายที่แท้จริงอย่างไร การพิจารณาตีความเช่นนี้เป็นอำนาจของ

- (1) ศาลปกครองประจำท้องที่ และอาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้
- (2) ศาลปกครองสูงสุดสำหรับกรณีตีความคำสั่งของประมุขแห่งรัฐ เช่น กฤษฎีกา

เป็นต้น

คดีขอให้ตีความคำสั่งหรือกฎข้อบังคับที่ออกโดยฝ่ายปกครองอาจเกิดขึ้นได้เสมอในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม เมื่อฝ่ายจำเลยอ้างว่าคำสั่ง กฎหรือข้อบังคับที่ถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีความหมายไม่แจ่มแจ้งทำให้เกิดเป็นปัญหาที่จะต้องตีความ แต่เนื่องจากศาลยุติธรรมฝรั่งเศสไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าคำสั่ง หรือกฎข้อบังคับที่ออกโดยฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงต้องรอการพิจารณาคดีไว้แล้วให้คู่ความไปยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองวินิจฉัยและตีความเสียก่อน เมื่อศาลปกครองได้ตีความแล้วศาลยุติธรรมจึงจะพิจารณาใช้คำสั่งหรือกฎข้อบังคับตามที่ตีความนั้นบังคับคดีต่อไปได้

2. แนวคิดทฤษฎี เกี่ยวกับศาลปกครองในประเทศไทย

ศาลปกครองเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง อันเป็นกระบวนการยุติธรรมประเภทหนึ่งต่างหากจากกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและอาญา ๑ ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมทำให้ปัจจุบันศาลไทยจัดอยู่ในระบบศาลคู่อักษรทราทร จุฬารัตน 2549, หน้า 5)

2.1 ความเป็นมาของศาลปกครองในประเทศไทย

การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยนั้น ได้มีการดำเนินการและพัฒนามาเป็นเวลานานแล้ว โดยสามารถแบ่งช่วงสำคัญในการวิวัฒนาการออกเป็นสี่ช่วง ดังนี้

ช่วงแรก นับตั้งแต่วันที่ 14 มิถุนายน 2417 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงตราพระราชบัญญัติ เคาร์ซิลออฟสเตด คือที่ปลุขราราชการแผ่นดินขึ้น เพื่อเป็นที่ปรึกษาในการบริหารราชการแผ่นดิน การร่างกฎหมายและเป็นผู้พิจารณาเรื่องที่ราษฎรได้รับความเดือดร้อน พระมหากษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งเป็นประธานเคาร์ซิลออฟสเตดหรือเรียกว่า เปรสตีเด็น (President) ดังนั้น อำนาจหน้าที่ส่วนหนึ่งของสถาบันนี้ ความจริงแล้วก็คือภารกิจของศาลปกครอง

ช่วงที่สอง ภายหลังกปี พ.ศ.2475 รัฐบาลในขณะนั้น โดยคำริของนายปรีดี พนมยงค์ มีนโยบายที่จะจัดตั้งสถาบันที่มีอำนาจหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลและเป็นองค์กรชี้ขาดคดีปกครอง จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2476 ตามกฎหมายดังกล่าว การดำเนินการในส่วนที่จะให้มีการพิจารณาคดีปกครอง จะต้องมีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดประเภทคดีปกครองและวิธีพิจารณาคดีประกอบขึ้นอีกครั้งหนึ่งก่อน หลังจากนั้นได้มีความพยายามในการตรากฎหมายฉบับดังกล่าว อยู่หลายครั้งแต่ก็ยังไม่เป็นผล จนต้องมีการตราพระราชบัญญัติเรื่องราร้องทุกข์ พ.ศ.2492 แต่คณะกรรมการเรื่องราร้องทุกข์ที่จัดตั้งขึ้นนั้น ไม่ได้มีการจัดองค์กรและไม่ได้มีวิธีพิจารณาคดีอย่างเป็นระบบ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

ช่วงที่สาม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา เสียใหม่ โดยรวมกรรมการร่างกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2476 และกรรมการเรื่องราร้องทุกข์ ตามพระราชบัญญัติเรื่องราร้องทุกข์ พ.ศ.2492 เข้าด้วยกัน โดยตราเป็นพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 และจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ควบคู่กับคณะกรรมการร่างกฎหมายขึ้นเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในคดีปกครอง

ช่วงที่สี่ เป็นช่วงที่มี การพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เพื่อนำไปสู่การจัดตั้งศาลปกครอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้มีการบัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาล

ปกครองในระบบศาลคู่แต่การจัดตั้งศาลปกครองก็ยังไม่เป็นผลสำเร็จ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้จัดตั้งขึ้นมาเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครองและในที่สุด เมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ.2544 ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลาง ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้เปิดทำการตามกฎหมาย อันถือเป็นจุดเริ่มต้นของศาลปกครองไทยในปัจจุบัน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีไว้ในมาตรา 223 วรรคหนึ่งว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่อง ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

2.2 ความหมายของศาลปกครองในประเทศไทย

ศาลปกครอง หมายถึง องค์กรที่ได้จัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษแยกต่างจากศาลยุติธรรม มีอำนาจหน้าที่พิจารณาชี้ขาดปัญหาในทางปกครองที่เอกชนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนวินิจฉัยชี้ขาดกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากการสั่งการของผู้บังคับบัญชา

ศาลปกครอง คือ ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง หรือฝ่ายปกครองกับเอกชน ประเทศที่มีศาลปกครอง ถือว่าเป็นประเทศที่มีระบบศาลคู่ คือมีศาลปกครองแยกออกไปจากศาลยุติธรรม ประเทศที่มีศาลปกครองจะมีระบบกฎหมายปกครองเฉพาะใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง ประเทศต้นแบบคือฝรั่งเศส ต่อมามีการนำไปใช้ในประเทศต่างๆ เช่น เยอรมันนี อิตาลี ฯลฯ

ระบบกฎหมายปกครองเฉพาะที่ใช้ในประเทศที่มีศาลปกครองเป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาล โดยศาลจะวางหลักกฎหมายปกครองโดยใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน คือประสานประโยชน์ระหว่างเอกชนและประโยชน์สาธารณะหรือประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง โดยในประเทศฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายหลายเรื่อง ที่ ประสานประโยชน์ดังกล่าว เช่น หลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง สัญญาทางปกครอง เป็นต้น

2.3 ลักษณะพิเศษของศาลปกครองในประเทศไทย

ศาลปกครองมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากศาลยุติธรรมหลายประการ ลักษณะพิเศษที่สำคัญของศาลปกครอง คือ ศาลปกครองใช้ระบบไต่สวนในการ ดำเนินคดี คือ ศาลปกครองมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงอื่นใดได้ โดยไม่จำเป็นต้องรับฟังเฉพาะคู่กรณีทั้งสองฝ่าย สาเหตุที่ศาลปกครองใช้ระบบไต่สวนในการดำเนินคดี เนื่องจากคดีปกครองมีนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จากการออกกฎเกณฑ์ หรือการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองที่สามารถ ดำเนินการ ได้เองฝ่ายเดียว โดยไม่ได้อยู่บนหลักของความเสมอภาคกัน และพยานหลักฐานต่างๆ ที่จะใช้ในศาลเกือบทั้งหมดอยู่ในความดูแลหรือครอบครองของทางฝ่ายปกครองจึงเป็นการยากที่เอกชนประชาชนทั่วไปหรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานทางปกครองที่ประสงค์ฟ้องคดีจะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ยืนยันข้อกล่าวอ้างของตนได้ ดังนั้น ในการค้นหาข้อเท็จจริง ถ้ายึดหลักเคร่งครัดว่าเป็นคู่กรณีที่จะต้องพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนเหมือนเช่นคดีในศาลยุติธรรม อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่เป็นเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะฟ้องคดี ซึ่งต่างจากระบบการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมที่ใช้ระบบกล่าวหาในการดำเนินคดี โดยศาลยุติธรรมจะรับฟังเฉพาะข้อมูลของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่แสดงต่อศาลเท่านั้น

ระบบวิธีพิจารณาของศาลปกครองเป็นระบบถ่วงดุล ในการดำเนินคดีในศาลปกครอง มีการถ่วงดุลในการพิจารณา 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรก ผู้พิพากษาศาล ปกครองหรือที่เรียกว่า ตุลาการเจ้าของสำนวน ทำหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงต่างๆ ฝ่ายที่สอง ผู้พิพากษาศาลปกครองหรือที่เรียกว่า องค์กรคณะ โดยเรียกผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่นี้ว่า ตุลาการผู้แถลงคดี ทำหน้าที่แถลงการณ์ต่อคณะผู้พิพากษา และฝ่ายที่สาม องค์กรคณะที่มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยองค์กรคณะมีอิสระที่จะพิพากษาหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นได้ โดยไม่ต้องพิพากษาหรือมีคำสั่งตามแนวความเห็นของตุลาการเจ้าของสำนวนหรือตุลาการผู้แถลงคดีก็ได้ ซึ่งแตกต่างกับระบบในศาลยุติธรรมที่ไม่มี การถ่วงดุลกัน 3 ฝ่าย ดังที่ใช้ในศาลปกครอง

