

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง

และขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี

การกระทำทางปกครอง เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งบางกรณีอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการใด ๆ อันส่งผลกระทบต่อประชาชนได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจและจัดตั้งกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ที่เรียกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอันเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ (Legal state) หรือหลักการปกครองโดยผู้ปกครองที่แท้จริง คือ กฎหมาย มิใช่การปกครองโดยมนุษย์ (Government of law, not of man) หรือหลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ ซึ่งโดยนัยของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา และข้อจำกัดของอำนาจกระทำต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

ดังนั้น ในรัฐเสรีประชาธิปไตย (État libéral démocratique) ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นต้องมีกลไกในการตรวจสอบและควบคุม (examine et contrôle) การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และแม้ภายในฝ่ายปกครองจะมีกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับต่าง ๆ ที่กำหนดขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองไว้แล้วก็ตาม แต่อาจมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับรัฐ เนื่องจากรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจทางปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าเอกชน หรืออาจมีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเจ้าหน้าที่ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง ทั้งนี้ ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครอง อาจหาทางแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือความเสียหายของตน โดยวิธีการระงับข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งอาจอาศัยการดำเนินการระงับข้อพิพาททางปกครองโดยอาศัยกลไกภายในฝ่ายปกครองเอง หรือโดยอาศัยกลไกภายนอกฝ่ายปกครอง หรือการดำเนินคดีต่อศาลปกครอง (Juridictions Administratives) ก็ได้

เนื้อหาในการศึกษาบทนี้เป็นการศึกษาหลักการ แนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองอันเป็นประเด็นสำคัญที่จะนำไปใช้ในการวิเคราะห์ปัญหากระบวนการดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติมาตรการของ

ฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ในบทต่อไป ดังนี้

2.1 ความหมาย แนวคิด หลักการเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

2.1.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “การกระทำทางปกครอง” เอาไว้ว่า¹⁷ หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชน ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ แทนหรือในนามขององค์กรดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่ง หรือคณะบุคคลคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้น หรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้น หรือคณะบุคคลนั้น ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา ให้ความหมายของการกระทำทางปกครอง¹⁸ คือ

(1) การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำทางรัฐบาล และ

(2) การกระทำของรัฐนั้นมีลักษณะของการกระทำที่ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชน

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ให้ความหมายของคำว่า “การกระทำทางปกครอง” ไว้ว่า¹⁹ “การกระทำทางปกครอง” คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง และกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรเอกชนก็ได้

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า “การกระทำทางปกครอง” หมายถึง การกระทำของฝ่ายปกครองอันถือเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง ที่แสดงออกโดยฝ่ายปกครอง (Administration) ซึ่งเป็นการกระทำ

¹⁷ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2543). *การกระทำทางปกครอง*. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543. หน้า 1.

¹⁸ มานิตย์ จุมปา. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 2.

¹⁹ ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 22). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 278- 281.

ตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งอาจเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งได้แก่ การกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง หรืออาจจะเป็นการกระทำโดยไม่ใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งได้แก่ สัญญาทางปกครอง

2.1.2 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า“การกระทำทางปกครอง” นั้น ในทางกฎหมายสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ²⁰ คือ ในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) และในลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ (Real Act)

“การกระทำทางปกครอง” ที่เป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชน

ส่วน“การกระทำทางปกครอง” ที่เป็นปฏิบัติการนั้นเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในकुคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย หรือการใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำผิดกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งถือเป็นการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง มิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ กล่าวว่า การกระทำทางปกครองแบ่งได้ 4 รูปแบบ คือ²¹ (1) ปฏิบัติการในทางปกครอง (Realakt) (2) นิติกรรมทางปกครอง (3) คำสั่งทั่วไปทางปกครอง และ (4) สัญญาทางปกครอง ได้แก่ Coordination + Subordination ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา กล่าวว่า²² การกระทำทางปกครองนั้นในทางกฎหมายอาจจำแนกรูปแบบของการกระทำได้เป็น 5 รูปแบบ คือ (1) คำสั่งทางปกครอง (2) คำสั่งทางปกครองทั่วไป (3) ปฏิบัติการทางปกครอง (4) สัญญาทางปกครอง และ (5) กฎ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงเห็นได้ว่านักกฎหมายแต่ละท่านมีวิธีการแบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจจะสืบเนื่องมาจากการได้รับอิทธิพลแนวคิดทางการศึกษามาจากประเทศที่ไปศึกษามาแตกต่างกัน ฉะนั้น ผู้วิจัยจึงขออธิบาย

²⁰ สมยศ เชื้อไทย. (2530). การกระทำทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17 ฉบับที่ 3*. หน้า 61-62.

²¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2554). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 35.

²² มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 15

โดยแบ่งประเภทการกระทำทางปกครองออกเป็น 3 ประเภทหลัก คือ นิติกรรมทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง

1) นิติกรรมทางปกครอง

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (Administrative act) นั้น เป็นคำที่แปลมาจาก คำภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “Acte administrative” อันประกอบด้วย คำ 2 คำ คือคำว่า “acte” อันเป็นคำนาม กับคำว่า “administratif” อันเป็นคำคุณศัพท์

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จรินติ หะวานนท์ อธิบายว่า²³ นิติกรรมทางปกครองใน ทางวิชาการคล้ายกับความหมายของนิติกรรมทางแพ่ง คือ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของ ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นการแสดงเจตนาออกสู่ภายนอกมุ่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่หรือ สถานภาพของบุคคล นิติกรรมทางปกครองมี 2 ประเภท คือ (1) คำสั่งทางกฎหมาย และ (2) กฎ คำสั่งเป็น นิติกรรมที่มีผลต่อเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกลุ่ม ส่วนกฎเป็น นิติกรรม ที่มีผลต่อบุคคลทั่วไป

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุดพิชญ์ อธิบายว่า²⁴ “นิติกรรมทางปกครอง” มีลักษณะสำคัญ ๆ อยู่ 4 ประการประกอบกัน ดังต่อไปนี้

1. เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ แทนและในนามขององค์กรดังกล่าว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่ง

2. เจตนาที่องค์กรดังกล่าวแสดงให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่ง ต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้น จึงไม่รวมถึงการที่องค์กร ดังกล่าวประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือเพียงแค่ขอความร่วมมือ หรือ เตือนให้บุคคล หรือคณะบุคคลกระทำการ หรือดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น เตือนให้ยื่นคำขอต่อใบอนุญาต เป็นต้น

3. ผลทางกฎหมายที่องค์กรดังกล่าวประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนนั้น คือ การสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรือนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่ง อาจมีอำนาจหรือมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการ หรือดเว้นการกระทำการ อย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล จึงย่อมมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณี

²³ จรินติ หะวานนท์. (2556). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)*. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 81-82.

²⁴ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17*. หน้า 13.

ในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้ง เลื่อนหรือขึ้นเงินเดือนให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา เป็นต้น

4. นิติสัมพันธ์ดังกล่าวข้างต้น ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนแสดงออกมาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมแต่อย่างใด เช่น การออกกฎ การออกคำสั่งบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ การออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ หรือให้พ้นจากตำแหน่ง การออกคำสั่งเลื่อนระดับข้าราชการ การออกคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปีแก่ข้าราชการ การออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ การออกคำสั่งให้ข้าราชการออกจากราชการ การออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เป็นต้น

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้แบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองไว้ว่ามี 2 ประเภท²⁵ คือ

1. กฎ คือ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (Les actes réglementaires) โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ข้าราชการพลเรือน นักศึกษา เป็นต้น และกรณีที่บุคคลดังกล่าวถูกบังคับให้กระทำการถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการ เช่น ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ฯลฯ

2. คำสั่งทางปกครอง คือ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะบุคคล (Les actes individuels) นิติกรรมทางปกครองที่ขาดลักษณะข้อหนึ่งข้อใดของกฎ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้สองความหมาย คือ 1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ 2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง คำสั่งทางปกครองในความหมายที่สองนั้น เป็นการกำหนดโดยฝ่ายบริหาร เนื่องจากบางกรณีอาจเกิดความไม่ชัดเจนว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ คำสั่งทางปกครองในความหมายนี้ย่อมจะถือเอาเป็น

²⁵ ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 290.

ความหมายหลักไม่ได้ ในการพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากความหมายแรก ซึ่งอาจแยกแยะองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง ออกเป็น 5 ประการ ดังนี้

1. คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ ฉะนั้น หากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ได้อาศัยอำนาจรัฐ เช่น การบอกเลิกสัญญาทางแพ่งกับเอกชน ย่อมไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง

2. คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ คำว่า“เจ้าหน้าที่” ในที่นี้ หมายถึง เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง และยังรวมหมายถึงเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองแทนรัฐด้วย และต้องมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียว ดังนั้น การกระทำใดที่ต้องการความยินยอมของกลุ่มอื่นอีกฝ่ายหนึ่งในการกำหนดเนื้อหาของการกระทำ จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

3. คำสั่งทางปกครองต้องมุ่งก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมาย กล่าวคือ อาจมีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ ซึ่งจะแตกต่างกับปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการกำหนดคกฏเกณฑ์เช่นกัน แต่จะมีลักษณะเป็นการกระทำในทางกายภาพของเจ้าหน้าที่และไม่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เช่น การดับเพลิง ในความหมายอย่างกว้างการปฏิบัติการทางปกครองยังครอบคลุมถึงการให้ข้อมูลข่าวสาร การให้คำแนะนำ หรือการอธิบายให้ประชาชนที่มาติดต่อราชการเข้าใจเรื่องราวด้วย การกระทำดังกล่าวไม่เป็นคำสั่งทางปกครองเพราะไม่ได้กำหนดคกฏเกณฑ์ ก่อตั้งนิติสัมพันธ์แต่อย่างใด²⁶

4. คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่เกิดผลเฉพาะกรณี ซึ่งแตกต่างจากกฎ ซึ่งแม้จะกำหนดคกฏเกณฑ์ก่อดั้งนิติสัมพันธ์เหมือนกัน แต่เป็นการกระทำที่มุ่งให้เกิดผลบังคับแก่บุคคลทั่วไป และต้องมีผลออกไปกระทบกับสิทธิหน้าที่ของบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ดังนั้น การเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง

²⁶ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 428/2544 ว่า การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดอุบลราชธานีพิจารณาวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลนครอุบลราชธานี ที่ถูกร้องเรียนแล้ว เห็นว่า สมาชิกสภาเทศบาลทั้งสี่คนไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาฉบับเทศบาล ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้นเป็นการใช้อำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดตามกฎหมาย ตามมาตรา 19 วรยศสองแห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งมีผลต่อสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาล จึงถือว่าการวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ซึ่งจากนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ดังกล่าว จึงสามารถสรุป คำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้ คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า การออกคำสั่งของรัฐฝ่ายปกครอง องค์การอื่นของรัฐหรือองค์การเอกชน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างฝ่ายปกครอง ฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลนั้น หรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล แต่ไม่หมายรวมถึงกฎ ซึ่งคำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการสั่งการ ซึ่งได้แก่ ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง การอนุญาตให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ หรือการยืนยันสิทธิที่มีผลบังคับเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ²⁷

2) ปฏิบัติการทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “ปฏิบัติการทางปกครอง” (Real Act) ไว้ว่า²⁸ หมายถึง การกระทำขององค์การของรัฐฝ่ายปกครอง องค์การอื่นของรัฐหรือองค์การเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติและเป็นการกระทำในนามขององค์การดังกล่าวโดยที่การกระทำนั้นมิใช่ “นิติกรรมทางปกครอง” กล่าวคือ การกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของ “นิติกรรมทางปกครอง” ดังที่กล่าวมาข้างต้น

นอกจากนี้ “ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงแจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบ และให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นในการแก้ข้อกล่าวหา หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกมาใช้บังคับก่อนหน้านั้นแล้ว เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร เข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยฝ่าฝืนกฎหมาย หลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารดังกล่าวแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติตาม เป็นต้น

²⁷ ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 288.

²⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 17. หน้า 13.

3) สัญญาทางปกครอง (Contract Administrative)

กฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน²⁹ โดยกฎหมายมหาชนนั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจหรือระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ในขณะที่กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ส่วนกฎหมายปกครองได้แก่ บรรดากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและการดำเนินงานขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน ซึ่งต่างจากหลักของกฎหมายเอกชนที่บัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน

การดำเนินงานของฝ่ายปกครองนั้นแตกต่างจากวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานของเอกชน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ (service public) นั้นต้องดำเนินกิจกรรมดังกล่าวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่การดำเนินกิจกรรมของเอกชนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น ด้วยภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะนี้เองที่ทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็วและสำเร็จลุล่วงไปได้เป็นอย่างดี ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรม เพื่อประโยชน์สาธารณะของฝ่ายปกครองให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ นั่นก็คือ “สัญญาทางปกครอง”³⁰ ซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการที่จะมอบบริการสาธารณะ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้แก่เอกชนไปดำเนินการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง เพื่อมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ

(1) ความหมายของสัญญาทางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำจำกัดความของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” จากบทนิยามดังกล่าวกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองไว้ดังนี้

1. หลักเกณฑ์ในเรื่องคู่สัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “หน่วยงานปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ

²⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). *สัญญาทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 25.

³⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 36.

หรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง และได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการ หรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และยังรวมหมายถึงบุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวด้วย

2. หลักเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ ต้องเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติด้วย

(2) หลักเกณฑ์ของการจัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ (Utility) หมายถึง กิจกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนรวมที่ทำโดยบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ผูกพันกับบุคคลมหาชน และอยู่ภายใต้ระบบของกฎหมายเฉพาะ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจกรรมนั้นเป็น “บริการสาธารณะ” หรือไม่ จึงมี 3 ประการ³¹ คือ เป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เป็นกิจกรรมที่ทำโดยบุคคลมหาชน หรือบุคคลตามกฎหมายเอกชน (หลักเกณฑ์เรื่ององค์กร) และต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะ (หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา)

การจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือที่จัดทำโดยผู้ใดย่อมจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

1. หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะก็เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน ฝ่ายปกครองเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยมิได้มีเป้าหมายที่จะจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใด โดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชน ดังนั้น การกิจการใดที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลคนเดียว ย่อมไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ

2. หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ

³¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 29, หน้า 28-31.

ย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้ บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ หลักการที่สำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ คือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงัก องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทน เพื่อเป็นหลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

3. หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

การบริการสาธารณะที่คืบหน้าจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะรวมทั้งเพื่อสนองตอบความต้องการส่วนรวมของประชาชนได้อย่างทันที่

4. หลักความได้สัดส่วน

การใช้อำนาจของรัฐต้องคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนซึ่งประกอบด้วยหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักแห่งความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนความหมายอย่างแคบ หากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไม่เป็นไปตามหลักการใดหลักการหนึ่ง การใช้อำนาจนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่า หลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งบังคับว่าก่อนจะใช้มาตรการใดตามกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนต้องเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุตามความประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจไว้ไปได้โดยมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะเดียวกัน ก็ก่อความเสียหายแก่ประชาชนน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการใด ๆ ซึ่งหากให้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ประชาชนหรือสังคมโดยรวม³²

2.2 การตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ตรวจสอบ” (Examination) ว่าหมายถึง การตรวจเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง ส่วนคำว่า “ควบคุม” (Control) ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายว่า การกวดขันให้เป็นไปตามระเบียบกฎเกณฑ์ที่ตั้งไว้ เช่น ควบคุมเวลา ควบคุมเสียง ควบคุมราคาสินค้า

³²เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2558). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 160.

คำว่า “การควบคุม”³³ หมายความว่า การตรวจสอบฝ่ายปกครอง ประการหนึ่งและการเยียวยาโดยฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง

“การตรวจสอบ” หมายถึง การสอบสวน การดูให้ถูกต้องก่อนมีนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง ในแง่การตรวจสอบจึงหมายถึง การควบคุมก่อนการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้น การตรวจสอบนั้นมีหลายรูปแบบ เช่น การโต้แย้งคัดค้านการปรึกษาหารือ การให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสาร การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง หรือสิทธิของคู่ความที่จะเข้าฟังการพิจารณาคดี เป็นต้น

“การเยียวยา” หมายถึง การแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครอง ซึ่งแสดงให้เห็นในตัวว่าเป็นการควบคุมภายหลังการกระทำ โดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด

ดังนั้น “การตรวจสอบควบคุมฝ่ายปกครอง” จึงหมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชน ผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเอง และการควบคุมจากภายนอก เช่น โดยศาล โดยรัฐสภา หรือโดยองค์กรพิเศษ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า “การควบคุมฝ่ายปกครอง” ก็คือ “การคุ้มครองประชาชน” จากการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง

2.2.1 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ประเทศที่ในระบบเสรีประชาธิปไตย (Liberty and Democratic State) จะให้ความสำคัญการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เนื่องมาจากหลักปกครองได้มอบอำนาจพิเศษบางอย่างซึ่งกำหนดให้รัฐ องค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในการบริหารประเทศและจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งหากการใช้อำนาวดังกล่าวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจจะเป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นต้องมีองค์กรและมาตรการที่เป็นอิสระเพื่อสามารถตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง มีดังนี้

1) หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) หรือ (Legal State) หรือหลักนิติสังคมนรัฐ (Welfare State) มีความหมายของหลักนิติรัฐอาจแยกได้เป็นสองนัย³⁴ กล่าวคือ ความหมายของหลักนิติรัฐในแบบแคบ และนิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง

³³ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 299.

นิติรัฐในความหมายอย่างแคบ ในมุมมองของนิติรัฐในความหมายอย่างแคบเห็นว่า นิติรัฐเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย หมายความว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยไม่จำกัดว่ากฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ถูกตรามาโดยตัวแทนของประชาชนหรือไม่ กล่าวคือ ขอเพียงแค่มีสภาพเป็นกฎหมาย ก็สามารถอ้างได้ว่าอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐตามความหมายนี้แล้ว ดังนั้น หากตีความนิติรัฐในความหมายอย่างแคบแล้ว พบว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนหรือไม่ตาม หากกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมเท่ากับไม่ขัดต่อหลักนิติรัฐ โดยที่กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นไม่คำนึงว่าจะเป็นกฎหมายที่ออกมา โดยกระบวนการที่ชอบธรรมหรือไม่

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง หมายความว่า รัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายและกฎหมายนั้น จะต้องมีความชอบธรรม ความชอบธรรมของกฎหมายในที่นี้ ก็คือ กฎหมายแสดงออกซึ่งเจตจำนง ร่วมกันของประชาชน กฎหมายต้องคำนึงถึงความมีเหตุผลประกอบด้วยศีลธรรมและชอบธรรม ด้วยกระบวนการตรากฎหมาย โดยที่กฎหมายนั้นจะต้องมุ่งเน้นไปในทางที่จะรับรองและส่งเสริม สิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากจะมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องกระทำ โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้างนี้จะหมายถึง นอกจากรัฐและองค์กรของรัฐ จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว การกระทำที่ก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชน จะต้องถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ กล่าวโดยสรุปว่านิติรัฐ คือ ทุกคนในรัฐ หรือองค์กรรัฐ หรือราษฎรต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและ ต้องทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

แนวความคิดของหลักนิติรัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐาน ของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยอาจจำแนกสิทธิเสรีภาพได้เป็น 3 ประเภท³⁵ คือ 1. สิทธิเสรีภาพ ส่วนบุคคลโดยแท้ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพชีวิต ร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพ ในการติดต่อสื่อสาร สิทธิเสรีภาพในครอบครัว 2. สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน 3. สิทธิเสรีภาพ ในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐจึงไม่มีความหมายแค่เพียง

³⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 143-147.

³⁵ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2540). “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน”. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 1-7.

การบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่ยังเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมด้วย โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีประสิทธิภาพ และการยอมรับให้มีองค์กรตุลาการขึ้นมา โดยเฉพาะให้องค์กรดังกล่าวพิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz) ได้เดินตามแนวทางนี้ และได้บัญญัติให้หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

สาระสำคัญของหลักนิติรัฐ การพิจารณาถึงสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ สามารถพิจารณาจากรูปแบบและเนื้อหาของหลักนิติรัฐ³⁶

(1) รูปแบบของหลักนิติรัฐ

ในแง่ของรูปแบบของหลักนิติรัฐมีหลักการสำคัญดังต่อไปนี้

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกัน เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน โดยทั่วไปจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Puissance legislative) ซึ่งเป็นอำนาจที่เกี่ยวกับการจัดทำกฎหมายขึ้นใช้บังคับภายในรัฐ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร (Executive Power) ซึ่งเป็นอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Power) เป็นอำนาจที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ³⁷ ซึ่งมีลักษณะเป็นการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ แต่อย่างไรก็ดี ยังมีการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของบุคคลด้วย กล่าวคือ เป็นการเรียกร้องให้ภาระหน้าที่ของรัฐต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเองที่ไม่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในองค์กรอื่น และกำหนดให้อื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลสู่อำนาจ หรือให้มีสิทธิในการควบคุมตรวจสอบซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง³⁸

2. หลักกฎหมายตามรูปแบบยอมผูกมัดอำนาจรัฐเป็นกรณีที่มีการดำเนินการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐต้องถูกผูกพันโดยกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายนอกกรอบ

³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 116-119.

³⁷ ศรสวรรค์ ปุญญศิริวัฒน์. (2554). *มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตภาครัฐ*. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มงคล มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 14.

³⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิทยุชน. หน้า 25-26.

ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการก็ต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น อันเป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำเช่นนั้นได้

3. หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนทางศาล ซึ่งเรียกร้องให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ จึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องเปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจอันเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนการที่เป็นธรรม (fair) ด้วย และหากองค์กรของรัฐไม่ดำเนินการ หรือดำเนินการบกพร่องจนก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชน ประชาชนก็ย่อมมีสิทธิฟ้องร้องให้องค์กรของรัฐดำเนินการตามสิทธิเรียกร้องนั้น ๆ ของตนได้ ดังนั้น สิทธิเรียกร้องของประชาชนตามกฎหมายมหาชน อาจเป็นสิทธิที่กฎหมายใด ๆ รับรองไว้ก็ได้ แต่กฎหมายนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น³⁹

4. หลักความมั่นคงของกฎหมายเป็นหลักการที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร⁴⁰ กล่าวคือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจนเพียงพอที่ประชาชนจะเข้าใจได้ ระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การจะตรากฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำได้หรือไม่ จะต้องพิจารณาองค์ประกอบในแง่ความไว้เนื้อเชื่อใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมาย ตลอดจนการคาดหมายความคุ้มครองจากระบบกฎหมายของบุคคลประกอบกันด้วย ทั้งกฎหมายต้องมีความถาวรต่อเนื่องด้วย

(2) เนื้อหาของหลักนิติรัฐ

ในแง่เนื้อหาของหลักนิติรัฐมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. รัฐต้องเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การแทรกแซงโดยอำนาจรัฐจะกระทำต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้ว จึงจะสามารถกระทำได้ รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้นในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายในลำดับใด แต่ในกรณีที่รัฐ องค์กร หรือ

³⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2551). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 414-415.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 420-425.

เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็ต้องมีองค์กรและกระบวนการที่เป็นอิสระสามารถตัดสินปัญหาดังกล่าวและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนได้

2. การใช้อำนาจของรัฐต้องเคารพหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักการห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ⁴¹ (Principle of Proportionality) วิธีการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุ เพื่อตรวจสอบการดำเนินมาตรการของรัฐที่มีการแทรกแซงการกระทำต่อเอกชนว่าเป็นไปตามหลักพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจของรัฐ ด้วยการตรวจสอบมาตรการที่ใช้ว่าเหมาะสมสมสามารถนำไปสู่ผลความวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้หรือไม่ และต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น ไม่มีมาตรการอื่นที่ส่งผลเช่นเดียวกันแต่กระทบสิทธิของประชาชนน้อยกว่าให้เลือกดำเนินการได้

3. การเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐ หลักการดังกล่าวถือเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองที่ละเมิดต่อกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อยู่ใต้ปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบในการใช้อำนาจดังกล่าวแก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

2) หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (Rule of Law) หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยยึดถือความสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of Law)⁴² หมายความว่า กฎหมายของแผ่นดินย่อมเหนือกว่าการใช้อำนาจหรือดุลพินิจอย่างกว้างขวางของรัฐบาลหรือฝ่ายปกครอง โดยอาจจำแนกได้เป็น 2 ประการ⁴³ คือ

หลักนิติธรรม โดยเคร่งครัดหรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้

⁴¹ บุญศรี มีวงศ์ โฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 425-428.

⁴² อักษราทร จุฬารัตน์. (2552). *บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย ในนิติรัฐในสังคมไทย*. สถาบันสัญญาธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 40.

⁴³ คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ คณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม. (2558). *หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : เจริญรัฐการพิมพ์. หน้า 1-9.

หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

หลักนิติธรรม โดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใด ๆ หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า อุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ รัฐต้องเคารพ ยึดถือ และปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะมีลักษณะและสาระสำคัญไม่ครบถ้วนตามหลักนิติธรรมโดยทั่วไปดังกล่าว กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำนั้นยังใช้บังคับอยู่ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด

องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในยุคหลังมีผู้อธิบายลักษณะของกฎหมายที่จะช่วยสร้างให้เกิดการปกครองตามหลักนิติธรรม ดังเช่นคำอธิบายของ Lon L.Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกัน ที่เห็นว่า กฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญ⁴⁴ คือ

- (1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- (2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
- (3) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต
- (4) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม
- (5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง
- (6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้
- (7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้
- (8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือ ต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

⁴⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2546). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 38.

ศาสตราจารย์ ดร. อักษราทร จุฬารัตน⁴⁵ ได้กล่าวถึงความแตกต่างระหว่างหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการก่อตั้งและพัฒนาความคิดโดยนักกฎหมายที่ชื่อ Dicey ซึ่งมีอิทธิพลต่อประเทศที่อยู่ในกลุ่มกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) องค์ประกอบสำคัญมีสองประการ คือ

ประการแรก หลักนิติธรรม ยึดถือความสูงสุดของกฎหมาย หมายความว่า กฎหมายของแผ่นดินย่อมเหนือกว่าการใช้อำนาจหรือดุลพินิจอย่างกว้างขวางของฝ่ายปกครอง

ประการที่สอง หลักความเสมอภาคกันทางกฎหมาย (Equality before the Law) หมายความว่า ทุกคนจะอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง ข้าราชการ หรือประชาชนก็ต้องใช้กฎหมายเดียวกันและอยู่ภายใต้บังคับของศาลเดียวกัน

3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

“หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” หมายถึง หลักการที่ว่าฝ่ายปกครองที่ทำให้ฝ่ายปกครองยอมผูกพันตนต่อกฎหมาย แบบแผนของตนเองเป็นผู้กำหนดขึ้น และฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนหนึ่งคนใดได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด ทั้งต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายด้วย แสดงให้เห็นว่ากฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และเป็นข้อจำกัด (Limitation) ของฝ่ายปกครอง⁴⁶

(1) กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของราษฎรโดยปกติแล้วจะได้แก่ พระราชบัญญัติ ซึ่งหมายความรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่นพระราชกำหนด เป็นต้น

ในส่วนของกฎหมายลำดับรอง หรืออนุบัญญัติ หรือกฎ (Subordinate Legislation) ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปนั้น แม้อาจมองว่ากฎหมายลำดับรองดังกล่าวก็ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์ของเอกชน ได้ก็ตาม

⁴⁵ อักษราทร จุฬารัตน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 40-43.

⁴⁶ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. *หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*. เอกสารประกอบการอบรมพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 1. หน้า 15-41.

แต่แท้จริงแล้วกฎหมายลำดับรองดังกล่าวก็ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีสภาพบังคับเสมือนกับพระราชบัญญัติเช่นกัน

ตัวอย่างพระราชบัญญัติที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 40⁴⁷ ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดำเนินการออกคำสั่งให้ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน ผู้ดำเนินการ ลูกจ้าง หรือบริวารของบุคคลดังกล่าว ระวังการกระทำดังกล่าว และมีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคาร หรือบริเวณที่มีการกระทำดังกล่าวและจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ อาคารหรือบริเวณดังกล่าว เป็นต้น

ตัวอย่างพระราชกำหนดที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง เช่น พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 มาตรา 105⁴⁸ ซึ่งให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายมีอำนาจสั่งยึดเครื่องมือทำการประมง สัตว์น้ำหรือผลิตภัณฑ์สัตว์น้ำที่มีไว้ หรือได้มาจากการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสั่งกักเรือประมงไว้จนกว่าจะมีการพิจารณาและดำเนินการตามกฎหมาย เป็นต้น

(2) กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอยู่ตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป

⁴⁷ มาตรา 40 ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดำเนินการดังนี้

(1) มีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน ผู้ดำเนินการ ลูกจ้าง หรือบริวารของบุคคลดังกล่าว ระวังการกระทำดังกล่าว

(2) มีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคาร หรือบริเวณที่มีการกระทำดังกล่าว และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ อาคารหรือบริเวณดังกล่าว และ

(3) พิจารณามีคำสั่งตามมาตรา 41 หรือมาตรา 42 แล้วแต่กรณี ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีคำสั่งตาม (1)

⁴⁸ มาตรา 105 ในกรณีมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า ผู้ใดกระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชกำหนดนี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) บันทึกข้อมูลการฝ่าฝืนที่ต้องสงสัยไว้ในรายงานผลการตรวจสอบและจัดเก็บหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนที่ต้องสงสัยไว้ และส่งมอบรายงานการตรวจสอบให้แก่อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย

(2) สั่งยึดเครื่องมือทำการประมง สัตว์น้ำ หรือผลิตภัณฑ์สัตว์น้ำที่มีไว้หรือได้มาจากการทำการประมงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสั่งกักเรือประมงไว้จนกว่าจะมีการพิจารณาและมีคำสั่งตามมาตรา 10

ตัวอย่างพระราชบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 22⁴⁹ ที่บัญญัติห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปิดเผย หรือส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ เว้นแต่จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือเป็นการกระทำตามคำสั่งหรือที่ได้รับอนุญาตจากศาล

กฎหมายจารีตประเพณี⁵⁰ ได้แก่ แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งได้รับการประพุดติ และปฏิบัติตามสม่ำเสมอ และติดต่อกันมาช้านาน ตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง จนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมกันของคนในสังคมและสาธารณชนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และจำต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ จารีตประเพณีจะใช้ได้ในเมื่อไม่อาจหากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้แก่กรณีนั้น ๆ แล้ว ฉะนั้น ในกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรระบุไว้โดยชัดแจ้งแล้ว จะไม่ใช่จารีตประเพณีเป็นอันขาด ทั้งนี้ จารีตประเพณีที่ใช้ได้เพื่อการอุดช่องว่างทางกฎหมาย เช่นว่าต้องมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีที่ได้รับการปฏิบัติสืบต่อกันมาช้านานและสม่ำเสมอ จนกลายเป็นธรรมเนียม กับทั้งต้องมีสภาพที่สังคมเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง สมควรปฏิบัติตาม เป็นต้น นอกจากนี้ จารีตประเพณีที่จะมาใช้จะมีลักษณะดังต่อไปนี้มิได้เสีย คือ 1. มาสร้างความคิดทางอาญา ขึ้นใหม่ เพื่อให้เป็นไปตามหลักที่ว่าไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด และไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด และ 2. มากำหนดหน้าที่ของบุคคลเพิ่มจากที่กฎหมายลายลักษณ์อักษร กำหนดไว้แล้วไม่ได้ เช่น จะมีจารีตประเพณีให้เสียภาษีมรดกทั้ง ๆ ที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้เสียไม่ได้ และการที่ต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณี รวมหมายถึงการทำได้เพราะจารีตประเพณีให้อำนาจไว้ด้วย กล่าวคือ ไม่ได้หมายความว่าเพียงแต่จารีตประเพณีที่บังคับ หรือห้ามมิให้กระทำเท่านั้น แต่ยังรวมถึงจารีตประเพณีที่ให้อำนาจว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ด้วย⁵¹

⁴⁹ มาตรา 22 ห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปิดเผยหรือส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการที่ได้มาตามมาตรา 18 ให้แก่บุคคลใด

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับการกระทำเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือเป็นการกระทำตามคำสั่ง หรือที่ได้รับอนุญาตจากศาล พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใดฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁵⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 1-7.

⁵¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่มที่ 3 : ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 215.

ดังนั้น จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายจึงเป็นประเพณีที่มีลักษณะบังคับในตัวเอง โดยมีการพัฒนาการที่มาจากจารีตประเพณีที่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคม โดยเป็นจารีตประเพณีที่มีความสำคัญจนกระทั่งคนในสังคมเชื่อถือ และยอมรับว่าจารีตประเพณีนั้นต้องได้ปฏิบัติตามอย่างเป็นทางการ และหากมีการละเมิดจารีตประเพณีนั้นก็จะได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงตามมา

หลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศ บางหลักสืบสมมติมาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองระบบเสรีประชาธิปไตย บางหลักสมมติว่ามาจากตรรกทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจในบ้านเมืองได้ เช่น

หลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นการละเมิดนั้น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510 ระหว่าง นายน่วม เหตุทอง โจทก์ นายฉิ่ง คล้ายสมบัติ จำเลย ความว่า โจทก์ฟ้องว่า จำเลยใช้มีดฟันทำร้ายโจทก์ จนโจทก์ได้รับอันตรายสาหัส ทุกเวชณาและประกอบกรณีกิจตามปกติเกินกว่าสี่สิบวัน กับทั้งแขนอาจพิการตลอดชีวิต จำเลยว่าโจทก์เสพสุรามินเมาแล้วอดอ้างว่าเป็นผู้อยู่คงกระพันฟันไม่เข้า ขอให้จำเลยลงโทษ จำเลยไม่ควรถูกต้องรับผิดชอบ ศาลมณฑลทหารบกที่ 5 พิพากษาลงโทษจำเลยฐานทำร้ายร่างกาย ศาลฎีกาว่าการที่โจทก์ทำให้จำเลยฟันเช่นนั้นเป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกายตน และเป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเองแล้ว ตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย กลับคำพิพากษา

หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนให้ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 844/2511 วินิจฉัยว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลโรงงานน้ำตาลเจริญผล โดยนายศักดิ์ชัย แซ่ตั้ง หุ้นส่วนผู้จัดการ เป็นโจทก์ กับนายไพศาล ชนะศรีวินิชชัย และนายดำรง ชนะศรีวินิชชัย เป็นจำเลยที่ 1 และที่ 2 ความว่า การซื้อทรัพย์สินจากผู้ที่มีเจ้าของทรัพย์สินย่อมมิได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เพราะผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน

2.2.2 สาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (principe de légalité des actions administratives) เป็นการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องยอมผูกพันตนต่อหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้น และเป็นมาตรการที่บังคับให้องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการทางปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ประกอบไปด้วยหลักการย่อย 2 ประการ⁵² คือ

⁵² ไพรัช โดสสวัสดิ์. (2547). *การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครอง*. สารนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เป็นหลักการที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ซึ่งมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ โดยมีหลักการพื้นฐานมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้ โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐ ก็จะหาความหมายอันใดมิได้ด้วยเหตุนี้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

2) หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หรือหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เป็นหลักการที่กำหนดว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้ในการกระทำการนั้น ๆ ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องมิฐานทางกฎหมายรองรับ

ทั้งนี้ โดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ใต้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์เท่านั้น ฝ่ายปกครองจะอ้างจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นหลักในการอ้างอิงในกระทำทางปกครองมิได้⁵³ การกระทำทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น⁵⁴ แบ่งแยกเป็นลักษณะได้ดังต่อไปนี้

1. หลักความชอบด้วยกฎหมายกับการกระทำทางปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร โดยที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้วางนโยบาย ส่วนฝ่ายปกครองเป็นผู้รับนโยบายมาปฏิบัติ การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการก่อนนิติสัมพันธ์กับประชาชน การกระทำทางปกครองมีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่

⁵³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 26.