2.4 โครงสร้างของศาลปกครองในประเทศไทย

ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติให้ศาลปกครองแบ่งออกเป็นสองชั้นคือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น โดยศาลปกครองชั้นต้นได้แก่ ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาค พระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้วางโครงสร้างของศาลปกครองแบ่งเป็น 3 ส่วน ดังนี้

2.4.1 ส่วนที่ 1 ระบบศาลปกครอง

ศาลปกครองแบ่งออกเป็นสองชั้น คือ

- (1) ศาลปกครองสูงสุด ให้จัดตั้งขึ้นในกรุงเทพมหานครหรือในจังหวัดใกล้เคียง
- (2) ศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่

ก. ศาลปกครองกลาง ให้จัดตั้งขึ้นในกรุงเทพมหานครหรือในจังหวัดใกล้เคียง โดยมีอำนาจตลอดท้องที่กรุงเทพมหานคร จังหวัดนครปฐม จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี จังหวัดราชบุรี จังหวัดสมุทรปราการ จังหวัดสมุทรสงคราม และจังหวัดสมุทรสาคร และในระหว่างที่ศาลปกครองในภูมิภาคยังมีได้มีเขตอำนาจ ในท้องที่ใด ให้ศาลปกครองกลางมีเขตอำนาจในท้องที่นั้นด้วย นอกจากนี้ บรรดาคดีที่เกิดขึ้นนอกเขตอำนาจศาลปกครองกลางจะยื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลางก็ได้ แต่ศาลปกครองกลางมีดุลยพินิจที่จะรับคำฟ้องไว้พิจารณาหรือไม่ก็ได้

ข. ศาลปกครองในภูมิภาค การจัดตั้งและการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองในภูมิภาค ต้องกระทำโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติ โดยคำนึงถึงปริมาณคดีและการบริหารบุคลากรของศาลปกครอง โดยจะกำหนดให้เขตอำนาจศาลปกครองในภูมิภาคครอบคลุมเขตการปกครองหลายจังหวัดก็ได้ ในวาระเริ่มแรกกำหนดให้จัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาคขึ้นจำนวน 16 ศาล โดยจัดตั้งขึ้นในภาคกลางจำนวน 2 ศาล ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ จำนวน 6 ศาล ภาคตะวันออก จำนวน 1 ศาล ภาคเหนือ จำนวน 3 ศาล และภาคใต้ จำนวน 4 ศาล อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าศาลปกครองในภูมิภาคทั้ง 16 ศาล จะต้องเปิดทำการพร้อมกันทันที กฎหมายบังคับไว้แต่เพียงว่าให้ดำเนินการเปิดทำการตามความจำเป็น แต่ทั้งนี้ต้องไม่ น้อยกว่าปีละเจ็ดศาล ในระหว่างที่เปิดทำการศาลปกครองในภูมิภาคทั้ง 16 ศาล ยังไม่ครบทุกแห่ง ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจออกประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้ศาล ปกครองในภูมิภาคที่เปิดทำการแล้วมีเขตอำนาจในจังหวัดใดที่อยู่ใกล้เคียงกับศาลปกครองนั้นเพิ่มเติมได้

2.4.2 ส่วนที่ 2 องค์กรบริหารงานบุคคลของศาลปกครอง

ศาลปกครองมี “คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง” หรือเรียกโดยย่อว่า “ก.ศป.” ซึ่งทำหน้าที่บริหารงานบุคคลของศาลปกครองโดยเฉพาะ แยกต่างหากและเป็นเอกเทศจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม โดยให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการ และมีคณะกรรมการ จำนวน 11 คน โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติกำหนดคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม วิธีการเลือกกรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ ทรงคุณวุฒิ วาระการดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระของกรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ ตลอดจนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินงานของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองไว้

2.4.3 ส่วนที่ 3 หน่วยธุรการของศาลปกครอง

ศาลปกครองมีหน่วย ธุรการของศาลปกครองที่เป็นอิสระ โดยมีเลขาธิการ สำนักงานศาลปกครองเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด และให้สำนักงาน ศาลปกครองมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นตามที่กฎหมาย บัญญัติ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พศ.2542 กำหนดให้สำนักงาน ศาลปกครองเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีฐานะเป็นนิติบุคคล

แนวคิดทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล

1. แนวคิดทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ของประเทศฝรั่งเศส

การกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำ ที่อยู่นอกเหนืออำนาจจากการควบคุมของอำนาจ ตุลาการ (le controle juridictionnel) ทั้งจากศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นปัญหาใหญ่ที่ยุ่งยาก ที่สุดอย่างหนึ่ง ในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส หลักการกระทำของรัฐบาลเกิดจากคำ พิพากษา ของสภาแห่งรัฐ (conseil d'etat) และคำพิพากษาของศาลระงับความขัดแย้ง หรือศาลชี้ขาดข้อพิพาท (le tribunal des conflits) ซึ่งเป็นเรื่องที่ปฏิเสธเขตอำนาจไม่รับพิจารณาคดีกรณีที่เป็น “การกระทำ ของรัฐบาล” สำหรับผู้ที่ได้ยื่นครั้งแรกอาจจะสงสัยและสับสนในถ้อยคำ เพราะฝรั่งเศสเรียกการกระทำ จริงๆ ของรัฐบาลว่า การกระทำของฝ่ายบริหาร ส่วนการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) มีความหมายเป็นพิเศษแตกต่างออกไป ดังนั้นอาจเทียบเคียงหลักการ กระทำของรัฐบาลของฝรั่งเศส ได้กับหลักการกระทำของรัฐ (act of state) ของประเทศอังกฤษ ที่ศาลอังกฤษได้ตัดสินวางบรรทัด ฐานไว้ และการกระทำลักษณะนี้ ยกเว้นในสหรัฐอเมริกา เรียกว่า ปัญหาทางการเมือง (political question) (สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 , หน้า 9-10)

แนวคิดการกระทำของรัฐบาลมีความหมายอย่างไร เป็นปัญหาที่สำคัญ ในเรื่องนี้ได้มีนัก กฎหมายหลายคนพยายามที่จะหาคำจำกัดความ และให้ความหมายคำอธิบายของเรื่องการกระทำ ของรัฐบาลอยู่หลายท่าน ซึ่งอาจอธิบายความหมายได้หลายอย่าง หลายประเภทแตกต่างกันออกไป ในรายละเอียด แต่สิ่งซึ่งมีความเห็น สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน คือ วัตถุประสงค์ของแนวคิด ของการกระทำของรัฐบาลที่นักทฤษฎีกฎหมายมีความเห็นเช่นเดียวกันคือ การกระทำที่เข้าลักษณะ ของการกระทำทางรัฐบาลแล้วไม่สมควรที่จะมีการควบคุมโดยอำนาจตุลาการ ดังเช่น ศาสตราจารย์ ดูเอ้ (Duez) ที่ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำของรัฐบาลก็คือการกระทำ ที่ปลอดจากการควบคุมจาก อำนาจศาลไม่ว่าจะเป็นเรื่องดุลยพินิจหรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม” เพราะในสังคมภายใต้ ระบอบการเมืองในปัจจุบัน ย่อมต้องมีการกระทำหรือกิจการบางอย่างที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เมื่อ พิจารณาความมั่นคงและเพื่อความดำรงอยู่ของสังคมนั้น ซึ่งการกระทำหรือกิจการเหล่านี้ไม่ควร

ต้องถูกจำกัดโดยข้อพิจารณาทางนิติศาสตร์ เนื่องจากถือว่าเป็นเรื่องราวที่มีความอ่อนไหวและไม่สมควรที่จะมีการควบคุมหรือร้องเรียนต่อศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมก็ตาม

อย่างไรก็ตามในการอธิบายความหมายของการกระทำของรัฐบาล ได้มีการกล่าวถึงอย่างไม่สอดคล้องต้องกันว่าการกระทำลักษณะอย่างไรที่เป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งนักกฎหมายพยายามที่จะอธิบาย โดยให้คำนิยามถึงการกระทำของรัฐบาลไว้หลายท่าน เช่น

โอริยู (Hauriou) ได้วิจารณ์ในท้ายคำวินิจฉัยของคดี โวเคอร์เร กับ ฟารอง (Vaudelet vs. Farand) ว่า “การกระทำของรัฐบาล คือ การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้ามิได้มีการดำเนินการเช่นนั้นแล้วจะมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสถานะรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์อย่างนั้นเกิดขึ้นนั้นก็คือการเกิดขึ้นของหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาล ซึ่งการกระทำชนิดนี้ย่อมไม่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้”

ปีแอร์ อองรี ชาวิดาด (Pierre Henri Chalvidan) กล่าวว่า “การกระทำของรัฐบาลนั้นศาลนั่นเองที่ เป็นผู้สร้างและกำหนดว่า เรื่องใดหรือการกระทำเช่นใดเป็นการกระทำของรัฐบาล”

การ์เร้ เดอ มานแบร์ (Carré de Malbert) อธิบายว่า “การกระทำของรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากกรณีที่มีกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Positive Law) บัญญัติไว้ในเรื่องนั้นๆ”

ศาสตราจารย์เลอเน่ ชาปู (René Chapus) อธิบายว่า “การกระทำของรัฐบาล คือ การกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล ซึ่งต่างจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองอันเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร”

1.1 แนวคิดและวิวัฒนาการของการกระทำของรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส

หลักการที่ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล มีวิวัฒนาการมาเป็นเวลานาน โดยเริ่มจากในศตวรรษที่ 18 ซึ่งแนวความคิดเดิมที่ว่า ฝ่ายปกครองจะต้องตอบคำถามต่อหน้าศาลในทุกๆ การกระทำที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปนั้นเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็นเสมอไป โดยศาลปกครองได้พยายามวางหลักเกณฑ์ที่จะอธิบายถึงการกระทำบางอย่างที่ศาลไม่อาจเข้าไปควบคุมการกระทำในเรื่องนั้นๆ ได้ โดยถือว่าเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ ในอดีตการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลตั้งอยู่บนพื้นฐานทางการเมืองชั้นสูง (Haute Politique) การกระทำนี้แสดงออกด้วยคำอธิบายว่าเป็นเรื่องเหตุ ผลทางการเมือง หรือปัญหาทางการเมือง ดังในคดี Laffitte ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า “การเรียกร้องของนายลัฟฟิต ถือว่าเป็นปัญหาทางการเมืองซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายรัฐบาล” ดังนั้นจึงไม่สามารถรับฟ้องในคดีนี้ได้ และในคดี Deu d'auemale โดยศาลพิจารณาว่า “การกระทำที่เป็นการกระทำทางการเมืองนั้น โดยธรรมชาติของการกระทำนี้ ไม่สามารถที่จะยื่นฟ้องต่อศาลเป็นคดีในสภาแห่งรัฐได้” ดังนั้นเราอาจกล่าวได้ว่า การกระทำใดเป็นเรื่องการเมืองชั้นสูง

หรือมีพื้นฐานในทางการเมือง หรือการกระทำนั้นไม่มีมูลเหตุในทางการเมือง (le mobile politique) แล้วจะเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งไม่น่าจะถูกต้อนักในความหมายของการกระทำของรัฐบาล เพราะการกระทำในทุกๆ การกระทำของรัฐบาล อาจกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำในทางการเมือง ได้ทั้งสิ้น โดยมีผลให้การกระทำนั้น ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้เลย ในภายหลังหลักการพิจารณาเรื่องพื้นฐานในทางการเมือง ได้ถูกยกเลิกโดยสภาแห่งรัฐ ในคดีเจ้าชายนโปเลียน ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่าในปี ค.ศ.1853 จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ได้แต่งตั้งเจ้าชายนโปเลียน โจเซฟ โบนาปาร์ต ซึ่งเป็นญาติกับพระองค์ให้เป็นนายพลหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศส ในสมัยพระเจ้านโปเลียนที่ 3 นี้เองได้แพ้สงครามต่อรัสเซีย และต้องล้มเลิกสาธารณรัฐที่ 2 ของประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ.1870 นั้น ได้มีการจัดพิมพ์ทำเนียบทหาร โดยเป็นรายชื่อของ ทหารที่รับราชการกองทัพบกประจำปี ที่จัดพิมพ์ในปี ค.ศ.1873 แต่ไม่ปรากฏรายชื่อของเจ้าชายนโปเลียน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายพล เจ้าชายนโปเลียนจึงมีหนังสือสอบถามไปยัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมว่า การที่หนังสือดังกล่าวไม่ได้ลงชื่อเขา เนื่องจากพลั้งเผลอหรือเป็นการกระทำโดยเจตนา รัฐมนตรีก็ตอบไปว่าการที่ไม่พิมพ์ชื่อเป็นไปตามคำแนะนำของตนเอง เพราะเมื่อพิจารณาจากกฎหมายแล้ว การแต่งตั้งเจ้าชายให้เป็นนายพลนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก “เป็นการแต่งตั้งภายใต้เงื่อนไขเฉพาะของระบอบการปกครองที่ปัจจุบันได้เลิกไปแล้ว ซึ่งทำให้การแต่งตั้งดังกล่าวไม่มีผล” ดังนั้นเจ้าชายจึงยื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐ ซึ่งรัฐมนตรีได้ต่อสู้ว่าสภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจพิจารณาเนื่องจากมาตรการดังกล่าว เป็นเรื่องทางการเมือง ดังนั้นจึงเป็นการกระทำของรัฐบาล แต่สภาแห่งรัฐได้รับพิจารณาคดี และได้พิพากษาว่า “...จากที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่ใช่ว่าถ้าเป็นการกระทำที่ได้กระทำโดยรัฐบาล หรือผู้แทนของรัฐบาลโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี หรือที่ได้กระทำลงโดยมีเหตุผลทางการเมืองแล้วจะมีผลให้การกระทำดังกล่าวมีลักษณะพิเศษไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาล...”

คดีนี้นับว่ามีความสำคัญมากเพราะเป็นคดีที่วางบรรทัดฐานว่ากรณีใดจะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ โดยศาลพยายามจะอธิบายว่า มิใช่ว่าเรื่องใดเป็นเรื่องทางการเมืองแล้วจะเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไป และคำพิพากษาในทำนองเดียวกันนี้ในคดี Marquigny ที่ตัดสินโดยศาลระงับความขัดแย้ง (le tribunal des conflits) โดยวางหลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกันในคดีของเจ้าชายนโปเลียนว่า “เหตุผลในทางการเมืองของการกระทำทางปกครอง นั้น เป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่า การกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องถูกตรวจสอบโดยศาล ” ดังนั้นถือได้ว่าการกระทำของรัฐบาล ที่มีพื้นฐานทางการเมืองชั้นสูง หรือมูลเหตุในทางการเมืองได้ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาของศาลในคดีดังกล่าว เพราะว่าเหตุผลในทางการเมืองเพียงอย่างเดียว ไม่อาจสรุปได้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำของรัฐบาล

1.2 การกระทำของรัฐบาลกับแนวคำพิพากษาของศาล

ต่อมาได้มีการพยายามที่จะอธิบายเน วคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาล โดยนำแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลระดับความขัดแย้ง ซึ่งได้ตัดสินไว้มาประมวลและเรียบเรียงเพื่อที่จะอธิบายหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าการกระทำลักษณะใดเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยในคำพิพากษาศาลมักอ้างว่าเป็นเรื่องธรรมชาติที่ไม่สามารถนำมาตร วจสอบทางศาล ศาลไม่สามารถควบคุมได้ ศาลมิได้ชี้ชัดว่าเป็นเรื่องการเมืองหรือมิใช่ทางการเมือง ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าศาลเป็นผู้สร้างและกำหนดว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลระดับความขัดแย้งอาจรวบรวมได้เป็นกลุ่ม (คูวีร์ ตรียุทชนากุล , 2538, หน้า 11-25) ดังนี้คือ

1.2.1 การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภาอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำนั้นเป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หมายถึง เป็นการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือการเข้ามาดำเนินการในเรื่องนิติบัญญัติ

(2) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งการของรัฐบาล ที่เป็นจุดเริ่มต้นก่อให้เกิดการตัดสินใจของรัฐสภา เช่น การที่รัฐบาลเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อที่จะประกาศเกี่ยวกับเขตดินแดน ซึ่งถือเป็นเรื่องจำเป็นที่จะต้องให้สัตยาบันต่อสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

(3) การดำเนินการเบื้องต้น เพื่อจัดให้มีการเลือกสมาชิกรัฐสภา เช่น การออกกฎหมายกาเลือกตั้ง

(4) การสั่งการของประธานาธิบดีในการตัดสินใจ หรือการดำเนินการบางอย่างซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ ระหว่างองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญและเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การตัดสินใจใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 กรณีสถาบันต่างๆ แห่งสาธารณรัฐ เอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดนถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและกระทันหัน ประธานาธิบดี มีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็นตามสถานการณ์