⁵⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 488-490.

ของประชาชน เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของประชาชน การกระทำให้คุณประโยชน์แก่ประชาชนรวมถึงการวางแผนต่างๆของฝ่ายปกครองด้วย⁵⁵ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นกรณีที่การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องมีกรอบขอบเขตการใช้อำนาจ มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีการคานและดุลการใช้อำนาจรัฐและต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำการอันกระทบสิทธิหน้าที่ของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้⁵⁶

2. ความชอบด้วยกฎหมายฐานะขอบเขตของการกระทำทางปกครอง เนื่องจากการกระทำทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาออกสู่ภายนอกของฝ่ายปกครองอันมีผลเป็นการก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ และหน้าที่ของประชาชน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การกอนิติสัมพันธ์ขึ้นทางกฎหมายอันเป็นการก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่นั่นเอง⁵⁷ โดยนัยนี้การกระทำทางปกครองจึงต้องเคารพกฎหมายโดยเฉพาะกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่า หรือกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการกระทำทางปกครอง จะกระทำการใดอันเป็นการออกนอกขอบเขต หรือกรอบที่กำหนดไม่ได้ มิฉะนั้น จะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และแม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ออกกฎเกณฑ์เองก็ต้องเคารพกฎเกณฑ์นั้น ๆ ด้วย นอกจากนี้ แม้ฝ่ายปกครองที่มีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาเอง ก็ต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจในการกระทำทางปกครองนั้นด้วย⁵⁸

3. ความชอบด้วยกฎหมาย ในฐานะรากฐานของการกระทำทางปกครอง เนื่องจากการกระทำทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย ก็คือ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายต่าง ๆ ที่ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง โดยจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองผู้ใดมีอำนาจกระทำการทางปกครอง และกำหนดลักษณะเงื่อนไขการใช้อำนาจนั้น ดังที่มีหลักกฎหมายปกครองว่า หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจจะกระทำไม่ได้นั่นเอง

4. ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะกระบวนการที่ถูกต้อง กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดวิธีการขั้นตอนในการกระทำทางปกครองไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจกระทำการนั้นจะต้องดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนนั้น ๆ ด้วย โดยเฉพาะแบบหรือ

⁵⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2540) .*กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 15.

⁵⁶ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* ในคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 11.

⁵⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 309.

⁵⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 281.

ขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันคุณภาพของการกระทำทางปกครอง หรือความเหมาะสมในการสั่งการของฝ่ายปกครองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย⁵⁹

2.2.3. ประเภทการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตามกฎหมายในการวินิจฉัยสั่งการ ซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใน 2 ลักษณะ คือ อำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจ⁶⁰

1) อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) หมายความว่า อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันปฏิบัติตามนั้นโดยเคร่งครัดเด็ดขาด ไม่มีโอกาส ไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจที่จะเลือกทำอย่างอื่นได้ ต้องทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น⁶¹ โดยปกติกฎหมายจะบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้นฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการทางปกครองที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้ โดยไม่มีเสรีภาพในการเลือกปฏิบัติ การกระทำทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันนี้ เช่น กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองรับจดทะเบียนตั้งบริษัท โดยกำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการถ้าเอกชนรายใดยื่นขอจดทะเบียนบริษัท โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ครบถ้วนฝ่ายปกครองต้องรับจดทะเบียน จะอ้างเหตุที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เพื่อไม่รับจดทะเบียนไม่ได้ หรือในเรื่องการจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดว่าเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ สมควรใจสมรสกัน นายทะเบียนต้องจดทะเบียนสมรสให้ นายทะเบียนจะปฏิเสธ โดยอ้างว่าหญิงเป็นคนต่างด้าว และไม่จดทะเบียนสมรสให้มิได้⁶² เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ได้กล่าวไว้ว่า อำนาจผูกพันจึงเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้⁶³ จะเห็นได้ว่า อำนาจผูกพันแท้ที่จริงแล้ว ก็คือ หน้าทีนั้นเอง แต่ที่เรียกกันว่าอำนาจผูกพันก็ด้วยเหตุผลแต่เพียงว่าคำวินิจฉัยสั่งการ

⁵⁹ อุทัย หงส์ศิริ. (2540). *นิติกรรมทางปกครอง* ในคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 281.

⁶⁰ โภคิน พลกุล. (2546). *หลักกฎหมายปกครองไทย*. กรุงเทพฯ : พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์. หน้า 18-19.

⁶¹ จิรนิติ หะวานนท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 133.

⁶² ชาญชัย แสงวงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 298.

⁶³ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2531). *การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ* ในรวมบทความ ในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์. กรุงเทพฯ : พี.เค. พรินต์ติ้ง เฮาส์. หน้า 199.

ที่เป็นผลมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ของคณบดี เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้นเอง

2) อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) หมายความว่า อำนาจที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายประสงค์แล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกที่จะตัดสินใจแบบใดแบบหนึ่งซึ่งเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งกฎหมายจะกำหนดทางเลือกไว้ 2 ลักษณะคือ อาจกำหนดทางเลือก หรืออาจกำหนดเปิดกว้างให้ใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นอำนาจดุลพินิจแต่ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น และต้องเป็นไปโดยสุจริต ทั้งต้องไม่เลือกปฏิบัติ

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง ประกอบไปด้วยโครงสร้าง 2 ส่วน คือ ส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุซึ่งเป็นส่วนที่กำหนดเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนที่กำหนดมาตรการให้ฝ่ายปกครองดำเนินการหรือใช้อำนาจ กล่าวคือ ส่วนแรก ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ ซึ่งกฎหมายมักเขียนว่า มีอำนาจ มีสิทธิ อาจจะ ก็ได้ ควรจะ หรือสามารถ เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2539 มาตรา 39 ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโรงงานใด จงใจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 37 โดยไม่มีเหตุอันควรหรือในกรณีที่ปรากฏว่าการประกอบกิจการของโรงงานใดอาจจะก่อให้เกิดอันตราย ความเสียหายหรือความเดือดร้อนอย่างร้ายแรงแก่บุคคล หรือทรัพย์สินที่อยู่ในโรงงานหรือที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงาน ให้ปลัดกระทรวง หรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบกิจการ โรงงานนั้นหยุดประกอบกิจการ โรงงานทั้งหมด หรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว และปรับปรุงแก้ไข โรงงานนั้นเสียใหม่ หรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งแสดงว่าปลัดกระทรวง หรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบกิจการ โรงงานนั้นหยุดประกอบกิจการ โรงงานทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราวหรือไม่ก็ได้ ส่วนที่สองฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการ หมายความว่า เมื่อได้ตัดสินใจที่จะใช้อำนาจแล้ว ยังสามารถเลือกกระทำได้ เพราะกฎหมายเขียนมาให้เลือกหลายอย่าง ก็เลือกอย่างหนึ่งในหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายกำหนดนั้น เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 96 ซึ่งให้มีอำนาจดุลพินิจผู้บังคับบัญชาในการมีคำสั่งลงโทษข้าราชการพลเรือนที่กระทำผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง โดยจะลงโทษภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือนหรือลดเงินเดือนตามควรแก่กรณี หรือมาตรา 97 ซึ่งให้มีอำนาจดุลพินิจ

ผู้บังคับบัญชาในการมีคำสั่งลงโทษข้าราชการพลเรือนที่กระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง โดยจะลงโทษปลดออกหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี⁶⁴

นอกจากนั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนอกจากจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายในเรื่องหลักความเสมอภาค (Equality Principle) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Übermassverbot) และหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) ด้วย กล่าวคือ ภายใต้หลักความเสมอภาคในการวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เมื่อฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และได้กระทำการทางปกครองให้แก่ประชาชนคนใดไปแล้ว ย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การจะเปลี่ยนแปลงการกระทำทางปกครองที่ออกให้ใหม่จะต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษ ภายใต้หลักความสมควรแก่เหตุหรือหลักแห่งความได้สัดส่วนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์จะต้องเหมาะสม จำเป็น และได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับอำนาจดุลพินิจอีกด้วย⁶⁵

การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีดุลพินิจฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย⁶⁶ คือ การริเริ่มการใช้ดุลพินิจต้องมาจากการตัดสินใจว่าชอบด้วยกฎหมายเป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอน และอยู่ในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ การใช้ดุลพินิจนั้นต้องได้ผ่านกระบวนการขั้นตอนการพิจารณาที่ครบถ้วนถูกต้องแล้วหรือไม่ การใช้ดุลพินิจต้องไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เช่น แม้ว่าพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 40 วรรคสอง จะได้กำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารโดยมิชักช้าและต้องไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันที่ได้มีคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างอาคารก็ตาม แต่คำสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาทที่ออกภายหลังคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างเกินกว่า 30 วัน ก็ไม่ทำให้อำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการที่จะสั่งให้จำเลยรื้อถอนอาคารที่ต่อเติมตัดแปลง โดยไม่ได้รับอนุญาต และไม่สามารถแก้ไขตัดแปลงให้ถูกต้องนั้นหมดไป เจ้าพนักงานท้องถิ่นจึงมีอำนาจสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาทเมื่อพ้นกำหนด 30 วันนับแต่วันที่มิคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างได้ เป็นต้น การใช้ดุลพินิจต้องคำนึงถึงสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป

⁶⁴ จิรนิติ หะวานนท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 140-141.

⁶⁵ จิรนิติ หะวานนท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 199.

⁶⁶ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2534). การควบคุมการใช้ดุลพินิจการปกครองโดยองค์กรตุลาการ. *บทบัญญัติ*, 47(1). หน้า 53.

2.2.4 ขอบเขตและประเภทของการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

1) ขอบเขตการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ขอบเขตการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง สามารถแบ่งแยกได้ 2 ประการ คือ การตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง และการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง⁶⁷ ดังนี้

(1) การตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจแบ่งได้ออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ คือ หลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบ โดยจะพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ รูปแบบ ขั้นตอนในการดำเนินการซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำกรณันั้น เช่น การพิจารณาว่าเป็นเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจนั้นไว้หรือไม่ ให้อำนาจเพียงใด เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ดำเนินการทางปกครองตามขั้นตอน วิธีการ และพื้นที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ รวมทั้งได้มีการกระทำทางปกครองในรูปแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ และหลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา ซึ่งมาจากหลักการที่มาตรการกระทำของฝ่ายปกครองมีที่มาจากการใช้อำนาจที่กฎหมายมอบให้ ฉะนั้น การใช้อำนาจทางการปกครองของเจ้าหน้าที่ทางปกครองจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่เป็นรากฐานแห่งอำนาจนั้นด้วย และขณะเดียวกันหากกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำกรณัทางปกครองเป็นกฎหมายลำดับรอง การใช้อำนาจทางการปกครองของเจ้าหน้าที่ทางปกครองจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำกรณันั้น ๆ ด้วย

(2) การตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือการตรวจสอบควบคุมความพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง เป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ และต้องพิจารณาด้วยว่าอำนาจทางปกครองที่กฎหมายให้มานั้น เป็นอำนาจประเภทอำนาจผูกพันที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันปฏิบัติตามนั้น โดยเคร่งครัดเด็ดขาด ไม่มีโอกาส ไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจที่จะเลือกทำอย่างอื่นได้ ต้องทำตามกฎหมายที่กำหนดไว้เท่านั้น หรือเป็นอำนาจประเภทที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายประสงค์แล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกที่จะตัดสินใจแบบใดแบบหนึ่ง ซึ่งเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งกฎหมายจะกำหนด และการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าว

⁶⁷ วิจิตร ศรีมะเรือง. (2554). *ปัญหากระบวนกรดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต : ศึกษาเฉพาะกรณีสำนักงานตำรวจแห่งชาติ*. สารนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 62-65.

เป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องหลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักความได้ความสัดส่วนด้วย

2) ประเภทการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ประเภทของการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรฝ่ายปกครอง และการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

(1) การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรฝ่ายปกครอง (contrôle interne) ซึ่งเป็นการควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเองตามหลักใช้อำนาจทางการปกครองในรูปแบบของการกระจายอำนาจ (Decentralization) การควบคุมในลักษณะนี้จะอาศัยวิธีการอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งทางปกครองโดยตรง หรืออุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองที่เหนือชั้นขึ้นไป (gracieux ou hiérarchique) หรือที่เรียกว่า เป็นการอาศัยอำนาจของผู้บังคับบัญชาในเรื่อง “การบังคับบัญชา” และ “การกำกับดูแล”⁶⁸ กล่าวคือ

การควบคุมโดยอาศัยอำนาจการบังคับบัญชา เป็นมาตรการหนึ่งของรูปแบบการปกครองและบริหารงานแบบรวมอำนาจ (Centralisation) ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ในรูปแบบของสายการบังคับบัญชา (Hiérarchie) คือ การเป็นที่ใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือกว่าตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาเหนือกว่า รวมทั้งมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของตนเองได้

นอกจากนี้ อำนาจการบัญชาบัญชาดังกล่าว ยังรวมหมายถึง การที่ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่ามีอำนาจในการควบคุม หรือกำหนดสถานภาพของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาได้ด้วย เช่น การที่ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งลงโทษทางวินัย หรือมีคำสั่งให้แต่งตั้ง โยกย้ายเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของตนเองได้ตามกฎหมายด้วย

การควบคุมโดยอาศัยการอำนาจการกำกับดูแล อำนาจในการกำกับดูแล เป็นมาตรการตามหลักการใช้อำนาจทางการปกครองในรูปแบบของการกระจายอำนาจ โดยจะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างต่างองค์กรกัน ปกติการกำกับดูแลจะเป็นการควบคุมโดยรัฐ การควบคุมภายใต้อำนาจการกำกับดูแลนั้นจะเป็นการควบคุมเฉพาะเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย

⁶⁸ ไพรัช โทสวัตดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 14-15.

ของการกระทำทางปกครอง แต่จะไม่เข้าไปควบคุมในเรื่องความเหมาะสมของการกระทำทางปกครอง ดังเช่นการการควบคุมโดยอาศัยอำนาจการบังคับบัญชา

การตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองดังกล่าวนี้ สามารถจำแนกได้ 2 ลักษณะคือ

1. เป็นการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง หรือร้องทุกข์⁶⁹ ซึ่งวิธีการนี้ประชาชนสามารถร้องเรียนกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้โดยตรง หรืออาจจะร้องเรียนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจการบังคับบัญชาที่สูงกว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้มีการทบทวนพิจารณาอีกครั้งหนึ่งตามระบบทางการเมืองและการบริหารงานแผ่นดิน

การร้องเรียนลักษณะนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบ ขั้นตอนไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงอาจจะร้องเรียนเป็นหนังสือหรือวาจาก็ได้ ซึ่งจุดประสงค์ของการร้องทุกข์นั้น เพื่อให้มีการยกเลิก เพิกถอน หรือมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้ออกไว้โดยไม่ถูกต้อง หรือไม่ชอบนั้น ข้อดีของวิธีการร้องทุกข์สามารถทำให้ประชาชนเข้าถึงและช่วยการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองได้โดยไม่ยุ่งยาก เสียเวลาหรือมีค่าใช้จ่าย ขณะเดียวกันก็ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาสามารถทบทวนการกระทำทางปกครองได้สะดวก และแก้ไขปัญหาได้อย่างรวดเร็ว

2. เป็นวิธีการในลักษณะกึ่งข้อพิพาท หรือที่เรียกว่าการอุทธรณ์ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยการมอบหมายให้องค์กรหนึ่งองค์กรใด หรือคณะกรรมการที่มีไช้ศาลยุติธรรมเข้ามาตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยคำนึงถึงหลักความรับผิดชอบตามลำดับสายงานบังคับบัญชา และหลักความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (Specialization) ภายในฝ่ายปกครอง เพื่อให้ระบบบังคับบัญชาและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านดังกล่าว มีสภาพบังคับจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งจะใช้วิธีพิจารณาในลักษณะที่เป็นคดีที่มีข้อพิพาท วิธีการนี้จะแตกต่างกับการร้องทุกข์ตรงที่ว่าผู้ร้องเรียนสามารถชี้แจงโต้แย้งตลอดรวมทั้งแสวงหาพยานหลักฐานมาประกอบการโต้แย้งของตนได้

(2) การตรวจสอบและควบคุมภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง (Contrôle externe) ซึ่งอาจเป็นองค์กรตุลาการ คือ ศาลปกครอง หรืออาจเป็นองค์กรพิเศษอื่น เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Médiateur de la République) ซึ่งเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของนิติรัฐ ที่ว่าการต้องมีระบบควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของ

⁶⁹ วิจิตร ศรีมะเรือง, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 67, หน้า 70-71.

ประชาชนที่อาจถูกระทบเทือนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง การควบคุมและตรวจสอบภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะสำคัญ⁷⁰ ดังนี้

1. การควบคุมทางการเมือง เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรทางการเมือง หรือในลักษณะการใช้อำนาจในทางการเมือง เพื่อตรวจสอบและควบคุมการดำเนินงานกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และเยียวยาความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจหน้าที่ 2 ประการ คือ หน้าที่ในทางนิติบัญญัติอันได้แก่การออกกฎหมายและหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติราชการของฝ่ายบริหารรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติจึงถือว่าเป็นองค์กรหลักสำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครองในทางการเมืองบนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (checks and balances) โดยมีวิธีในหลายรูปแบบ เช่น การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปราย การตั้งคณะกรรมการ การพิจารณาร่างกฎหมายของฝ่ายปกครอง เป็นต้น

2. การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ โดยกฎหมายจะมอบอำนาจพิเศษบางประการให้องค์กรพิเศษเหล่านี้มีอำนาจตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และองค์กรพิเศษส่วนนี้จะเป็นองค์กรที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น

3. การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ถือเป็นการตรวจสอบและควบคุมฝ่ายปกครองที่สำคัญที่สุด และให้หลักประกันความธรรมกับประชาชนได้มากที่สุด เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรอิสระ ทั้งตัวองค์กรเองและผู้พิพากษา ทั้งยังมีกฎหมายกำหนดวิธีการดำเนินการพิจารณาไว้เป็นลำดับขั้นตอน โดยเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาทั้งสองฝ่ายแสวงหาพยานหลักฐานการต่อสู้คดี เพื่อเป็นประโยชน์ในทางคดีของตนได้อย่างเต็มที่ ซึ่งโดยทั่วไปองค์กรตุลาการจะตรวจสอบควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย กล่าวคือการใช้ดุลพินิจต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาที่ถูกต้อง การใช้ดุลพินิจต้องไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจต้องไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การใช้ดุลพินิจนั้นต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบที่ฝ่ายปกครองวางไว้เอง และการใช้ดุลพินิจต้องมีเหตุเพียงพอ แต่อย่างไรก็ตาม องค์กรตุลาการจะไม่เข้าไปตรวจสอบควบคุมในเรื่องความเชี่ยวชาญ เฉพาะยกเว้นเรื่องการทุจริต⁷¹

⁷⁰ ทิมพกานต์ ทิศอุ้น. (2555). *โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐตามพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 93-94.

⁷¹ จิรนิติ หะวานนท์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23*. หน้า 147-148.

2.3 มติคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรี ตรงกับที่ใช้ในภาษาอังกฤษว่า “Council of Ministers” หรือ “Cabinet” คณะรัฐมนตรีถือว่าเป็นข้าราชการพลเรือนประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าเป็น “ข้าราชการการเมือง” ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. 2535 เป็นคณะบุคคลที่ประกอบด้วยบุคคลผู้มีตำแหน่งต่าง ๆ กันหลายคน⁷² มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย อันประกอบด้วยหัวหน้าคณะหนึ่งคน ซึ่งเรียกว่านายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่นตามจำนวนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเข้ารับตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งเป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งแตกต่างจากข้าราชการพลเรือนทั่ว ๆ ไป

2.3.1 อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนั้น อาจจะทำกรทำกรในฐานะที่เป็นรัฐบาล (L'exécutif) หรือในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง (L'Administration) ก็ได้แล้วแต่จะใช้อำนาจตามกฎหมายใด กล่าวคือ ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาลกระทำกรโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่ากระทำกรในฐานะที่เป็นรัฐบาล แต่ถ้ากระทำกรโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ก็ถือว่ากระทำกรในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง⁷³ ซึ่งในที่นี้ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีโดยแบ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐบาล และอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง ดังนี้

1) อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐบาลหรือฝ่ายบริหาร หรือที่เรียกว่ากรกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและดำเนินนโยบายของชาติที่รัฐบาลจัดทำเพื่อความดำรงอยู่ซึ่งความปลอดภัย ความเจริญรุ่งเรืองของชาติ ความมั่นคงของชาติ เช่น

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 158 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกันนายกรัฐมนตรีต้องแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบตามมาตรา 159

⁷³ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 7.