1.2.2 การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝั่ งเศสกับรัฐบาล หรือองค์กรต่างประเทศ

แนวคำพิพากษาไม่ได้ชี้ชัดลงไปว่าที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล แต่อธิบายว่าเป็นเรื่องที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำนั้นๆ ได้นั่นเอง เช่น

- (1) การป้องกันคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินของชาวฝรั่งเศสในต่างประเทศ การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ
- (2) การกระทำที่เกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลโลก เช่น การปฏิเสธไม่เสนอข้อพิพาทให้ศาลโลกตัดสิน
- (3) การกระทำที่มีผลต่อการดำเนินการของกิจการในรัฐต่างประเทศ
- (4) การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูตต่างๆ

1.2.3 การกระทำเกี่ยวกับสงคราม

อดีตศาลมักถือว่าการกระทำเกี่ยวกับสงครามเป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาล และกรณีที่รัฐบาลออกมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อที่จะปฏิเสธไม่ให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ภายใต้การยึดครองของศัตรูในระหว่างการสงครามอย่างไรก็ตาม ในบางคดีสภาแห่งรัฐไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาลโดยตรง เพียงอธิบายว่าการกระทำที่เกี่ยวกับสงครามนี้ฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตน และค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะฟ้องให้รับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อได้มีพระราชบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อให้สิทธิเรียกร้องในการชดเชยค่าเสียหายในการสงครามได้

ปัจจุบันศาลได้พยายามตรวจสอบในเรื่องเนื้อหาเหล่านี้มากขึ้น โดยมีใช้ว่าศาลจะไม่รับฟ้องในทุกกรณี แต่ศาลจะพิจารณาในเนื้อหาเสียก่อนว่าการกระทำนั้นๆ มีผลโดยตรงจากการกระทำของสงครามหรือไม่ หรือว่าการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับมาตรการทางการทหารหรือไม่ ซึ่งถ้าไม่มีเนื้อหาในการกระทำเกี่ยวข้องกับสงครามหรือมาตรการทางการทหารเช่นว่านั้น ศาลก็จะเข้ามาควบคุม

1.2.4 การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี

อำนาจในการให้อภัยโทษหรือลดโทษให้แก่ักโทษที่ดี ได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองที่ปฏิเสธที่จะตรวจสอบถึงการให้อภัยแก่นักโทษของประธานาธิบดีว่าจะเป็นการเหมาะสม ถูกต้องหรือไม่อย่างไร เพราะว่าการให้อภัยโทษนี้ มิใช่การใช้อำนาจในทางบริหารแต่เป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ศาลปกครองจึงไม่อาจควบคุมตรวจสอบ

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ที่ถือหลักไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาล เช่น ในคดี Tallagrand (CE 29 Nov.1968) ศาลตัดสินว่าการเสนอหรือไม่เสนอกฎหมาย หรือการถอนร่างกฎหมาย เป็นการกระทำของรัฐบาลมาฟ้องศาลไม่ได้ ในคดี desreumrux (ce 3 nov.1933) ศาลตัดสินว่า การประกาศกฎหมายมาฟ้องศาลไม่ได้ในอีกคดีศาลตัดสินว่าการขอหรือไม่ขอประจํามติฟ้องศาลไม่ได้ (CE 29 April 1970 Comit des Chmuns de' la Marne) ในความสัมพันธ์

ระหว่างประเทศ ศาลปกครองสูงสุดตัดสินว่าคดีที่เกิดจากการเจรจาสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เป็นการกระทำของรัฐบาลฟ้องศาลไม่ได้ (CE 13 July 1979 Coparex) ฟ้องศาลไม่ให้รัฐบาลให้สัตยาบันสนธิสัญญาไม่ได้ (CE 5 Feb. 1926 Dame Caracs) การที่รัฐบาลฝรั่งเศสตั้งให้ส่งสัญญาณกวนสถานีวิทยุอันดอร์รารัฐเล็กๆ ในพรมแดนฝรั่งเศส สเปน เป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลไม่รับฟ้อง (TC 2 Feb. 1950 Soc. Radio de' Bollardire) (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ออนไลน์, 2551 ก)

ทั้ง 4 เรื่องที่กล่าวมามีจุดร่วมกันคือ คดีที่ไม่สามารถนำขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองได้

1.3 การกระทำของรัฐบาลกับแนวความคิดของนักทฤษฎีกฎหมาย

จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง และศาลระดับความขัดแย้ง จะเห็นได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองที่ศาลปฏิเสธที่จะควบคุมตรวจสอบการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่อาจที่จะอธิบายได้อย่างชัดเจน เพราะศาลจะวินิจฉัยโดยให้เหตุผลแห่งความเหมาะสม ในแต่ละกรณีๆ ไปทำให้ให้นักทฤษฎีกฎหมายพวกหนึ่งจึงพยายามอธิบายว่าในความเป็นจริงแล้ว หลักที่ว่าด้วยการกระทำของรัฐนั้นไม่มีอยู่จริง ในขณะที่นักทฤษฎีกฎหมายอีกพวกหนึ่ง พยายามที่จะวางหลักเกณฑ์และอธิบายลักษณะการกระทำของรัฐบาล ว่ามีลักษณะการกระทำอย่างไร แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดที่ยอมรับว่าการกระทำบางอย่างที่ศาลไม่อาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลก็ได้รับการยอมรับมากกว่าในปัจจุบัน

1.3.1 แนวความคิดที่ปฏิเสธแนวคิดการกระทำของรัฐบาล

การปฏิเสธการกระทำของรัฐบาลมีปรากฏอยู่ในความคิดเห็นของนักทฤษฎีกฎหมายอยู่หลายท่าน และในคำพิพากษาของศาลปกครอง ก็ไม่แข็งขันนัก เพราะในบางคดีศาลก็มิได้ใช้คำว่ากระทำของรัฐบาลเพียงแต่อธิบายในทำนองที่ว่าเรื่องนั้นๆ ศาลไม่อาจเข้าควบคุมได้ แนวคิดนี้ นำโดยวิรัลดี (Virally) ซึ่งกล่าวไว้ว่า ไม่มีการกระทำของรัฐบาลอยู่จริงโดยให้เหตุผลว่า ในความรู้สึกของคนทุกๆ ไป การกระทำของรัฐบาลคือการกระทำที่ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเพราะอะไรจึงไม่ควรนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง โดยเหตุผลต่างๆ นั้น อาจเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรสาธารณะต่างๆ หรือความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเป็นเรื่องการกระทำในทางศาล ซึ่งศาลปกครองไม่อาจเข้าควบคุมได้อยู่แล้ว ดังนั้นการกระทำของรัฐบาลจึงไม่มีอยู่จริงในความคิดของเขาโดยพิจารณาได้ดังนี้

(1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

นักทฤษฎีกฎหมายนี้พยายามที่จะอธิบายว่า โดยส่วนใหญ่ของการกระทำของรัฐบาลไม่สามารถตรวจสอบโดยศาลได้เพราะเหตุผลว่า การกระทำเหล่านี้กระทบต่อความสัมพันธ์

ขององค์กรสาธารณะต่างๆ ที่ศาลไม่ควบคุมเพราะไม่ใช่เรื่องการกระทำของรัฐบาลแต่ความสัมพันธ์
เช่นนี้เป็นเรื่องของการควบคุมทางรัฐสภา

(2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐฝรั่งเศสกับรัฐต่างประเทศ
การกระทำนี้ ศาลฝรั่งเศสไม่มีอำนาจควบคุม เพราะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับ
ปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเราจะพบว่าในอดีตการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการลงนามใน
สนธิสัญญา การตีความสัญญา ถือว่าเกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลปกครอง
ได้วินิจฉัยว่า “สนธิสัญญาใดที่ก่อให้เกิดความเสียหาย สนธิสัญญานั้นไม่ก่อให้เกิด ความรับผิดชอบของ
รัฐ” อย่างไรก็ตามคำพิพากษาได้ถูกสลับหลัก โดยศาลปกครองได้ขยายหลักความรับผิดชอบในทางแพ่งโดย
ปราศจากความผิด (the principle of liability without fault) ไปใช้บังคับในคดีที่มีผลต่อเนื่องจาก
สนธิสัญญาระหว่างประเทศ

(3) การกระทำที่เกี่ยวกับการสงคราม
การกระทำที่เกี่ยวกับการสงครามนี้ มีความพยายามที่จะอธิบายว่ามีอำนาจ
ฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้นั้น มิใช่เป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลเป็นแต่เพียงว่าการสงคราม
นั้น ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการที่จะชดใช้ให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหาย ฝ่ายนิติบัญญัตินั้น
ก็จะออกกฎหมายให้มีการชดใช้ความเสียหายนั้น ซึ่งถ้าไม่มีกฎหมายออกมารองรับ เป็นเรื่องที่ฝ่าย
บริหารจะต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะ

(4) การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี
กรณีนี้ นักทฤษฎีกฎหมายกลุ่มนี้อธิบายว่ามีไม่ใช่เป็นเรื่องของการกระทำของรัฐ
แต่อย่างไร แต่เป็นการกระทำที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมอย่างแท้จริง ซึ่งไม่
อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้น การให้อภัยโทษที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำพิพากษา
ของศาลยุติธรรมอย่างแท้จริงนี้ ศาลปกครองจึง ไม่อาจควบคุมได้นั่นเอง กล่าวคือ ศาลไม่ได้มีคำ
วินิจฉัยว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาลโดยตรง เป็นเรื่องที่ประธานาธิบดีของรัฐ ใช้อำนาจ
ในทางตุลาการ มิได้ใช้อำนาจในทางบริหาร และดังนั้นการกระทำนี้จึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจของศาลได้

1.3.2 แนวความคิดที่มีการยอมรับหลักการแนวความคิดการกระทำของรัฐบาล
ความคิดเห็น ส่วนใหญ่ของนักกฎหมายยังมีความเห็นว่า หลักการกระทำของ
รัฐบาลนั้นมีอยู่จริง และมีความจำเป็นที่จะคงหลักการนี้ไว้ ด้วยเหตุผลของความจำเป็นบางประการ
ที่การกระทำนั้นๆ ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยใช้พิจารณาในทางนิติศาสตร์ จากการพิจารณา
คดีของศาลได้ โดยพิจารณาได้ดังนี้ คือ

(1) ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลในอดีต

ก. ทฤษฎีเหตุผลในทางการเมือง (le mobile politique) ทฤษฎีนี้อธิบายความหมายของการกระทำของรัฐบาลว่าเป็นเรื่องของเหตุผลในทางการเมืองชั้นสูงหรือการกระทำนั้นโดยธรรมชาติเป็นเรื่องทางการเมืองทำให้การกระทำลักษณะเช่นนี้ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมในทางดุลพินิจหรือเป็นเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่อันตรายอย่างมากเพราะการกระทำในทุกๆ การกระทำของรัฐบาล อาจกล่าว ได้ว่าเป็นการกระทำในทางการเมือง จึงไม่อาจควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้ ซึ่งต่อมาหลักการพิจารณาในเรื่องพื้นฐานในทางการเมืองหรือมูลเหตุในทางการเมืองนี้ ถูกยกเลิกโดยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐที่ว่า ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลมิใช่เป็นเรื่องใดที่เป็นเรื่องทางการเมือง แล้วจะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไป

ข. หลักความคุ้มกันในทางศาล (la immunité juridictionnelle) ภายหลังจากที่ได้ยกเลิกทฤษฎีมูลเหตุในทางการเมือง กลับมีการยอมรับว่าเรื่องใดที่ศาลไม่ควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งก็คือการอธิบายถึงหลักความคุ้มกันในทางศาลนั่นเอง เป็นหลักที่เกิดขึ้นโดยเหตุผลที่จำเป็นสองประการคือ ประการที่หนึ่ง หลักเหตุผลของรัฐและประการที่สอง หลักเรื่องอำนาจของรัฐบาล รัฐบาลมีความจำเป็นโดยตลอดเวลาที่จะต้องรักษาพื้นที่หรืออำนาจบางส่วนของตนเองเอาไว้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีทางใดที่จะให้ตัวเองปลอดภัยจากการควบคุมโดยองค์กรอื่นๆ ซึ่งพื้นที่ หรืออำนาจหน้าที่ใน เรื่องการกระทำของรัฐบาลนี้ ก็คือ หลักความคุ้มกันในทางศาลนั่นเอง

(2) ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลในปัจจุบัน

ศาสตราจารย์เลอเน่ ชาปู (René Chapus) ได้อธิบายโต้แย้งการใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำที่ศาลไม่ควบคุมการกระทำนั้น การกระทำนั้นคือการกระทำของรัฐบาลเป็นประการที่หนึ่ง และประการที่สอง หลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำใดที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งชาปูกี้ไม่เห็นด้วยในประเด็นนี้เช่นกัน

ก. หลักความคุ้มกันทางศาล ชาปูมีเหตุโต้แย้งอยู่ 3 ประการคือ

ประการแรก หลักความคุ้มกันทางศาลมิได้สามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกได้ เพราะความคุ้มกันทางศาลนี้ ไม่ได้เป็นจุดเริ่มต้นแต่เป็นเพียงผลของการที่นิติกรรมนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล มิใช่ว่าเมื่อการกระทำใดได้รับความคุ้มกันในทางศาลแล้ว การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไปไม่

ประการที่สอง ปัญหาที่เผชิญอยู่นั้น มิใช่ว่าปัญหานี้จะพิจารณาเพื่อจะรู้ว่าการกระทำใดในเวลาใดเวลาหนึ่ง จะได้รับความคุ้มกันในทางศาล แต่เป็นปัญหาที่เราอยากรู้ว่า การกระทำนั้นโดยสิทธิและโดยสภาพของการกระทำแล้วต้องอยู่ภายใต้ระบบคุ้มกันของศาลหรือไม่

ประการที่สาม ความคุ้มกันในทางศาล ไม่มีลักษณะพิเศษแต่อย่างใด เพราะหลักความคุ้มกันนั้น มีความหมายที่กว้างขวางมาก และเกิดขึ้นด้วยเหตุผลหลายประการที่จำเป็นอันเป็นเหตุผลของรัฐ จึงไม่สามารถทำให้เราแยกแยะการกระทำของรัฐบาลออกจากการกระทำอย่างอื่นได้

ข. หลักเหตุผลทางการเมือง

ที่ผ่านมาในอดีต คดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นที่ศาลไม่เข้าควบคุมการกระทำของรัฐบาล ชานู อธิบายว่าอาจเป็นไปได้ว่าอาจเป็นเพราะ

ประการที่หนึ่ง ศาลพยายามจำกัดตัวเองในการควบคุมฝ่ายปกครอง เพราะศาลอาจเล็งเห็นว่าถ้าศาลเข้าควบคุมฝ่ายปกครองในทุกๆ เรื่องแล้ว ผลที่ตามมาอาจทำให้ฝ่ายปกครองเกิดความรู้สึกขัดแย้ง ไม่ยอมรับ และจะทำให้ฝ่ายปกครองไม่ยอมอยู่ภายใต้การควบคุมจากศาล

ประการที่สอง เรื่องการเมืองชั้นสูงนั้น เป็นเรื่องที่ศาลก็ไม่อยากที่จะเข้าไปควบคุม และถึงอย่างไรก็ตาม การกระทำนั้นๆ ศาลก็ไม่สามารถควบคุมหรือบังคับให้เป็นผลได้อยู่แล้ว ซึ่งชาปูเห็นว่าควรจะมีหลักเกณฑ์ เพื่ออธิบายว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำของรัฐบาล และการกระทำใดเป็นการกระทำทางปกครอง

ก. ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย

นักทฤษฎีกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งพยายามที่จะอธิบายถึงความหมายของการกระทำของรัฐบาล โดยพยายามที่จะหาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบของกฎหมาย และพยายามหาบทบัญญัติของกฎหมายที่จะอธิบายถึงการกระทำของรัฐบาล นักทฤษฎีกลุ่มนี้พยายามหาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมาย โดยพิจารณาที่ตัวบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองต่างๆ ว่ามีบทบัญญัติที่พูดถึงการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ โดยคาร์เร่ เดอ มานแบร์ (Carré de Malbert) สรุปแล้วอธิบายว่าการกระทำของรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากมีกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (positive law) บัญญัติไว้ในเรื่องนี้

ข. ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลกับหลักการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาลกับหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

นักทฤษฎีกลุ่มนี้ได้อธิบายถึงการกระทำของรัฐบาล โดยพิจารณาจากพื้นฐานของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติถึงหน้าที่ (function) ของรัฐบาล โดยการแบ่งแยกระหว่าง

หน้าที่หรือกิจกรรมของรัฐบาลกับหน้าที่ หรือกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ลาแฟร์รีแยร์ (Laferrière) ได้กล่าวไว้ว่า การปกครอง (administre) คือการปกครองที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ในลักษณะที่เป็นประจำวันและรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองในเมืองหลวงหรือในระดับท้องถิ่น หรือประชาชนกับฝ่ายปกครองอื่นๆ แต่รัฐบาลเป็นเรื่องของการดำเนินการให้เป็นไปตามเรื่องของสังคมในทางการเมืองทั้งหมด และเป็นเรื่องของการดูแลเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเป็นเรื่องของการทำให้อำนาจทางสาธารณะที่สำคัญ และเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศ หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและต่างประเทศ