(1) การกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน

คณะรัฐมนตรีที่จะเข้าบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาซึ่งต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติ และต้องชี้แจงแหล่งที่มาของรายได้ที่จะนำมาใช้จ่ายในการดำเนินนโยบาย⁷⁴ โดยไม่มีการลงมติความไว้วางใจ และในการบริหารราชการแผ่นดินคณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดด้วย⁷⁵ โดยรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในเรื่องที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบต่อร่วมกันต่อรัฐสภาในการกำหนดนโยบายและการดำเนินการตามนโยบายของคณะรัฐมนตรี

นโยบายของคณะรัฐมนตรี หรือที่เรียกนโยบายชาติ (Policy Making) ถือเป็นเรื่องที่สำคัญต่อการบริหารงานของส่วนราชการต่าง ๆ ที่ต้องปฏิบัติตามที่คณะรัฐมนตรีประกาศกำหนดนโยบายดังกล่าว ส่วนใหญ่จะเป็นการรวบรวมปัญหาความเดือดร้อนต่าง ๆ ของประชาชน และข้อเรียกร้องของประชาชน หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันมีลักษณะเป็นการรวบรวมข้อเท็จจริง ปัญหา และการเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาให้แก่รัฐบาลต่อไป

ในกรณีที่มีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยหรือเศรษฐกิจของประเทศ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ร่วมกับรัฐสภาในการให้คำปรึกษาหารือต่อที่ประชุมรัฐสภา⁷⁶ ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรจะแจ้งไปยังประธานรัฐสภาขอให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไปในที่ประชุมรัฐสภาก็ได้ ในกรณีนี้ ประธานรัฐสภาต้องดำเนินการให้มีการประชุมภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่ได้รับการแจ้ง แต่รัฐสภาจะลงมติในปัญหาที่อภิปรายมิได้

⁷⁴ มาตรา 162 คณะรัฐมนตรีที่จะเข้าบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาซึ่งต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติ และต้องชี้แจงแหล่งที่มาของรายได้ที่จะนำมาใช้จ่ายในการดำเนินนโยบาย โดยไม่มีการลงมติความไว้วางใจ ทั้งนี้ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันเข้ารับหน้าที่

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁵ มาตรา 164 ในการบริหารราชการแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁶ มาตรา 155 ในกรณีที่มีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยหรือเศรษฐกิจของประเทศสมควรที่จะปรึกษาหารือร่วมกันระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรจะแจ้งไปยังประธานรัฐสภา ขอให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไปในที่ประชุมรัฐสภาก็ได้ ในกรณีนี้ ประธานรัฐสภาต้องดำเนินการให้มีการประชุมภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับการแจ้ง แต่รัฐสภาจะลงมติในปัญหาที่อภิปรายมิได้

๑๗๑

๑๗๑

(2) การริเริ่ม เสนอ แก้ไข เพิ่มเติมกฎหมาย

คณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่รับสนองพระบรมราชโองการเกี่ยวกับกฎหมายพระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน⁷⁷ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญ

คณะรัฐมนตรีสามารถริเริ่มเสนอญัตติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขข้อความถ้อยคำเดิม หรือการเพิ่มเติมข้อความใหม่ก็ได้ โดยญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภาและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา การพิจารณาในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการออกเสียงในวาระที่สองนี้ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ แต่ในกรณีที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของประชาชนที่เข้าชื่อกัน ได้แสดงความคิดเห็นด้วย การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขึ้นสุดท้ายให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา เมื่อมีการลงมติเห็นชอบแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เว้นแต่ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ ตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการเมื่อมีการลงมติเห็นชอบได้

⁷⁷ มาตรา 182 บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดินต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญ

คณะรัฐมนตรีโดยข้อเสนอแนะของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้องสามารถเริ่มเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้⁷⁸ หรือเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎรได้⁷⁹

นอกจากนี้ ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ฝ่ายบริหารจะออกพระราชกำหนดได้⁸⁰ ก็ต่อเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

(3) อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเงิน การคลัง งบประมาณของรัฐ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 140 กำหนดให้ต้องมีการตราพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือกฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง หรือกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐนั้น เนื่องจากในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐจำเป็นต้องใช้เงินงบประมาณในการดำเนินการ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้จ่ายภายในวงเงินที่จัดสรรไว้ตามพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี งบประมาณรายจ่ายของแผ่นดินจะต้องทำเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี โดยคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ที่จะเป็นผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีกฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง รวมทั้งระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับภาษีหรืออากร การกู้เงิน การค้าประกัน การใช้เงินกู้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินของรัฐและเงินตราเสนอต่อรัฐสภาได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี เพื่อให้ความเห็นชอบ

⁷⁸ มาตรา 131 ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะเสนอได้ก็แต่โดย

(1) คณะรัฐมนตรี โดยข้อเสนอแนะของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

⁷⁹ มาตรา 133 ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน และจะเสนอได้ก็แต่โดย

(1) คณะรัฐมนตรี

ฯลฯ

ฯลฯ

⁸⁰ มาตรา 172 ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

ฯลฯ

ฯลฯ

ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงเป็นผู้มีอำนาจกำหนดงบประมาณรายจ่ายประจำปีของกระทรวง ทบวง กรม ทั้งหมด เพื่อควบคุมการใช้จ่ายเงินของหน่วยงานของรัฐ

2) อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีซึ่งเป็นการใช้อำนาจในฐานะฝ่ายปกครอง หรือระบบงานประจำ (Administrative function) โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ในการออกมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีผลอย่างใดอย่างหนึ่งในการบริหารราชการแผ่นดินตามอำนาจหน้าที่ มีดังนี้

(1) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ (Act) พระราชบัญญัติเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา อาศัยอำนาจรัฐธรรมนุญจึงเป็นกฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดว่าคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) มีอำนาจออกกฎ ก.พ. และระเบียบเกี่ยวกับการบริหารทรัพยากรบุคคลเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ รวมตลอดทั้งการให้คำแนะนำหรือวางแนวทางในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎ ก.พ. เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี⁸¹ และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 9 ทวิ⁸² ที่กำหนดว่า เมื่อพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม

⁸¹ มาตรา 8 ก.พ. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

๑๗๑

๑๗๑

(5) ออกกฎ ก.พ. และระเบียบเกี่ยวกับการบริหารทรัพยากรบุคคลเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ รวมตลอดทั้งการให้คำแนะนำหรือวางแนวทางในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎ ก.พ. เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

๑๗๑

๑๗๑

⁸² มาตรา 9 ทวิ เมื่อพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมใช้บังคับแล้ว หรือเมื่อมีกรณีที่ต้องใช้งบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณที่ล่วงแล้วไปพลางก่อน ตามมาตรา 16 ถ้ารายจ่ายสูงกว่ารายได้ ให้กระทรวงการคลังมีอำนาจกู้เงินได้ตามความจำเป็น แต่กรณีจะเป็นประการใดก็ตาม การกู้เงินตามมาตรานี้ ในปีหนึ่ง ๆ ต้องไม่เกิน

(1) ร้อยละยี่สิบของจำนวนเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปีและงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม หรือของจำนวนเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณที่ล่วงแล้วมาแล้วแต่กรณี กับอีก

(2) ร้อยละแปดสิบของงบประมาณรายจ่ายที่ตั้งไว้สำหรับชำระคืนต้นเงินกู้

การกู้เงินตามวรรคหนึ่ง จะใช้วิธีออกตั๋วเงินคลัง พันธบัตร ตราสารอื่นหรือทำสัญญากู้ก็ได้

การออกตั๋วเงินคลังให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยตั๋วเงินคลัง แต่การออกพันธบัตรหรือตราสารอื่นหรือการทำสัญญากู้ต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน

๑๗๑

๑๗๑

ใช้บังคับแล้ว หรือเมื่อมีกรณีที่ต้องใช้งบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณที่ล่วงแล้ว ไปพลางก่อน ถ้ารายจ่ายสูงกว่ารายได้ ให้กระทรวงการคลังมีอำนาจกู้เงินได้ตามความจำเป็น แต่การทำสัญญากู้ ต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน และมาตรา 19⁸³ ที่กำหนดว่าถ้ารายจ่ายที่กำหนดไว้ในรายการใด สำหรับส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม พระราชบัญญัติโอนเงินงบประมาณรายจ่าย หรือ พระราชกฤษฎีการวม หรือโอนส่วนราชการเข้าจะ โอนหรือนำไปใช้ในรายการอื่นมิได้ เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการ แต่ผู้อำนวยการจะอนุญาตมิได้ในกรณีที่เป็นผลให้เพิ่มรายจ่าย ประเภทเงินราชการลับ หรือเป็นงาน หรือ โครงการใหม่ เว้นแต่จะได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี

(2) อำนาจหน้าที่ตามพระราชกฤษฎีกา (Decree) พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมาย ที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งจะกำหนดรายละเอียดซึ่งเป็นหลักย่อย ๆ ของพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด กล่าวคือ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ได้กำหนดหลักการใหญ่ไว้ ซึ่งเป็นสาระสำคัญโดยรวม และให้ออกพระราชกฤษฎีกาโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด เพื่ออธิบาย รายละเอียดต่าง ๆ ตามหลักการใหญ่ในพระราชบัญญัตินั้น ๆ อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา เช่น พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การคลังสินค้า พ.ศ. 2498 มาตรา 7⁸⁴ ที่กำหนดว่าองค์การคลังสินค้ามีอำนาจร่วมการงานหรือสมทบกับบุคคลอื่น เพื่อประโยชน์แก่กิจการขององค์การ รวมทั้งการเข้าเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบ ในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด โดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี หรือ องค์การคลังสินค้ามีวัตถุประสงค์ทางกิจการทั้งปวงเกี่ยวกับสินค้าเกษตร และสินค้าอุปโภคบริโภค

⁸³ มาตรา 19 รายจ่ายที่กำหนดไว้ในรายการใด สำหรับส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติ งบประมาณรายจ่ายประจำปี พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม พระราชบัญญัติโอนเงินงบประมาณ รายจ่าย หรือพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 18 (2) จะโอนหรือนำไปใช้ในรายการอื่นมิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาต จากผู้อำนวยการ แต่ผู้อำนวยการจะอนุญาตมิได้ในกรณีที่เป็นผลให้เพิ่มรายจ่ายประเภทเงินราชการลับ หรือ เป็นงาน หรือ โครงการใหม่ เว้นแต่จะได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี

๑๓๑

๑๓๑

⁸⁴ มาตรา 7 เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวในมาตรา 6 ให้้องค์การมีอำนาจรวมถึง

๑๓๑

๑๓๑

(4) ร่วมการงานหรือสมทบกับบุคคลอื่น เพื่อประโยชน์แก่กิจการขององค์การ รวมทั้งการเข้าเป็น หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด โดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี

(5) กู้ยืมเงิน ถ้าเป็นจำนวนเกินกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท ต้องได้รับอนุญาตจากคณะรัฐมนตรีก่อน

๑๓๑

๑๓๑

รวมทั้งธุรกิจบริการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเกษตร และสินค้าอุปโภคบริโภคที่มีอำนาจกู้ยืมเงินได้ แต่ถ้ามหากเป็นจำนวนเกินกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท ต้องได้รับอนุญาตจากคณะรัฐมนตรีก่อน

พระราชกฤษฎีกาเบี่ยประชุมกรรมการ พ.ศ. 2547 ที่กำหนดให้กระทรวงการคลัง สำนักงานประมาณ และสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ร่วมกันจัดทำรายชื่อกณะกรรมการ และคณะอนุกรรมการที่ปฏิบัติงานในด้านการกำหนดนโยบายอันมีผลกระทบต่อการบริหารเศรษฐกิจ หรือสังคมในภาพรวมของประเทศ และอัตราเบี่ยประชุมเป็นรายเดือน และเป็นรายครึ่งสำหรับ กรรมการ อนุกรรมการ เลขานุการ และผู้ช่วยเลขานุการ โดยเมื่อได้จัดทำรายชื่อกณะ กรรมการ คณะอนุกรรมการ และอัตราเบี่ยประชุมให้เสนอรัฐมนตรี เพื่อให้ความเห็นชอบต่อไป