ยังมีนักทฤษฎีอีกท่านหนึ่ง ที่อธิบายถึงการกระทำของรัฐบาลว่าเป็นการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาล ออกจากหน้าที่ของฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกการกระทำของรัฐบาลกับการกระทำทางปกครองที่ดีที่สุด ด้ก็คือ โดยพิจารณาจากกิจกรรมนั้น ว่าเป็นกิจกรรมของรัฐบาลหรือกิจกรรมนั้นเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครองโดยขานูได้เสนอไว้ว่าควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์ประกอบประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำของรัฐบาล (สุวิร์ ตรียุทธนากุล , 2538, หน้า 41-42) โดยพิจารณาดังนี้

ก. การพิจารณาในแง่ขององค์กร

- องค์กรนั้นต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร
- การกระทำของรัฐบาลนั้นต้องเป็นรัฐบาลฝรั่งเศสเท่านั้น
- หากเป็นการกระทำผสม คือระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล

ประเทศไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล

ข. การพิจารณาในเนื้อหาของกรกระทำ

การกระทำของรัฐบาลนั้นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของกรกระทำมิใช่หมายความว่าถ้ากรกระทำใดที่ได้กระทำโดยรัฐบาลแล้วจะเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไป โดยการกระทำแต่ละกรกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของกรกระทำ หรือกิจกรรมที่ได้กระทำของฝ่ายบริหารโดยรัฐบาลนั้น ทั้งนี้เพราะรัฐบาลอาจกรทำการในหลายหน้าที่ไปพร้อมกันได้

2. ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ในประเทศไทย

พระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ ในสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ.2475 นั้น พระองค์ทรงพระราชอำนาจทั้งในทางนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจอันสูงสุด ดังนั้นพระบรมราชโองการของพระองค์ จึงถือเป็นกฎหมาย บางกรณีกระแสพระบรมราชโองการที่ทำเป็นเอกสารมอบให้แก่บุคคลใดบุคคล

หนึ่งไว้โดยมิได้ประกาศให้ประชาชนทราบก็มีผลเป็นกฎหมายได้ ซึ่งถือได้ว่าพระองค์ทรงมีอำนาจในทางนิติบัญญัติ หรือการปกครองประเทศ พระมหากษัตริย์ทรงเป็นทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง โดยใช้พระราชอำนาจ ในการปกครองประเทศด้วยพระองค์เอง ในการบริหารราชการแผ่นดินพระองค์จะทรงแต่งตั้งข้าราชการรับเข้ามาช่วยเหลือทำหน้าที่แทนพระองค์ บรรดาข้าราชการบริหารเหล่านี้ถือได้ว่าทำหน้าที่ในการบริหารแทน หรือเพื่อองค์พระมหากษัตริย์

พระมหากษัตริย์ถือว่าเป็นประมุขฝ่ายตุลาการบางครั้งก็ทรงทำหน้าที่ ตุลาการเสียด และแม้ในสมัยที่มีการแต่งตั้งผู้พิพากษาให้ทำหน้าที่พิจารณาคดีแทนพระองค์ พระองค์ก็ยังทรงอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยตัดสินคดีนั้นๆ อยู่เช่นเดิม เห็นได้ว่าองค์พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมายและทรงมีอำนาจทุกอย่างอยู่ในพระองค์เอง ไม่มีใครสามารถขัดขวางได้ ในเรื่องการฟ้องร้องให้ข้าราชการรับผิดชอบนั้น ปรากฏว่าในประเทศไทยการฟ้องร้องเช่นนี้ยอมทำได้ตั้งแต่สมัยโบราณมาแล้ว โดยไม่มีการแยกว่าเป็นคดีปกครอง หรือคดีอื่นๆ แต่การฟ้องร้องนั้นมีขั้นตอนยุ่งยากหลายอย่าง

นอกจากตัวข้าราชการบริหารจะสามารถ ถูกฟ้องร้องได้แล้ว บรรดากระทรวง และกรมต่างๆ ที่ตั้งขึ้นก็สามารถถูกฟ้องร้องได้ แต่จะมาเป็นจำเลยหรือไม่ มาศาลก็ได้ ศาลไม่มีอำนาจบังคับ เป็นเรื่องที่โจทก์ต้องทูลเกล้าถวายฎีกา ถ้ากระทรวงหรือกรมมาแก้ความแล้ว ศาลจึงจะตัดสินได้ เหมือนกับความธรรมดา

เมื่อคณะราษฎรได้ทำการปฏิวัติยึดอำนาจ การปกครองประเทศไทย มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ เป็นการตั้งอำนาจอธิปไตยซึ่งแต่เดิม หากพิจารณาตามแง่กฎหมายแล้วอยู่ที่องค์พระมหากษัตริย์ทั้งหมดมาสู่ประชาชน และมีการแบ่งแยกหน้าที่ในการใช้อำนาจนี้ออกเป็น 3 ส่วน คือ หน้าที่ในทางนิติบัญญัติ หน้าที่บริหาร และหน้าที่ในทางตุลาการ ดังนั้นภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศแล้ว องค์พระมหากษัตริย์มิได้ทรงพระราชอำนาจ ในการออกกฎหมายการบริหารประเทศ และในทางการตุลาการโดยศาลอย่างที่เคยมีมา สถาบันพระมหากษัตริย์ได้กลายเป็นสถาบันหนึ่งที่แยกตัวออกจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารมิใช่ตัวแทนหรือทำการแทนองค์พระมหากษัตริย์ในการปกครองประเทศ แต่เป็นผู้บริหารประเทศในฐานะตัวแทนของปวงชนชาวไทยทั้งประเทศ และในการบริหารนี้ ฝ่ายบริหารจะเป็นผู้กำหนดนโยบายในการบริหาร โดยมีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติกำหนดหน้าที่ของฝ่ายบริหารในประการต่างๆ

ส่วนกรณีบุคคลซึ่ง เป็นข้าราชการนั้น สามารถถูกฟ้องร้องทั้งในทางแพ่ง และทางอาญา เช่นเดียวกับที่เคยมีมา ในสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ .ศ.2475 จนกระทั่งได้มีการเปลี่ยนแปลงเรื่องการฟ้องร้องหน่วยราชการเพิ่มเติมขึ้นในกฎหมายรัฐธรรมนูญ พ .ศ.2492 มาตรา 44 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบการกระทำ

ของเจ้าพนักงาน ในฐานะเสมือนตัวการหรือนายจ้าง ย่อมได้รับความคุ้มครอง ” ดังนั้นถ้าฝ่ายปกครองทำให้ประชาชน ได้รับความเสียหาย ก็สามารถถูกฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้

เมื่อมีการฟ้องร้องต่อหน่วยงานราชการหรือเจ้าพนักงานต่างๆ ต่อศาล ศาลก็จะรับพิจารณา คดีนั้นดังเช่นคดีข้อพิพาทระหว่างเอกชนต่อเอกชน โดยปรับบทกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา และนำ ประชญาแนวคิดในความเท่าเทียมกันของกลุ่มความ ตามหลักกฎหมายเอกชนมาใช้พิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับทางปกครอง

การกระทำของรัฐบาล (acte de' gouvernement) ได้แก่ การกระทำของรัฐบาลเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจเพื่อเลือกตัดสินใจกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็น นโยบายชั้นสูงหรือนโยบายทั่วไปหรืออีกนัยหนึ่ง เป็นกิจการงานที่มีลักษณะเป็นไปในทางการเมือง มีลักษณะเป็นเรื่องการเมือง (nature politique) เช่น นิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภา การประกาศใช้ บังคับกฎหมายหรือการยุบสภาผู้แทนราษฎรหรือนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การกระทำของรัฐบาลไม่สามารถนำมาฟ้องศาลได้เพราะไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานตามปกติของฝ่ายปกครอง เป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบในทางการเมือง ร่วมกันต่อรัฐสภา อีกทั้งเป็นเรื่อง ซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้อยู่ภายใต้ปกครองก็ตาม ทั้งนี้ เพราะการกระทำของ รัฐบาลมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างกับการกระทำในทางปกครอง ผู้ได้รับความเสียหายจึงไม่อาจถือเป็นเหตุฟ้องร้องรัฐได้ (บุญเสริม นาคสาร, ออนไลน์, 2550)

อนึ่งแม้ศาลในประเทศทั้งหลายมักจะจำกัดอำนาจตัวเองไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณา วินิจฉัยการกระทำขององค์กรทาง การเมืองในเรื่องสำคัญๆ ซึ่งปรากฏ ออกมาเป็นทฤษฎีกฎหมาย ต่างๆ เช่น อังกฤษและ ฝรั่งเศส รู้จักกันในนามของทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (theory of acts of government หรือ acte de' gouvernement) ในสหรัฐอเมริการู้จักในนามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง (theory of political questions) สารสำคัญของทฤษฎีเหล่านี้รวมกันก็คือ ศาลปฏิเสธที่จะเข้าไป ควบคุมการกระทำทางการเมืองบางอย่าง

2.1 องค์ประกอบการกระทำของรัฐบาล

การพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณา จากองค์ประกอบสามประการ คือ

2.1.1 องค์กรผู้กระทำการ โดยต้องพิจารณาจากองค์กรผู้กระทำเป็นลำดับแรกหาก เป็นการกระทำโดยองค์กรรัฐบาล คือ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี

2.1.2 ที่มาของอำนาจกระทำการ การกระทำของรัฐบาลเป็นเรื่องของการกระทำ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

2.1.3 ลักษณะของการกระทำ เป็นการกระทำที่มีลักษณะ เป็นงานนโยบาย การกระทำทางรัฐบาล อาจแยกได้เป็น 2 กลุ่มหลัก คือ กลุ่มแรก ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และกลุ่มที่สอง คือการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

2.2 ประเภทลักษณะการกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย

การกระทำของรัฐบาล อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง ได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เช่นการเสนอร่างกฎหมาย การประกาศใช้กฎหมายที่ผ่านรัฐสภามาแล้ว เป็นต้น ส่วนประเภทที่สอง ได้แก่การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลหรือตัวแทนรัฐบาลกับรัฐบาลหรือตัวแทนรัฐบาลต่างประเทศ หรือเป็นการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ทางการทูตนั้นเอง (อังกูร วัฒนรุ่ง, ม.ป.ป., หน้า 5)

การกระทำของรัฐบาลใน กฎหมายไทย โดยเฉพาะตามรัฐธรรมนูญ จำแนกประเภท ลักษณะการกระทำของรัฐบาล (สาโรช โชติพันธ์, 2541, หน้า 253-385) ดังนี้

2.2.1 การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภา การแต่งตั้งและการให้รองมนตรีพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์ และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่ง และการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

2.2.2 การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี ได้แก่ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามมติของสภาผู้แทนราษฎร การแต่งตั้งและการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี และการแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่าพ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

2.2.3 การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ การประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก และการประกาศสงคราม

2.2.4 การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การแต่งตั้งทูตของประเทศไทยและการรับทูตของต่างประเทศ การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

2.2.5 การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ ได้แก่ การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ และการพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์

2.2.6 การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม ได้แก่ การพระราชทานอภัยโทษ

2.2.7 การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา ได้แก่ การยุบสภา การเรียกประชุมรัฐสภา การขยายเวลาสมัยประชุมสามัญของรัฐสภา การปิดประชุมรัฐสภา การตราพระราช

กำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การ
เสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา และการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

2.2.8 การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา
และพระบรมราชโองการใดๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน

2.2.9 การกระทำในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี

2.3 กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเรื่องการกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย

สำหรับทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลนี้ ในระบบกฎหมายของไทยได้มีการ
บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ดังนี้ (บุญเสริม นาคสาร, ออนไลน์, 2550)

2.3.1 พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522

พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 ในส่วนที่ว่าด้วยคณะกรรมการ
วินิจฉัยร้องทุกข์ ได้มีการนำทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล บัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์
อักษรของไทยเป็นครั้งแรก คือ ตามมาตรา 20 (1) บัญญัติห้ามมิให้รับพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ “ที่มี
ลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ” และที่ “คณะรัฐมนตรี
หรือนายกรัฐมนตรี ในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีมติเด็ดขาดแล้ว ” จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติ
คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 20 (1) ได้วางหลักการเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่อาจจะร้อง
ทุกข์ได้โดยมีหลักการและแนวความคิดว่า หลักกฎหมายปกครองต้องเป็นหลักกฎหมายที่แยก “งาน
นโยบาย” ออกจาก “งานประจำ” ได้ โดยงานนโยบายนั้นไม่อยู่ในความควบคุมของคณะกรรมการ
วินิจฉัยร้องทุกข์ เพราะงานนโยบายเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ซึ่งมีกลไกและ
การควบคุมเป็นพิเศษแตกต่างออกไป

2.3.2 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 กำหนดข้อยกเว้นมิให้นำ
กฎหมายฉบับนี้ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐมา
ใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรีในงาน
ทางนโยบายโดยตรง และการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ ดังนี้

(1) การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 4 (1) บัญญัติ
ไม่ให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี “รัฐสภา” คือองค์กรที่ใช้อำนาจ
อธิปไตยในการนิติบัญญัติ กรณีจึงย่อมมิใช่การดำเนินการทางปกครองที่จะอยู่ในบังคับของ
กฎหมายนี้ สำหรับ “คณะรัฐมนตรี” ที่ดำเนินการในทางการเมืองก็ย่อมมีคำอธิบายได้ในทำนอง
เดียวกันว่ามิใช่การใช้อำนาจทางปกครองตามความมุ่งหมายของกฎหมายนี้ ซึ่งตามหลักงานของ

คณะรัฐมนตรีส่วนหนึ่งมีสภาพเป็นการใช้อำนาจทางปกครองโดยเฉพาะ มิใช่การตัดสินใจในทางนโยบายหรือในทางการเมืองแต่อย่างใด น่าจะนำมาใช้ได้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แต่โดยที่บทบัญญัติมาตรา 4 (1) ใช้ถ้อยคำที่ระบุดังองค์กร “คณะรัฐมนตรี” โดยเฉพาะ ดังนั้นการกำหนดวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับต่อคณะรัฐมนตรีทั้งหมดไม่ว่าการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีนั้นจะมีลักษณะเป็นงานทางปกครองหรืองานที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายของรัฐบาล

(2) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 4 (3) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง ซึ่งการดำเนินการขององค์กรทางการเมืองในเรื่องนโยบายย่อมอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบในทางการเมืองตามแนวที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพราะการกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำในทางการเมืองของรัฐบาล และไม่อาจนำเอามาตรการการควบคุมที่ใช้กับเจ้าหน้าที่ทางปกครองไปตรวจสอบการกระทำในทางการเมืองเหล่านี้ จึงต้องบัญญัติยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับการกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวด้วย

(3) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 4 (6) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบของงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรับผิดชอบดูแลโดยตรง และเป็นกรณีที่มีความละเอียดอ่อนที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจและรับผิดชอบในทางการเมือง จึงไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้

2.4 แนวคำพิพากษาของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาล

ตามกฎหมายไทย หรือแนวคำพิพากษาของศาลนั้น มีกรยอมรับในหลักการกระทำของรัฐบาล หรือมีการกระทำอย่างใดหรือไม่มีที่ศาลปฏิเสธที่จะตรวจสอบในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ตรงกับหลักการกระทำของรัฐบาล เป็นเพียงการกระทำทางปกครอง (administrative act) แต่ผลที่เหมือนกันก็คือศาลปฏิเสธที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจส่วนนี้ วิทยานิพนธ์ในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาถึงในรายละเอียดจากแนวคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ

2.4.1 แนวคำพิพากษาของศาลไทยก่อนการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

(1) คำพิพากษาที่กล่าวถึง “การกระทำของรัฐ”

อ้างถึงเมื่อปี พ.ศ.2523 ในคำพิพากษาฎีกาที่ 914/2523 แต่่ววลีที่กล่าวถึงนี้มีได้ตรงกับแนวความคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาล

คำพิพากษานี้ได้กล่าวถึงวลีที่ว่า “การกระทำของรัฐ ” แต่ว่ามีได้อยู่ในความหมายของทฤษฎี เป็นเพียงการปรับบทกฎหมาย ในเรื่องสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ .ศ.2497 และซึ่งจำเลยเป็นฝ่ายรัฐได้เข้าครอบครองที่ดินพิพาทตามอำนาจและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งนิคมสร้างตนเองเท่านั้น จึงมีอาจนำมากล่าวอ้างได้ว่า แนวคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาลได้มีการนำมาปรับใช้ในประเทศไทยแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงศาลได้ใช้คำว่า การกระทำของรัฐ ในคำวินิจฉัย ซึ่งอาจจะเป็นเพราะเหตุว่าได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาโดยฝ่ายรัฐนั่นเอง

(2) การกระทำที่ศาลปฏิเสธการควบคุมตรวจสอบ เพราะเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ

การกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ที่ศาลไทยได้วินิจฉัยว่า ไม่ใช่เรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะเข้าไปตรวจสอบการกระทำนั้นๆ ได้ เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ซึ่งศาลไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปชี้ขาดในเรื่องนี้ได้

ก. คำสั่งให้คุณให้โทษแก่ข้าราชการ

ในกรณีนี้มีคำพิพากษาฎีกาอยู่หลายเรื่อง ในเรื่องการสั่งให้ข้าราชการออกฐานประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงหรือคำสั่งให้ออก ฐานมีมลทินมัวหมองก็ดี ซึ่งจะฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่ง และพิพากษาให้กลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิมนั้น ศาลฎีกาได้ยืนยันมาตลอดว่า “เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่จะสั่ง หรือเข้าไปชี้ขาดในเรื่องนี้ได้”

ตามคำพิพากษาฎีกาในฉบับหลังๆ ศาลไม่ยอมรับวินิจฉัยคดีแม้โจทก์จะอ้างว่าคำสั่งที่ขอให้เพิกถอนนั้น เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้สั่งมีสาเหตุโกรธเคือง ทั้งส่วนตัวและทางอื่นกับโจทก์ แล้วหาทางกลับแก้

ศาลไทยเราไม่ยอมตรวจสอบคำสั่งให้คุณให้โทษข้าราชการนั้นคงเป็นเพราะว่า บทบาทของศาลในการควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองมิได้เป็นอย่างไรต่างประเทศ ศาลไทยนั้นตามประวัติศาสตร์ไม่ปรากฏว่าได้มีบทบาทหรือพยายามที่จะมีบทบาทในการควบคุมข้าราชการต่างๆ แต่อย่างใด ความเห็นข้างอันนี้ทำให้ศาลไทยอยู่ในฐานะลี้เล้งที่จะเข้าไปตรวจสอบคำสั่งใดๆ ที่มีลักษณะเป็นเรื่องการบริหารงานภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีตัวข้าราชการเองเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเมื่อไม่มี บทบัญญัติกฎหมายโดยชัดแจ้งให้ทำเช่นนั้นได้

ข. คำพิพากษาในเรื่องการประมุขงานของทางราชการ

ศาลมักจะอ้างอยู่เสมอว่า เป็นการใช้อำนาจในส่วนของฝ่ายบริหาร โดยจะไม่เข้าไปแทรกแซงในการทำหน้าที่และการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยพิจารณาว่าเป็นการกระทำหน้าที่ของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ และศาลปฏิเสธที่จะตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยมิชอบก็ตาม ซึ่งโดยแท้จริงแล้วกรณีเหล่านี้เป็นข้อพิพาททางคดีปกครอง ซึ่งศาลปกครองสาม ารดเข้าตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำของฝ่ายปกครองได้นั่นเอง

(3) คำพิพากษาในเรื่องที่มีข้อเท็จจริงตรงกับแนวคิดการกระทำของรัฐบาล

แนวคำพิพากษาของศาลที่จะกล่าวถึงดังต่อไปนี้ เป็นเรื่องที่มีข้อเท็จจริงตรงกับแนวคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาล

ก. การยุบสภาผู้แทนราษฎร

การที่กฎหมายรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการยุบสภาฯ การเปิดปิดสมัยประชุมสภาฯ การทำสนธิสัญญา กรณีต่างๆ เหล่านี้เป็นเรื่องที่อยู่ใน แนวคิดการกระทำของรัฐบาลทั้งสิ้นเกี่ยวกับการใช้อำนาจยุบสภาผู้แทนราษฎร โดยนายกรัฐมนตรี้ โดยในคำพิพากษาฎีกาที่ 103/2521

กรณีที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยนี้ อาจพิจารณาได้ว่าศาลมิได้ให้การยอมรับในหลักการกระทำของรัฐบาล เพราะศาลฎีกาได้พิจารณาถึงเรื่องอำนาจฟ้องว่า การกระทำของฝ่ายบริหารในกรณีนี้ จะมีผู้ใดสามารถฟ้องร้องได้หรือไม่ดังเช่นในเรื่องการกระทำของรัฐบาล เพราะกรณีนี้อาจจะเป็นเรื่องของการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เพราะศาลได้วินิจฉัยในทำนองที่ว่า ได้มีรัฐธรรมนูญการปกครองฉบับใหม่ประกาศใช้แล้วจึงไม่มีประโยชน์ที่จะวินิจฉัยคดีนี้ เนื่องจากคำฟ้องของโจทก์ไม่อยู่ในวิสัยที่ศาลจะบังคับคดีให้เป็นไปได้เท่านั้น

ข. การประกาศสงคราม

ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490 ศาลแพ่งพิเคราะห์คำฟ้องนี้แล้วจัดแจ้งไว้ที่หน้าคำฟ้องว่า “ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (11) ผู้ที่จะเข้าเป็นคู่ความได้ต้องมีสภาพบุคคล และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 73 ได้บัญญัติให้ทบวงการเมืองที่เป็นนิติบุคคล นั่นคือ กระทรวง และกรมในรัฐบาล ที่โจทก์ขอให้เรียกรัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมาเป็นจำเลยนั้น รัฐบาลหาใช่นิติบุคคลตามกฎหมายไม่ฟ้องของโจทก์จึงไม่เป็นฟ้องที่จะรับไว้

ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ น่าจะพอเทียบเคียงได้กับแนวคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาลในเรื่องที่รัฐบาลได้ตัดสินใจประกาศสงคราม การตัดสินใจในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่า ศาลมิได้

นำหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้มาใช้ แต่เป็นการหาทางออกให้กับปัญหานี้โดยใช้หลักกฎหมายเอกชน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องบุคคล

ค. การใช้อำนาจพิเศษในสถานการณ์ไม่ปกติ

เรื่องนี้ได้มีแนวคำพิพากษาฎีกายู่หลายเรื่อง เช่น 1758/2513, 494/2510 มีข้อน่าสังเกตก็คือ การใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกตินี้ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในเรื่องของการอำนาจ ของกฎหมายรัฐธรรมนูญเห็นว่าศาลมิได้วินิจฉัยแยกแยะถึง ของกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าเป็นการตัดสินใจในการใช้อำนาจหรือการสั่งการ หรือว่าเป็นการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นแก่สถานการณ์นั้นๆ จะมีความเหมาะสมในช่วงเวลานั้นหรือไม่ โดยศาลจะพิจารณาแต่เพียงว่าการวินิจฉัยสั่งการ และมาตรการต่างๆ ที่นายกรัฐมนตรีได้กำหนดคนนั้น ได้ใช้ภายในขอบเขตของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่โดยเนื้อแท้แล้ว วัตถุประสงค์ของการวินิจฉัยสั่งการ และมาตรการที่สมควรใช้นั้นเป็นเรื่องของดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีอย่างแท้จริง อันศาลไม่อาจตรวจสอบถึงความเหมาะสมของเรื่องแต่ละเรื่องได้เลย

(4) คำพิพากษาของศาลกับปัญหานโยบายของรัฐบาล

แนวคำพิพากษาของศาลเรื่องที่ขัดกับนโยบายของรัฐบาลนั้นมีคำพิพากษาฎีกาที่ 720/2505 กรณีของข้อขัดแย้งในปี พุทธศักราช 2505 นโยบายของฝ่ายบริหารกับการวินิจฉัยคดีของศาลนั้น จะต้องแยกพิจารณาถึงการควบคุมในเรื่องนโยบาย กับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร ในระดับการปฏิบัติการ ถ้าเป็นในเรื่องของนโยบายแล้วก็เป็นเรื่องของการควบคุมตาม กลไกการปกครองโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ถ้าเป็นการปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายแล้ว การกระทำนั้นจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ความชอบด้วยกฎหมายโดยการตรวจสอบอำนาจตุลาการนั่นเอง

2.4.2 แนวคำพิพากษาของศาลไทย นับแต่มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

คำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาล ศาลปกครองไทยได้วางหลักในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลไว้ในหลายคดี แม้ศาลปกครองจะไม่ได้ใช้คำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” โดยตรงก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้ว ย่อมเห็นได้ว่า เป็นการนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ไปปรับใช้เพื่อมีคำสั่งไม่รับคำฟ้อง เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549 หรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขคำที่ ฟ .5/2549 คดีหมายเลขแดง ที่ ฟ .3/2549 เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล

ปกครอง หมายถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูป แบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ .ศ.2549 จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระ ราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้ สำหรับแถลงการณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นเพียงคำชี้แจงเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ .ศ. 2549 เท่านั้น ซึ่งไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดไม่มีอำนาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้เช่นเดียวกัน จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ หรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 กรณีมติคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA) ซึ่งศาลปกครองกลางมีคำสั่งไม่รับฟ้อง