(3) อำนาจหน้าที่ตามพระราชกำหนด (Emergency Decree) เป็นกฎหมายที่ ฝ่ายปกครอง ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใช้ดุลพินิจในตราขึ้นตามความเหมาะสม โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ หรือแห่งกฎหมายที่มีฐานะเสมอกัน เป็นต้น การออกกฎกระทรวง จะต้องเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อน จึงจะส่งเรื่องต่อไปให้ คณะกรรมการร่างกฎหมาย ในคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาตรวจในรายละเอียดต่อไปแล้ว รัฐมนตรีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงจึงจะออกกฎกระทรวงได้ อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ที่บัญญัติไว้ในกฎกระทรวง เช่น

พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540 มาตรา 42⁸⁵ ที่ กำหนดให้อำนาจคณะรัฐมนตรีสามารถมีมติให้ยุบเลิกองค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงินได้ และเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้ยุบเลิกองค์การใดแล้วให้ดำเนินการชำระบัญชี โดยให้รัฐมนตรี แต่งตั้งบุคคลขึ้นคณะหนึ่งเป็นคณะกรรมการผู้ชำระบัญชีขององค์การ ทั้งนี้การชำระบัญชีขององค์การ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการชำระบัญชีบริษัทจำกัด มาใช้บังคับโดยอนุโลม

2.3.2 ลักษณะและประเภทของมติคณะรัฐมนตรี

มติคณะรัฐมนตรี (The resolutions of the cabinet) หมายถึง ผลของการตัดสินใจร่วมกัน ของคณะรัฐมนตรีที่มีอำนาจหน้าที่ร่วมกันในการบริหารราชการแผ่นดิน มติคณะรัฐมนตรีจึงอาจเป็น การกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน หรือการกำหนดระเบียบแบบแผน ในการปฏิบัติราชการก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสาระของมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น ๆ⁸⁶

⁸⁵ มาตรา 42 เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้ยุบเลิกองค์การแล้ว ให้ดำเนินการชำระบัญชีโดยให้รัฐมนตรีแต่งตั้ง บุคคลขึ้นคณะหนึ่งเป็นคณะกรรมการผู้ชำระบัญชีขององค์การ

⁸⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 306.

ซึ่งในที่นี้ผู้วิจัยขอแบ่งประเภทมติคณะรัฐมนตรี โดยจำแนกตามประเภทกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกมติออกเป็น 2 ประเภท คือ 1. มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายรัฐบาล และ 2. มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง ดังนี้

1) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายรัฐบาล เป็นมติที่คณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใดในการบริหารราชการแผ่นดิน กล่าวคือ

(1) การกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติ

(2) การริเริ่ม เสนอ แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด

(3) อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเงิน การคลัง งบประมาณของรัฐ

มติคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้เป็นการใช้อำนาจฝ่ายรัฐบาล ไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครอง จึงไม่ใช่กฎ ตามที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.3/2549 มีคำวินิจฉัยไว้ว่า พระราชกฤษฎีกาการยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เป็นกลไกประการหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 116⁸⁷ ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจปกครอง พระราชกฤษฎีกาการยุบสภาผู้แทนราษฎร จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2)⁸⁸ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง เป็นมติที่คณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติอันเป็นการใช้อำนาจปกครองในการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ

⁸⁷ มาตรา 116 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบวัน และวันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร การยุบสภาผู้แทนราษฎรจะกระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน

๑๓๑

๑๓๑

⁸⁸ มาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

๑๓๑

๑๓๑

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

๑๓๑

๑๓๑

อำนาจของคณะรัฐมนตรีในฐานะเป็นฝ่ายปกครองสูงสุดของเจ้าหน้าที่ของรัฐและองค์กรทางปกครองนั้น คือ อำนาจบังคับบัญชา อำนาจกำกับดูแล อีกทั้งกฎหมายอาจกำหนดให้มีดุลพินิจในการพิจารณาเรื่องต่าง ๆ และอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปตามกฎหมายแม่บท

การออกมติของคณะรัฐมนตรีให้หน่วยงานราชการระดับล่างปฏิบัติในแนวทางเดียวกัน อาจเกิดผลกระทบต่อประชาชนได้ ดังนั้น คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นรัฐบาลหรือตัวแทนของรัฐ จึงสัมพันธ์กับข้าราชการในรูปแบบของอำนาจบังคับบัญชา อำนาจกำกับดูแล โดยมีลักษณะดังนี้⁸⁹

(1) ความสัมพันธ์แบบอำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchique)

การบริการราชการแผ่นดินนั้นมีทั้งการรวบอำนาจการบริหารไว้ส่วนกลาง เช่น การบริหารราชการส่วนกลาง การบริหารราชการส่วนภูมิภาค และการกระจายอำนาจให้ท้องถิ่น รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงการรวมอำนาจ (Centralization) การบริหารราชการแผ่นดินไว้ส่วนกลาง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและข้าราชการเป็นความสัมพันธ์ที่ใช้อำนาจบังคับบัญชาโดยมีรากฐานมาจากหลักเรื่องการจัดองค์กร⁹⁰ (Organization) คือ การจัดระบบบุคลากรและทรัพย์สินเพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายที่ตั้งไว้ อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่เจ้าหน้าที่ผู้ดำรงตำแหน่งสูงกว่ามีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ผู้ใต้บังคับบัญชาแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบคือ

1. อำนาจควบคุมเหนือการกระทำ โดยผู้บังคับบัญชาแสดงได้ 4 รูปแบบ อันได้แก่ อำนาจแนะนำสั่งการและวางแผนปฏิบัติ เพื่อให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ไปในแนวทางที่กำหนด ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ คำแนะนำที่ออกมาอาจออกมาในรูปของคำสั่งหรือหนังสือเวียน อำนาจเพิกถอนการกระทำ ซึ่งมีลักษณะเป็นอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง ผู้บังคับบัญชาสามารถแก้ไขคำสั่งผู้ใต้บังคับบัญชาได้ โดยมีคำสั่งอื่นอีกคำสั่งหนึ่งที่แตกต่างจากคำสั่งเดิมมากหรือน้อยก็ได้ และอำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทน เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสอดเข้าไปใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการแทนผู้ใต้บังคับบัญชาได้ ในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วนหรือ กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้

2. อำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคล ได้แก่อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น อำนาจลงโทษทางวินัย อำนาจเลื่อนขั้น อำนาจแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง เป็นต้น

⁸⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 308.

⁹⁰ สุวิมล สังข์พันธ์. (2535). *สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 394.

(2) ความสัมพันธ์แบบอำนาจกำกับดูแล (La tutelle)

ในส่วนของการกระจายอำนาจการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเหตุที่คณะรัฐมนตรีมีอำนาจอยู่เหนือองค์กรบริหารราชการอื่นซึ่งหมายถึง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Collectivites territoriales) องค์กรกระจายอำนาจหรือรัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นๆของรัฐ ดังนั้น คณะรัฐมนตรีเพียงแต่ดูแลให้องค์กรบริหารราชการส่วนนั้นให้ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่ไม่ใช่เข้าไปแทรกแซงในการบริหารราชการ โดยที่คณะรัฐมนตรีที่เป็นตัวแทนของรัฐมีลักษณะเป็นผู้ควบคุมกำกับ⁹¹ และผู้ถูกควบคุมกำกับอำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไขนั้น ก็คือ อำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณีและในรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 มาตรา 4 ได้กำหนดการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้เสนอได้ เฉพาะเรื่องดังต่อไปนี้

1. เรื่องที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีหรือให้ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี
2. ร่างพระราชบัญญัติ ร่างพระราชกำหนด
3. เรื่องที่ต้องเสนอให้สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบ
4. ร่างพระราชกฤษฎีกา
5. ร่างกฎกระทรวงเกี่ยวกับนโยบายสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนด
6. ร่างระเบียบ ร่างข้อบังคับ หรือร่างประกาศที่มีผลบังคับแก่ส่วนราชการทั่วไป
7. เรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือที่เกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย
8. การริเริ่มโครงการกองทุนขนาดใหญ่ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ที่มีวงเงินตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด
9. เรื่องที่ขอทบทวนหรือยกเว้นการปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ระเบียบ ข้อบังคับ
10. ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นระเบียบปฏิบัติราชการทั่วไป
11. เรื่องที่ต้องใช้งบประมาณแผ่นดินนอกเหนือจากที่ได้รับอนุมัติไว้แล้ว ตามกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรืองบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม
12. เรื่องที่นายกรัฐมนตรี ในฐานะหัวหน้ารัฐบาลนำเสนอหรือมีคำสั่งให้เสนอคณะรัฐมนตรี
13. เรื่องที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอคณะรัฐมนตรี

⁹¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 132.

เมื่อได้พิจารณาตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุม คณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ามติคณะรัฐมนตรี เป็นการแสดงออกซึ่ง การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรี ทั้งในฐานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่น พระราชบัญญัติ มติคณะรัฐมนตรี จึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการบริหารราชการแผ่นดิน และในการใช้อำนาจปกครองของคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีจะมีขึ้นได้เฉพาะกรณีตามที่ปรากฏในพระราชกฤษฎีกานี้เท่านั้น ตัวอย่าง มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจปกครอง เช่น มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2554⁹² ที่ให้ข้าราชการลาเข้าร่วมอุปสมบทในโครงการอุปสมบทเฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 โดยไม่ถือเป็นวันลา แต่ทั้งนี้ ต้องได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาก่อน

2.3.3 สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศไทย

แนวความคิดของนักกฎหมายในประเทศไทยส่วนใหญ่ยังยึดถือว่า “กฎหมาย” ต้องเป็น กฎอันมีที่มาจากตราขึ้น โดยสถาบันหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐ สำหรับประเทศไทย ก็คือ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา เช่น พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือ กฎหมายที่มีที่มาจากตราขึ้น โดยฝ่ายบริหารในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัย ของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติ สาธารณะ เช่น พระราชกำหนด ส่วนมติคณะรัฐมนตรี ไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย ดังที่ปรากฏตาม แนวคำพิพากษาของศาล และแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้

1) แนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

(1) แนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่วินิจฉัยว่ามติคณะรัฐมนตรี ไม่ใช่กฎหมาย เป็นแต่เพียงมาตรการในทางบริหารที่ส่วนราชการเท่านั้น

บันทึก เรื่อง ขอรื้อมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2550 : กรณีการตั้ง สถานีบริการ LPG และ NGV คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) เรื่องเสร็จที่ 566/2551

มาตรา 11 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

มาตรา 7 มาตรา 8 พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 8 พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542

⁹² มติคณะรัฐมนตรีที่ นร. 0505/234 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2554 เรื่อง ขอลาความเห็นชอบให้ข้าราชการลาเข้าร่วม อุปสมบทในโครงการอุปสมบทเฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธี มหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 โดยไม่ถือเป็นวันลา

เมื่อคณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรสูงสุดในทางบริหาร ได้มีมติคณะรัฐมนตรี กำหนดแนวทางการปฏิบัติราชการให้ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐปฏิบัติแล้ว ย่อมผูกพัน ให้ส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องนั้นปฏิบัติตาม การที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติ เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2550 กำหนดให้กรุงเทพมหานครควบคุมมิให้มีการเปิดสถานีบริการ LPG เพิ่มขึ้น และให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องรับไปพิจารณาแนวทางและมาตรการให้สถานีบริการ LPG ปรับเปลี่ยนไปให้บริการ NGV นั้น เป็นเพียงมาตรการในทางบริหารที่ส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง จะต้องไปดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น โดยในเรื่องใดที่จำเป็นต้องแก้ไขหรือออกกฎหมายใหม่ เพื่อให้เกิดอำนาจในการดำเนินการก็ต้องไปดำเนินการเสียก่อน เมื่อกรมธุรกิจพลังงานและ กรมโยธาธิการและผังเมืองยังมีได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี จึงยังคง ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

(2) แนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่วินิจฉัยว่ามติคณะรัฐมนตรี ไม่ใช่กฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ เป็นเพียงแต่คำสั่งในทางบริหารงาน

คณะกรรมการร่างกฎหมายที่ประชุมใหญ่ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีไว้ ในเรื่องสิทธิทำไม้ในเขตป่าสัมปทานว่า มติคณะรัฐมนตรี มิใช่เป็นกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับตามนัยข้อ 7 แห่งสัมปทาน⁹³ มติคณะรัฐมนตรีต่างเป็นเพียงแต่ คำสั่งในทางบริหาร ซึ่งส่วนราชการที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น ถ้าเรื่องใด ที่จำเป็นต้องแก้ไขหรือออกกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับใหม่ เพื่อให้เกิดอำนาจในการดำเนินการ ตามมติดังกล่าว ก็จะต้องแก้ไขหรือออกกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับเช่นนั้นเสียก่อน

2) แนวความเห็นของศาล

(1) แนวความเห็นของศาลที่วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรี ไม่ใช่กฎหมาย แต่มีสภาพเป็นกฎ⁹⁴

⁹³ ข้อ 7. “สัมปทานนี้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย กฎ และข้อบังคับที่ประกาศใช้บังคับอยู่แล้ว ในขณะที่ และที่จะได้ประกาศใช้บังคับต่อไปในภายหน้า ผู้รับสัมปทานจะล้างเอาข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใด ๆ ในสัมปทานนี้ เป็นข้อยกเว้นมิให้ต้องถูกบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับนั้น หรือจะล้างเหตุที่ได้รับ หรือ จะได้รับโทษตามกฎหมายมาเป็นเหตุไม่ต้องถูกบังคับตามสัมปทานนี้ได้ไม่”

⁹⁴ “กฎ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้ความหมายว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้ความหมายว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใด เป็นการเฉพาะ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546 มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ หรือแนวทางปฏิบัติซึ่งบุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตาม โดยมีสภาพบังคับ มีสถานะเป็นกฎ ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้สิทธิพิเศษแก่องค์กรโทรศัพทแห่งประเทศไทย ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพทแก่หน่วยงานของรัฐอันเป็นการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีกรณีพิเศษตามข้อ 26 (2) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ อันมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปกับหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ รวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ต้องปฏิบัติตาม จึงมีสถานะเป็นกฎ การให้สิทธิพิเศษแก่องค์กรโทรศัพทแห่งประเทศไทยตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีข้างต้น อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาร่วมการงาน และร่วมลงทุนกับองค์กร โทรศัพทแห่งประเทศไทย ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถือว่าเป็นการออกกฎอันเป็นการลดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาของผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เข้าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาสัมปทานกับรัฐ และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีมาจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามสัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.303/2554 เหตุที่ผู้ฟ้องคดีทำงานล่าช้าจนผู้ถูกฟ้องคดีปรับค่าจ้างเป็นเพราะความผิดของผู้ฟ้องคดีเองที่ไม่เข้าทำงานตามสัญญาและเร่งรัดการดำเนินงานตามแผนที่ได้เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดี แม้ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้เข้าทำงานอีกครั้งก็เป็นช่วงเข้าฤดูฝน ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีควรจะต้องรู้ตั้งแต่แรกแล้ว เพราะก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะเข้าเสนอราคาต้องมีการตรวจสอบและออกไปดูสถานที่ที่จะทำการก่อสร้างว่ามีสภาพอย่างไร ดังนั้น การที่ฝนตกหนักทำให้น้ำเริ่มท่วมและต่อเนื่องจนผู้ฟ้องคดีไม่สามารถทำงานต่อไปได้ เป็นผลให้ผู้ฟ้องคดีต้องทำงานล่าช้ากว่ากำหนดจึงเป็นเหตุการณ์ปกติตามฤดูกาลที่เกิดขึ้นมิใช่เหตุสุดวิสัยเพราะเกิดอุทกภัยแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดี จึงไม่อาจอ้างเอาเหตุที่ฝนตกน้ำท่วมบริเวณที่ก่อสร้างมาเป็นอุปสรรคเพื่อขอต่ออายุสัญญาให้แก่ผู้ฟ้องคดีออกไปอีกได้ เพราะขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีตามหนังสือกองสารบรรณคณะรัฐมนตรีฝ่ายบริหาร ที่ นว 165/2500 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2500 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ต่ออายุสัญญาให้ผู้ฟ้องคดีออกไปอีกตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการใช้ดุลพินิจชอบด้วยกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.2/2546 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ข้อเท็จจริง ผู้ฟ้องคดีได้ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทแต่ไม่มีหลักฐานการครอบครองใด ๆ พื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้นำที่ดินบริเวณดังกล่าวบางส่วน ไปจัดให้ราษฎรใช้เป็นที่ทำกิน โดยให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม และสำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัดก็ได้

ทำการรังวัดสอบสวนสิทธิผู้ครอบครองที่ดิน พร้อมคัดเลือกหาเกษตรกรเข้าทำประโยชน์ราษฎร รายที่ได้รับมอบเอกสาร สปก.4-01 ไปบ้างแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ต้องการเอกสารดังกล่าว เพราะเห็นว่าไม่สามารถแก้ปัญหาความเดือดร้อนของราษฎรได้ ผู้ฟ้องคดีมีความต้องการหนังสือ แสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน และเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย เพราะทำให้ผู้ฟ้องคดีกับพวกไม่สามารถออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้อีก จึงขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเฉพาะที่ดินพิพาท ซึ่งศาลมีคำวินิจฉัยว่าเมื่อพิจารณา ความตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาท เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ และมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันที่กำหนดให้ศาลปกครอง มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ประกอบ กับข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในท้องที่พิพาทให้เป็น เขตปฏิรูปที่ดิน พ.ศ. 2534 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะทำให้ไม่สามารถออกหนังสือแสดงสิทธิ ในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินดังกล่าวได้อีก และขอให้มีคำพิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

(2) แนวความเห็นของศาลที่วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย แต่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง⁹⁵

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.240/2555 ที่ดินพิพาทดังกล่าวเป็นที่ สาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันอันเกิดขึ้นและเป็นอยู่ตามสภาพของที่ดิน และจากการใช้ร่วมกันของราษฎรมานาน โดยไม่ต้องมีประกาศพระราชกฤษฎีกาสงวนไว้ หรือ ขึ้นทะเบียน หรือทางราชการประกาศกำหนดให้เป็นที่ดินสาธารณะประโยชน์เช่นนั้น และต่อมา สภาพบริเวณที่ดินพิพาท เมื่อมีราษฎรเข้าไปเก็บหาของป่า ตัดไม้ปลูกบ้าน ทำฟืน เพื่อการดำรงชีวิต หรือประกอบอาชีพ จนทำให้กลายเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่า และมีราษฎรบุกรุกเข้าไปยึดถือ ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดิน โดยทางราชการจะได้กำหนดให้ที่ดินพิพาททั้งหมด

⁹⁵ “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ความหมายว่า คำสั่งทางปกครองไว้สองความหมายคือ 1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ 2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

เป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติป่าอินและป่านายางตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 60 ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พ.ศ. 2481 เป็นผลให้มีการเปลี่ยนแปลงเขตการปกครองจากเดิมซึ่งที่ดินพิพาทตั้งอยู่อำเภอพิชัย จังหวัดอุตรดิตถ์มาเป็นตำบลคงประคำ อำเภอพรหมพิราม จังหวัดพิษณุโลก และกำหนดให้เป็นพื้นที่ป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2507 และพื้นที่จัดสรรห้วยน้ำเลาหรือห้วยคำเลา ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2509 ก็ให้มีผลทำให้ที่ดินพิพาทเปลี่ยนแปลงไปจนกลายเป็นที่ดินที่มีใช้ที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เพราะมติคณะรัฐมนตรีมีฐานะเป็นเพียงคำสั่งของฝ่ายบริหารจึงไม่อาจนำมาลบล้างผลทางกฎหมายกับกรณีนี้ได้ ข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ว่าที่ดินพิพาทเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่าซึ่งอาจออกเอกสารสิทธิให้ราษฎรผู้เข้ายึดถือครอบครองทำประโยชน์ได้ จึงฟังไม่ขึ้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 456/2547 ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นคณะกรรมการซึ่งแต่งตั้งตามมติคณะรัฐมนตรี โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และจำนวนเงินชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพ โครงการพัฒนาลุ่มน้ำป่าสัก อันเนื่องมาจากพระราชดำริ ซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคล จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมติของผู้ถูกฟ้องคดีให้ผู้ใดมีสิทธิและไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยพิเศษ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง

(3) แนวความเห็นของศาลที่วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย แต่มีสถานะเป็นนโยบาย⁹⁶ หรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 14/2546 วินิจฉัยว่ามติคณะรัฐมนตรีตามหนังสือที่ นร 0202/ว (ล) 16314 ลงวันที่ 12 ตุลาคม 2533 เรื่อง ห้ามส่งงูมีชีวิตและหนังกูที่ยังไม่ได้แปรรูปออกนอกราชอาณาจักร มิได้มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับกับหน่วยงาน หรือบุคคลภายในองค์การบริหาร แต่มีลักษณะเป็นการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการส่งออกงูมีชีวิตทุกชนิด รวมทั้งหนังกูทุกชนิดที่ยังไม่ได้แปรรูปออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวนี้ไม่มีสภาพเป็น “กฎ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นแต่เพียงนโยบายของฝ่ายบริหารซึ่งจะต้องฟ้องหน่วยงานทางปกครองที่เป็นผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี ดังนั้น เมื่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมิใช่กฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี การฟ้องขอให้เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีในคดีนี้ จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา

⁹⁶ “นโยบาย” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2) พ.ศ. 2556 ได้กำหนดความหมายไว้ว่า นโยบาย หมายถึง หลักการและวิธีปฏิบัติซึ่งถือเป็นแนวดำเนินการ

ของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11(2)⁹⁷แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 9/2549 มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2548 ที่อนุมัติให้บริษัท การไฟฟ้าการผลิตแห่งประเทศไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งแปรรูปมาจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยที่ระดมทุนเพื่อใช้ในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าเพิ่มเติม รวมทั้งเห็นชอบให้มีการจัดสรรกำลังการผลิตให้กับบริษัทดังกล่าว เป็นเรื่องการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะในด้านของการผลิตไฟฟ้าจำหน่ายประชาชนของบริษัท การไฟฟ้าการผลิตแห่งประเทศไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ มิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงไม่มีลักษณะเป็นกฎ

โดยสรุปแล้ว ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง และการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น เนื่องจากฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มีผลกระทบสิทธิ หรือจำกัดสิทธิของประชาชนและต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ จึงต้องสามารถควบคุมตรวจสอบได้ว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยอาจเป็นการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองเอง หรือโดยองค์กรภายนอกก็ได้ เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในส่วนที่เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี เห็นว่าคณะรัฐมนตรีเป็นทั้งองค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาล ซึ่งมีอำนาจและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ และเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจและหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด ฉะนั้น มติของคณะรัฐมนตรีจึงไม่ใช่มีแต่เพียงการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น แต่ยังมีมติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองด้วย มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้แม้ไม่ใช่กฎหมาย แต่ก็อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ใต้อำนาจการบังคับบัญชา

⁹⁷ มาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

๑๓๑

๑๓๑

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

๑๓๑

๑๓๑

เช่น ข้าราชการพลเรือน และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฯลฯ ซึ่งต้องถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี โดยเคร่งครัด มิฉะนั้น อาจเป็นความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงได้ ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรี จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีไม่อาจมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายได้