

บทที่ 2

หลักการ แนวความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า

ในปัจจุบันการขายทอดตลาดและการค้ำของเก่าในประเทศไทยได้มีการเติบโตเพิ่มมากขึ้น จึงเกิดปัญหามากมายจากอดีตสู่ปัจจุบัน ซึ่งในการออกใบอนุญาตให้มีการประกอบธุรกิจการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า จะต้องมีการขออนุญาตการประกอบธุรกิจดังกล่าวนั้น การขออนุญาตให้มีการขายทอดตลาดและค้ำของเก่าของนายทะเบียนอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และระเบียบของกฎหมาย จึงจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึง แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกระทำทางปกครอง (Administrative Discretion) การออกคำสั่งทางปกครอง (administrative order) และการตรวจสอบต้องอยู่ภายใต้หลักของกฎหมายปกครอง ความเป็นมา ความหมาย สาระสำคัญ แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ ในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำการปกครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายหนึ่งของกฎหมายมหาชน

2.1 ประวัติ ความเป็นมา และความหมาย เกี่ยวกับการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า

นับแต่อดีตธุรกิจการขายทอดตลาดและค้ำของเก่าเป็นธุรกิจที่ยังไม่ได้รับความนิยมนักมากนักอย่างในปัจจุบัน ต่อมาหลังจากที่มีการนิยมนำของเก่ามาขาย แลกเปลี่ยน หน่วยงานของรัฐ จึงได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมา เพื่อเป็นการควบคุมดูแล ให้การดำเนินธุรกิจดังกล่าว เป็นไปด้วยความเรียบร้อย และเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมและเกิดประโยชน์แก่ประชาชน ที่ดำเนินธุรกิจการขายทอดตลาดและการค้ำของเก่า จึงมีประวัติความเป็นมาและความหมาย ดังต่อไปนี้

2.1.1 ความเป็นมาของการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า

พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า พุทธศักราช 2474 พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว¹ มีพระบรมราชโองการ

¹ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวเป็นพระมหากษัตริย์สยาม รัชกาลที่ 7 ในราชวงศ์จักรี เสด็จพระราชสมภพเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 11 ปีมะเส็ง เวลา 12.25 น. หรือตรงกับวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2436 เป็นพระราชโอรสพระองค์ที่ 76 ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นพระองค์ที่ 9 ในสมเด็จพระศรีพัชรินทราบรมราชินีนาถ พระบรมราชชนนีพันปีหลวง ขึ้นเสวยราชสมบัติเป็นพระมหากษัตริย์ เมื่อวันที่ 26

คำร่ำไห้ให้มีการตราพระราชบัญญัติ โดยที่ทรงพระราชดำริเห็นสมควรควบคุมกิจการการขายทอดตลาด และค้าของเก่าให้ดีขึ้น จึงโปรดเกล้าให้ตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยให้เรียกว่า “พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474”² และให้ใช้พระราชบัญญัตินี้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 2474 ทรงมีพระราชดำริเห็นสมควรควบคุมกิจการขายทอดตลาดและค้าของเก่าให้ดีขึ้น และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมต่อมาอีกหลายครั้ง โดยเฉพาะพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481³ ได้ปรับปรุงเรื่องการขออนุญาตการขายทอดตลาดและค้าของเก่าให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยบัญญัติให้จัดการขายทอดตลาดแบบไหนที่ได้รับการยกเว้น การค้าของเก่าประเภทใดบ้างที่ได้รับการยกเว้น แก้ไขเพิ่มเติมโดยที่พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2484⁴ ให้แก้ไขวันสิ้นสุดของใบอนุญาตจากวันที่ 31 มีนาคมเป็นวันที่ 31 ธันวาคมของทุกปี แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2495⁵ ได้ปรับปรุงคุณสมบัติผู้ขอใบอนุญาตเสียใหม่ให้ทันสมัยมากขึ้น กำหนดโทษผู้ประกอบอาชีพการขายทอดตลาดและค้าของเก่า กรณีไม่มีใบอนุญาตให้มีโทษปรับสูงขึ้นและให้อำนาจนายตรวจและเจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งเข้าไปตรวจใบอนุญาต สมุดบัญชีและทรัพย์สินในร้านค้าได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535⁶ โดยปรับปรุงบทกำหนดโทษผู้ประกอบอาชีพขายทอดตลาดและค้าของเก่าโดยไม่มีใบอนุญาตจากโทษปรับเป็นโทษจำคุก เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีความเกรงกลัวมากขึ้น และกำหนดโทษสำหรับการกระทำเกี่ยวกับการขายทอดตลาดหรือค้าของเก่าประเภทโบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ ตามกฎหมายว่าด้วยโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ

พฤตศิกายน พ.ศ. 2468 และทรงสละราชสมบัติเมื่อวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2477 (นับศักราชแบบเก่า) รวมดำรงสิริราชสมบัติ 9 ปี เสด็จสวรรคต เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม พ.ศ. 2484 รวมพระชนมพรรษา 47 พรรษา)

² พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474. (2474, 24 พฤษภาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่ม 48, หน้า 72.

³ พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481. (2482, 1 พฤษภาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่ม 56, หน้า 512.

⁴ พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2484. (2484, 5 พฤศจิกายน). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่ม 58, หน้า 1504.

⁵ พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2495. (2495, 9 กันยายน). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่ม 69 (ตอนที่ 54), หน้า 1043.

⁶ พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535. (2535, 4 มีนาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่ม 109 (ตอนที่ 16), หน้า 14.

มีโทษจำคุก เพราะการที่ลักของเก่าประเภทดังกล่าว มาขายให้กับร้านค้าของเก่าเป็นจำนวนมาก เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ ต้องการควบคุมการประกอบอาชีพของประชาชนในสองประเภท คือ อาชีพขายทอดตลาดและอาชีพค้าของเก่าโดยมุ่งควบคุมเฉพาะในภาคเอกชน⁷ เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยการมีกฎหมายออกมาควบคุมเพื่อความเป็นกลางของประชาชน

2.1.2 ความหมายและสาระสำคัญของการขายทอดตลาดและค้าของเก่า

พิจารณาจากความหมายของการขายทอดตลาดแล้วได้มีการให้คำนิยามไว้ ดังนี้

คำว่า “ขายทอดตลาด” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2) พ.ศ. 2556 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ขายทอดตลาด” หมายถึง การขายทรัพย์สินที่กระทำโดยเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไปด้วยวิธีเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อสู้ราคากัน ผู้ใดให้ราคาสูงและผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้ หรือด้วยกริยาอย่างอื่นตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด การซื้อขายย่อมเป็นอันสมบูรณ์⁸

การขายทอดตลาดเป็นการซื้อขายชนิดหนึ่งซึ่งมีวิธีการพิเศษออกไป หมายความว่า เป็นการขายโดยเปิดเผยเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปทำการเสนอซื้อโดยประมูลสู้ราคากัน ผู้ใดให้ราคาสูงสุดโดยปกติก็ได้ทรัพย์สินไป ถ้าไม่มีใครเสนอเข้ามาประมูลสู้ราคากันแล้ว จะไม่เรียกว่าเป็นการขายทอดตลาด ถ้าหากเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปเข้าประมูลสู้ราคาแล้ว แม้จะมีผู้เสนอซื้อเพียงคนเดียว ไม่มีผู้แข่งขันก็ยังถือว่าเป็นการขายทอดตลาด⁹ ในพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 ไม่ได้ให้คำจำกัดความของ คำว่า ขายทอดตลาดไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งจะถือว่าความหมายของ คำว่า “ขายทอดตลาด (Sale by auction)” คือ การขายทอดตลาด ได้แก่ การที่ผู้ขายนำทรัพย์สินออกเสนอขายโดยให้ผู้ซื้อสู้ราคากัน การขายทอดตลาดเป็นการขายโดยเปิดเผย คือ คนขายไม่ได้ติดต่อกับคนซื้อเป็นรายตัวอย่างในสัญญาธรรมดา แต่ได้เปิดการขายโดยให้คนซื้อหลาย ๆ คนแข่งขันประมูลให้ราคา ถ้าใครให้ราคาสูงก็ขายให้ผู้นั้น¹⁰ การขายทอดตลาดจะสมบูรณ์เมื่อผู้ขายทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยการเคาะไม้ หรือด้วยกริยาอย่างใดอย่างหนึ่ง

⁷ กรมการปกครอง. (2555). คู่มือการปฏิบัติงานการตรวจในอำนาจหน้าที่ของพนักงานฝ่ายปกครองตามกฎหมาย ฉบับกรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อสาธาภิษาคินแดน. หน้า 1.

⁸ ราชบัณฑิตยสถาน. (2556). พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พัลลิเคชั่นส์. หน้า 190.

⁹ ประพนธ์ ศาตะมานและไพจิตร บุญญพันธุ์. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 141.

¹⁰ ไพทิต เอกจริยกร. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 259.

แต่ถ้ายังไม่ได้มีการแสดงความตกลงด้วยกิริยาใด ผู้สู้ราคาก็ยังสามารถถอนคำสู้ราคานั้นได้เช่นเดิม

11

การขายทอดตลาดและอาจจะเกิดขึ้นได้ด้วยกัน 2 วิธี คือ

1. มีการขายทอดตลาดตามคำสั่งของศาลหรือคำพิพากษาของศาลหลังจากที่มีการดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาล เช่น ศาลสั่งให้ยึดทรัพย์เพื่อมาชำระหนี้ เจ้าหนี้จำนองขอให้ศาลบังคับจำนองโดยยึดทรัพย์ขายทอดตลาดเพื่อนำมาชำระหนี้แก่ผู้รับจำนอง

2. มีการขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยไม่มีคำสั่งศาล เช่น บรรดาโรงรับจำนำ (Pawnshop) ประกาศขายทอดตลาดทรัพย์สินที่หลุดจำนำ หรือมีการยึดทรัพย์ขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายหรือเจ้าของนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเอง ซึ่งไม่มีกฎหมายห้ามและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ใน มาตรา 1332¹² ในเรื่องของการซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริต

กฎหมายนั้นยังห้ามมิให้ขายเข้าสู่ราคาหรือใช้คนอื่นเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาด เพราะเกรงว่าจะเป็นที่เสียหาย (Victims) แก่ผู้ที่ซื้อเหตุว่าถ้าผู้ขายเห็นว่าเป็นของถูกจะเป็นคนเข้าซื้อเสียเอง หรือบางครั้งที่ผู้ขายอาจจะเป็นคนคอยดันราคาให้ขึ้นสูงให้เข้าใจผิดว่าของที่ขายมีราคาสูง¹³ ตามที่ได้ให้ความหมายไว้ใน มาตรา 512 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความหมายของการขายทอดตลาด มิได้ให้คำจำกัดความไว้อย่างชัดเจน จึงยึดถือเอาความหมาย หลักเกณฑ์ และวิธีการในการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพ 3 หมวดที่ 4 เรื่อง ขายทอดตลาด ตั้งแต่มาตรา 509 ถึงมาตรา 517 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

พิจารณาจากความหมายของการค้าของเก่าแล้วได้มีการให้คำนิยามไว้ ดังนี้

คำว่า “ค้าของเก่า” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2) พ.ศ. 2556 ได้ให้ความหมาย ของ ค้าของเก่า โดยแยกคำออกจากกันระหว่างคำว่า ค้า หรือ ค้าขาย และ คำว่า ของเก่า

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 509 การขายทอดตลาดย่อมบริบูรณ์ เมื่อผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้ หรือด้วยกิริยาอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งตามจารีตประเพณี ในการขายทอดตลาด ถ้ายังมีได้แสดงเช่นนั้นอยู่ครบใด ท่านว่าผู้สู้ราคาจะถอนคำสู้ราคาของตนเสียก็ยังสามารถ

¹² มาตรา 1332 บุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตในการขายทอดตลาดหรือในท้องตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้นไม่จำเป็นต้องคืนให้แก่เจ้าของแท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะขอใช้ราคาที่ซื้อ

¹³ ไพทิต เอกจริยกร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 259-263.

¹⁴ มาตรา 512 ท่านห้ามมิให้ผู้ขายเข้าสู่ราคาเอง หรือใช้ให้ผู้อื่นผู้ใดเข้าสู่ราคาวันแต่จะได้แถลงไว้โดยเฉพาะในคำโฆษณาบอกการทอดตลาดนั้น ว่าผู้ขายถือสิทธิที่จะเข้าสู่ราคาด้วย

คำ หรือ คำขาย หมายถึง ชื่อขายสินค้าหรือบริการ ทำมาหากินในทางซื้อขาย¹⁵
 ของเก่า หมายถึง ของโบราณ ของใช้แล้ว ทรัพย์สินที่เสนอขาย แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย
 โดยประการอื่นอย่างทรัพย์สินที่ใช้แล้ว ทั้งนี้รวมถึงของโบราณด้วย¹⁶

ในส่วนของความหมายของคำว่า “คำของเก่า” ในพระราชบัญญัติควบคุม
 การขายทอดตลาดและคำของเก่า พุทธศักราช 2474 นั้น ไม่ได้มีคำจำกัดความเป็นอย่างตรงตัว
 เป็นการให้คำนิยามอย่างกว้าง ซึ่งคำว่า “ของเก่า” หมายถึง ทรัพย์สินที่เสนอขาย แลกเปลี่ยนหรือ
 จำหน่าย โดยประการอื่นอย่างทรัพย์สินที่ใช้แล้ว และอย่างรวมไปถึงของ โบราณด้วย โดยทรัพย์สิน
 มีความหมายที่ให้อำนาจ หมายถึง วัตถุที่มีรูปร่าง¹⁷ ซึ่งหมายความรวมถึงสิ่งของใด ๆ ที่มีรูปร่างแล้ว
 มีคนนำไปเสนอขาย นำไปแลกเปลี่ยนหรือจำหน่าย โดยประการหนึ่งอย่างทรัพย์สินที่ใช้แล้ว
 ถือว่าเป็นการคำของเก่าทั้งสิ้น รวมถึงกรณีที่เป็นทรัพย์สินใหม่ที่มีการเก็บไว้เป็นเวลานานแล้ว
 นำไปจำหน่ายแบบทรัพย์สินที่ใช้แล้วก็อยู่ในความหมายว่าเป็นของเก่าเช่นกัน¹⁸ และในความหมาย
 ของคำว่า “ของเก่า” ที่ยังพูดถึงในส่วนของของโบราณ ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติโบราณสถาน
 โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504¹⁹ นั้น การคำของเก่าที่เป็นประเภท

¹⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. อังแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 253.

¹⁶ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. อังแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 179.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137

¹⁸ กรมการปกครอง. อังแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 2.

¹⁹ มาตรา 4 “โบราณวัตถุ” หมายความว่า สंहาริมทรัพย์สินที่เป็นของโบราณ ไม่ว่าจะเป็ นสิ่งประดิษฐ์หรือเป็ นสิ่ง
 เกิดขึ้นตามธรรมชาติ หรือที่เป็ นส่วนหนึ่งส่วนใดของโบราณสถาน ซากมนุษย์หรือซากสัตว์ ซึ่งโดยอายุหรือโดย
 ลักษณะแห่งการประดิษฐ์หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของ สंहาริมทรัพย์สินนั้น เป็ นประโยชน์ในทางศิลป
 ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี

“ศิลปวัตถุ” หมายความว่า สิ่งที่ทำด้วยฝีมืออย่างประณีตและมีคุณค่าสูงในทางศิลป

“สิ่งเทียมโบราณวัตถุ” หมายความว่า สิ่งที่ทำเทียม โบราณวัตถุหรือส่วน ของ โบราณวัตถุที่ได้ขึ้น
 ทะเบียนไว้ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือที่อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากร

“สิ่งเทียมศิลปวัตถุ” หมายความว่า สิ่งที่ทำเทียมศิลปวัตถุหรือส่วน ของศิลปวัตถุที่ได้ขึ้น ทะเบียนไว้
 ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือที่อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากร

“ทำเทียม” หมายความว่า เลียนแบบ จำลอง หรือทำเอาอย่างด้วยวิธีการใด ๆ ให้เหมือนหรือคล้ายของจริง
 ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมิขนาด รูปลักษณะ และวัสดุอย่างเดิมหรือไม่

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

“อธิบดี” หมายความว่า อธิบดีกรมศิลปากร

โบราณ หากจะต้องการประกอบอาชีพจะต้องได้รับอนุญาตจากกรมศิลปากรที่จะอนุญาตให้ค้าวัตถุโบราณต่าง ๆ มาประกอบในการขออนุญาตประกอบอาชีพดังกล่าว

2.2 หลักนิติรัฐที่ใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐในการควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า

“นิติรัฐ” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Legal State” ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “État de droit” และภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Rechtsstat” คำว่า “นิติรัฐ” นี้ ได้มีการศึกษาทางวิชาการในปลายทศวรรษที่ 19 และตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 19 ได้มีการใช้คำนี้อย่างแพร่หลาย นิติรัฐในช่วงต้นของศตวรรษที่ 1 หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผล ในศตวรรษที่ 19 นิติรัฐมิได้หมายถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐ แต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการกระทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม²⁰

2.2.1.ความเป็นมาและความหมายของหลักนิติรัฐ

ในความหมายของหลักนิติรัฐได้มีการให้ความหมายไว้อย่างมากมาย แนวความคิดความเห็นของผู้เชี่ยวชาญแตกต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า นิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และ รัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และการประกอบอาชีพ ในฐานะที่รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีเดียวกันก็คือ การที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้นและตราบไคที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ²¹

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้พอสรุปได้ว่าตามแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้นถือว่า แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมายซึ่งมีอยู่ 2 ทฤษฎีหลัก ๆ คือ

²⁰ มานิตย์ จุมปา. (2548). คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 76.

²¹ หยุด แสงอุทัย. (2538). หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 127.

ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจด้วยความสมัครใจ (Auto-limitation)

Ihering²² และ Jellinek เป็นผู้เสนอซึ่งมีหลักว่ารัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้นและกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร

ทฤษฎีนิติรัฐ (État de droit)

Jean-Jacques Rousseau และ Charles De Montesquieu ได้เสนอแนวความคิดไว้เป็นคนแรก และ คาร์ เดอ มัลแบร์ ได้สรุปแนวความคิดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งพอสรุปได้ว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนได้ให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายให้ไว้

ผลที่ตามมาก็คือ จะต้องมีกระบวนการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องควบคุมการกระทำ และนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่ คำพิพากษาและคำสั่งศาลให้ชอบด้วยกฎหมายโดยจะมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย²³

อาร์ คาร์ เดอ มัลแบร์ (R. Carre de Malberb) ได้ให้คำนิยาม “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้ ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ แนวคิดรัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่าวัตถุประสงค์นั้นจะ ทำอย่างไรก็ได้ (Le Fin Justifie Les Moyens) ตรงกันข้ามกับ “นิติรัฐ” (État de Droit หรือ Rechtsstaat) ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อคุ้มครองสถานะปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชน ในสองนัย คือกฎหมายประเภทแรก กำหนดสิทธิและ

²² รูดอล์ฟ ฟอน เฮียร์ริง (Rodolf Von Ihering) นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน ซึ่งเป็นก่อตั้งทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาได้วางหลักพื้นฐานทฤษฎีนี้ว่า กฎหมายเป็นเพียงกลไกหรือวิธีการ (Mean) ที่จะนำไปสู่เป้าหมายที่ต้องการ (End) โดยกฎหมายต้องเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคม และกลไกของกฎหมายมีบทบาทในการสร้างความสมดุล หรือการจัดลำดับชั้นความสำคัญระหว่างประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์ของสังคม

²³ ชาลส์ แซวสคักดี. (2558). คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 22). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 64-65.

เสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด ความเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกันนั้น คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนดลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐ ก็คือฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้อยู่บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้น หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการคือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีมติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้อยู่บังคับได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยไม่สมควรใจ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใดๆ ต่อผู้ใดปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้น จะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชน ผู้อยู่ใต้ปกครอง เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถยื่นเรื่องไปสู่ผู้มีอำนาจ วินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอน การกระทำหรือเปลี่ยนแปลงหรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมาย (Violate the law) ได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมืองและมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไข การใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มิชอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย²⁴

นิติรัฐ หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น พัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัด โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์²⁵

นิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพ

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2548). กฎหมายมหาชน2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 47.

²⁵ สมยศ เชื้อไทย. (2535). คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 127.

ต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีเดียวกันก็คือการที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราใบที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ และโดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์การของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร²⁶

ที่มาของคำว่า “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) นั้นกล่าวถึงครั้งแรกใน ค.ศ. 1798 โดยนักปรัชญาชาวเยอรมัน ชื่อว่า โจฮาน วิลเฮลมป์ พลาซิดัส (John Wilhelm Placidus)²⁷ ที่ใช้คำนี้ เพื่อโต้แย้งแนวคิดเรื่องรัฐตำรวจ หรือรัฐที่ปกครองตามอำเภอใจของผู้ปกครองโดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในเวลาต่อมาแนวคิดเรื่อง นิติรัฐก็ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน หลังจากนั้นช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ต่อดันศตวรรษที่ 20 ฝรั่งเศสได้รับเอาแนวคิดเรื่อง นิติรัฐของเยอรมันเป็นของตน โดยสร้างคำว่า “L’État de Droit” ขึ้นมาเป็นคำแปลของ “Rechtsstaat” ในภาษาฝรั่งเศสแปลว่า รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (State Governed by Law) และเชื่อมโยงกับแนวคิดดั้งเดิมของคนเรื่อง การพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen 1789) ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ที่รับรองว่าสิทธิของบุคคลเป็นสิ่งที่ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ เว้นแต่จะจำกัดเพื่อให้ผู้อื่นได้ใช้เสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน และข้อจำกัดเสรีภาพนี้มีได้ก็แต่ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งหลักการในคำประกาศนี้ได้รับการกล่าวถึงอยู่เสมอว่าเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ

ต่อมาหลักนิติรัฐได้รับการยอมรับจากประเทศอื่น ๆ แล้วยังเป็นระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปด้วย นอกเหนือจากคำว่า “Rechtsstaat” ยังปรากฏใช้คำว่า รัฐแห่งกฎหมายหรือ “Gesetzesstaat” คำว่า รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ หรือ “Verfassungsstaat” หรือศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันก็เคยใช้คำว่า รัฐแห่งความเป็นธรรม หรือ “Gerechtigkeitsstaat” ซึ่งคำว่า “รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ” หมายถึง หลักที่รัฐต้องเคารพรัฐธรรมนูญเป็นใหญ่ ยิ่งไปกว่านั้นในการเน้นเนื้อหาสาระของความเป็นกฎหมายที่ดีกฎหมายเยอรมันจึงเรียกว่าเป็น “รัฐแห่งความชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายแตกต่างจากรัฐตำรวจ (Polizestaat) ในส่วนของความแตกต่างของประเทศในภูมิภาคนี้ คือ รายละเอียดในเรื่องขององค์ประกอบในทางรูปแบบและทางเนื้อหา

²⁶ หยุด แสงอุทัย. อ่างแล้วเชิงรรถที่ 21. หน้า 123-124

²⁷ ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร. (2554). หลักนิติธรรม (Rule of Law). วารสารยุติธรรมคู่ขนาน ศูนย์ศึกษาวิจัยและพัฒนาระบบการยุติธรรมไทยม กระทรวงยุติธรรม, 6 (1), หน้า 9.

ของแต่ละประเทศ กล่าวคือ ในทางรูปแบบมีการพัฒนาหลักการแบ่งแยกอำนาจรวมทั้งเพิ่มเรื่องการตรวจสอบการละเมิดหลักนิติรัฐโดยศาล ซึ่งแต่เดิมเห็นว่าศาลแพ่งและศาลอาญาในระบบเดิมสามารถตรวจสอบเรื่องนี้ได้ แต่ในปัจจุบันในยุโรปเริ่มมีศาลพิเศษที่ดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิของประชาชนเพิ่มขึ้น เช่น ศาลปกครอง (Conseil d' État) ของฝรั่งเศสหรือศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและสวีท อย่างไรก็ตาม ที่อาจจะแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน คือ รัฐธรรมนูญออสเตรียมิได้บัญญัติในเรื่องนิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน หากแต่ถือว่าเป็นหลักการที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งครอบคลุมทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง²⁸

รองศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์ กล่าวว่า นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่าง มีเหตุผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม หมายถึง วิธีการหรือการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม มันคือรูปแบบที่ก่อให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐ หรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวกฎหมาย²⁹

นิติรัฐ หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น พัฒนาคติภาพของตนได้ตามที่แต่ละคน จะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยขอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด³⁰

นิติรัฐ ก็คือ รัฐที่กำหนดเป็นเป้าหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพล (Influence) เข้าไปได้ ในรัฐดังกล่าวนี้ การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น³¹

นิติรัฐ ยังหมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม หมายถึง วิธีการหรือการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม มันคือรูปแบบที่ก่อให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐ หรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวกฎหมาย³²

²⁸ ดิเรก ควรสมาคม. (2552). *กฎหมายมหาชน: แนวประยุกต์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 112.

²⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2537). *พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 92

³⁰ มานิตย์ จุมปา. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20*. หน้า 76.

³¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 157.

³² กมลชัย รัตนสกาวงศ์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 29*. หน้า 92.

นิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในการสำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้ รัฐจึงมีสภาพเป็นกรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้ มีวิธีเดียวกันคือ การที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย โดยเคร่งครัดเท่านั้นและตราใบที่กฎหมายยังให้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ และโดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์การของรัฐ ในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร³³

หลักนิติรัฐในทางทฤษฎีเป็นหลักสำคัญในการปกครองที่ในสังคมนั้นต่างเรียกร้องให้มีให้ปรากฏและบังเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ หลักดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยทั้งในทางลบและในทางบวก กล่าวคือ ในทางลบนั้น เป็นหลักที่ได้แย้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิมของฌอง โบแดง ซึ่งเป็นผู้เรียกอำนาจอธิปไตยในการปกครองว่าอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โดยให้ลักษณะของอำนาจอธิปไตยว่าปราศจากขอบเขตถาวรสูงสุดล้นพ้นและแสดงออกโดยการออกและยกเลิกกฎหมายอำนาจอธิปไตยจึงแบ่งแยกมิได้และเป็นนิรันดร์ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยจึงอยู่เหนือกฎหมาย

โบแดง อธิบายว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Sovereignty belongs to the state) โดย โบแดง ได้คำอธิบายข้อนี้มาจากองค์ประกอบข้อหนึ่งของรัฐที่ว่ารัฐต้องมีอำนาจอธิปไตย ฉะนั้น โบแดง จึงสรุปว่าอำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎร และผู้ใช้อำนาจอธิปไตยได้แก่พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐจึงทรงเป็นรัฐอธิปไตย โบแดง ได้ความคิดนี้มาจากหลัก Res publica ที่จักรพรรดิโรมันเคยประกาศว่าตนมีอำนาจอธิปไตยเป็นเจ้าของรัฐแต่ก็เข้าใจได้ว่ารัฐคือ กษัตริย์อย่างไรก็ตามแม้ว่าองค์อธิปไตยของ โบแดง นี้จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมาย ซึ่งตนเอง ผู้ตราขึ้นก็ตามแต่ องค์อธิปไตยก็ยังคงตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย (Lex) ธรรมชาติกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และหลักทั่วไปของกฎหมายนั้นคือยังคงตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมซึ่งมีแต่ความเที่ยงแท้แน่นอนตลอดจนของสัญญาซึ่งได้ทำไว้กับกษัตริย์ต่างชาติหรือเอกชน

หลักนิติรัฐจึงได้รับการนำมาใช้เพื่อโต้แย้งและจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยและล้นพ้นของพระมหากษัตริย์ ในฐานะที่ทรงเป็นผู้ปกครองแผ่นดินในกรณีดังกล่าว ณ จุดนี้จึงกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐมีความสัมพันธ์กับอำนาจอธิปไตย

³³ หยุด แสงอุทัย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 123-124.

ในขณะที่เกี่ยวกับหลักนิติรัฐมีความสัมพันธ์กับอำนาจอธิปไตยในทางบวก กล่าวคือ หลักนิติรัฐเป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยที่เกิดขึ้นจากการจำกัดอำนาจตนเองของพระมหากษัตริย์ไม่ว่าจะด้วยความยินยอมหรือไม่ก็ตาม และการจำกัดอำนาจรัฐดังกล่าวกระทำโดยกฎหมายของรัฐที่ตราขึ้น โดยประชาชน การจำกัดอำนาจดังกล่าวมีขึ้นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ ดังนั้น กฎหมายของประชาชนจึงเป็นสิ่งที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งก็คือการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ หลักนิติรัฐจึงมีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในอีกมุมหนึ่งก็ปกป้องฝ่ายรัฐด้วยเช่นกัน หลักนิติรัฐจึงไปได้ด้วยการปกครองในระบอบประชาธิปไตย³⁴

2.2.2.แนวคิดและหลักความสำคัญของหลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ให้คำอธิบายแนวความคิดและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐไว้ ดังนี้

แนวคิดของรัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอาจจำแนกสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประการ คือ

1. สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

2. สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

3. สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมืองและสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องชำระรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำเป็นต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำ (Infringement) เข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล่าวร้ายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล่าวร้ายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร³⁵

ศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ได้พูดถึงสาระสำคัญของหลักนิติรัฐโดยพิจารณารูปแบบของหลักนิติรัฐมีหลักสำคัญ ดังต่อไปนี้

³⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2558). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 112-113.

³⁵ ชาญชัย แสวงศักดิ์. *อ่างแล้วจึงอรอด*ที่ 23. หน้า 65.

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐที่แยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ให้สามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกัน เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง หลักการแบ่งแยกอำนาจ หากพิจารณาในด้านภาระหน้าที่ของรัฐ ก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์การตามขอบเขตภาระหน้าที่ (Responsibility) ที่แตกต่างกัน หรือเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล” เป็นการเรียกร้องให้ภาระหน้าที่ของรัฐต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเองที่ไม่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในองค์กรอื่น และกำหนดให้องค์กรอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจ หรือมีสิทธิโต้แย้งคำค้ำอำนาจอื่น หรือสิทธิในการควบคุมตรวจทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ และในแง่ของตัวบุคคลแล้ว จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจ ไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่น โดยสิ้นเชิง

2. หลักกฎหมายตามรูปแบบย่อมผูกมัดอำนาจรัฐเป็นกรณีที่มีการดำเนินการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐต้อง ถูกผูกพัน โดยกฎหมายในฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกมัดโดยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึงบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญทุกบัญญัติ ไม่จำกัดเฉพาะหลักการสำคัญ ๆ ของรัฐธรรมนูญ เท่านั้น ส่วนฝ่ายบริหารรวมทั้งฝ่ายปกครอง ต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมายต่าง ๆ โดยครอบคลุมถึงระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง และจารีตประเพณี (Custom) ต่าง ๆ

3. หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนทางศาลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำอันมิชอบของฝ่ายอำนาจรัฐ เป็นสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานรัฐ เพื่อเรียกร้องให้รับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายทางละเมิด และครอบคลุมถึงสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายมหาชน

4. หลักความมั่นคงของกฎหมายเป็นหลักการที่ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ³⁶

ศาสตราจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้กล่าวถึงสาระสำคัญ (Gravamen) ของหลักนิติรัฐ อยู่ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

1). บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงจรดที่ 34. หน้า 116-117.

2). บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมีความระมัดระวังอย่างชัดเจนพอสมควรว่า ให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขต (Extent) แห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

3). การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ อีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้³⁷

2.2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายในหลักนิติรัฐ

ใน “นิติรัฐ” การกระทำของรัฐทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หรืออธิบายด้วยกฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย นิติรัฐมีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐ และอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชน เป็นสังคมที่ปกครองโดยกฎหมาย หน้าที่ของนิติรัฐ คือ รัฐที่รับใช้ประชาชน ดังนั้น เมื่อมองว่านิติรัฐคือ หลักที่ว่ารัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้น³⁸

หลักความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในนิติรัฐนั้นจะประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก การกระทำขององค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติทางปกครอง หรือทางตุลาการต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และการกระทำเหล่านั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางปกครอง การกระทำทางตุลาการต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่ง เรียกว่า ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ

³⁷ ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 66.

³⁸ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 78.

ประการที่สอง หากองค์กรของรัฐกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนอื่น รัฐจะต้องมีกลไกและกระบวนการที่สามารถทำให้การกระทำนั้นสิ้นผลไป และหากเกิดความเสียหายจะต้องเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย กลไก (Political Machinery) และ กระบวนการเรียกว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ”³⁹

ใน “หลักนิติรัฐ” การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมาย และมีการควบคุมความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐด้วยการควบคุมการกระทำของรัฐให้ชอบด้วยกฎหมายมีวิธีการดังต่อไปนี้

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ

การกระทำทางนิติบัญญัติ คือ การใช้อำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติในนิติรัฐ มีอยู่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ เว้นแต่ที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ต้องออกโดยประชาชนหรือองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน

อนึ่ง หากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีปัญหาว่าฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็จะมีระบบควบคุม เช่น ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดว่ากฎหมายที่ออกนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรืออาจมีการตั้งองค์กรเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นผู้วินิจฉัย (Adjudicate) ก็ได้ หากศาลเห็นว่ากฎหมายที่ออกมานั้นขัดรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นก็ไม่มีผลบังคับตั้งแต่ต้น การกระทำทางนิติบัญญัตินั้นเมื่อไม่ใช้การกระทำทางปกครอง จึงไม่อาจใช้กฎหมายปกครองกับการกระทำทางนิติบัญญัติ และศาลปกครองก็จะไม่มีอำนาจเหนือการกระทำทางนิติบัญญัติด้วย⁴⁰

การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ หมายความว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัตินั้นจะมีเนื้อหา รูปแบบ หรือกระบวนการตรากฎหมายขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งก็คือ ต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญเหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติคงต้องอยู่ใต้รัฐธรรมนูญไปด้วยซึ่งรวมไปถึงการตรากฎหมาย (Legislate) ของฝ่ายนิติบัญญัติ อันเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ เช่น การตรากฎหมายก็จะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นที่ตั้ง การที่จะบัญญัติกฎหมายให้เป็นที่กระทบ

³⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 130-131.

⁴⁰ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 80.

ต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้และจะกระทำได้ในขอบเขตจำกัดเท่านั้น โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงสิทธิเสรีภาพโดยที่กฎหมายไม่ให้อำนาจไว้ก็ถือว่าเป็นการตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและจะมีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศาลยุติธรรมหรือคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี เป็นต้น⁴¹

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ คือ การใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดกรณีต่าง ๆ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการในนิติรัฐ คือ มีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ เพราะตุลาการเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แม้องค์กรตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแต่ในขณะเดียวกันองค์กรตุลาการก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ ตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปตามตัวบทกฎหมาย ในระบบกฎหมายจึงต้องมีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการ การกระทำทางตุลาการนั้น เมื่อไม่ใช่การกระทำทางปกครอง ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับทางกฎหมายปกครอง และไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา (Reconsider) วินิจฉัยการกระทำทางตุลาการ

ในบรรดาสถาบันอำนาจของอำนาจอธิปไตย⁴² อำนาจตุลาการจะเป็นอำนาจที่อิสระมากกว่าองค์กรอื่น เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของตุลาการ เพราะเหตุที่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของบุคคลทั่วไป และองค์กรอื่น ๆ ในรัฐให้เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น องค์กรตุลาการจึงเป็นองค์กรที่สร้างหลักประกันในการให้ความคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม และเห็นผลทางปฏิบัติในการที่ไม่เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่องค์กรตุลาการมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ในขณะเดียวกันการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการนั้นก็ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน หมายความว่าต้องใช้กฎหมายด้วยความเที่ยงธรรม (Virtuous) ปราศจากอคติ (Prejudices) ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีระบบการตรวจสอบควบคุมการกระทำองค์กรตุลาการให้เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับองค์กรอื่น ๆ ด้วย เช่นระบบการมีศาลสามชั้นเพื่อต้องการให้ศาลในชั้นระดับสูงตรวจสอบดูแล้ว ศาลในระดับล่างตัดสินคดีความเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น

⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงจรรยาที่ 34. หน้า 131.

⁴² อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) หมายถึง อำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ ดังนั้น สิ่งอื่นใดจะมีอำนาจยิ่งกว่าหรือขัดต่ออำนาจอธิปไตยหาได้ไม่

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางบริหาร

ฝ่ายบริหารอาจแยกได้เป็น 2 ส่วน คือ รัฐบาลกับฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจเรียกการกระทำของฝ่ายบริหารทั้ง 2 ส่วน ได้ว่า การกระทำของรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง เฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ถ้าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีกระบวนการควบคุม เช่น ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอนและถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เอกชน ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบด้วย หากเป็นปฏิบัติการทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

ฝ่ายบริหารมีสองส่วน ส่วนแรกเป็นส่วนของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นรัฐบาล อีกส่วนหนึ่งนั้นเป็นส่วนของฝ่ายปกครอง การกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นรัฐบาลนั้น เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (l'acte De Gouvernement, Government Act) ซึ่งจะไม่ถูกควบคุมโดยศาล แต่จะถูกควบคุมทางการเมืองมากกว่า เช่น การตั้งกระทู้ถาม การลงมติไม่ไว้วางใจ ส่วนการกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับราษฎร ซึ่งศาลปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบ เมื่อกล่าวถึงฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้นจะมีปฏิสัมพันธ์กับประชาชนมากที่สุดเพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้รับนโยบายจากฝ่ายบริหารลงมาปฏิบัติการและปฏิบัติการดังกล่าวนั้นก็จะต้องมีการสัมพันธ์กับประชาชน ดังนั้น ในความสัมพันธ์ (Relation) ดังกล่าวก็อาจมีการกระทบกระทั่งและอาจก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวคิดว่าการกระทำทางปกครอง (l'acte Administratif, Administrative Act) ของฝ่ายปกครองนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ซึ่งก็หมายความว่าต้องมีการควบคุมฝ่ายปกครองหรือควบคุมการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นกรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครองหรือผู้ใช้อำนาจเหนือประชาชนจะต้องมีกรอบขอบเขตการใช้อำนาจ มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีการคานและดุลการใช้อำนาจรัฐและต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด

ด้วยเหตุดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยอยู่ภายใต้กรอบและวิธีการที่กฎหมายกำหนดการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนด และหากการใช้อำนาจนั้นส่งผลให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย แสดงว่าการใช้อำนาจดังกล่าวขัดต่อกฎหมายและหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง นิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย คำว่า กฎหมาย ในที่นี้ส่วนใหญ่หมายถึง กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่กฎหมายของ ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่หมายรวมถึงถึงกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) ประกาศ ข้อบังคับต่าง ๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์เหล่านี้ ต่างมีฐานมาจากพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติทั้งสิ้น ดังนั้น ในคำรากฎหมาย บางเล่ม จึงอธิบายว่า คำว่า กฎหมาย หมายความว่าถึงแต่เฉพาะกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (ตราขึ้นโดยรัฐสภา) ดังนั้น ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย คำว่า กฎหมาย จึงหมายความว่าถึง กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบอำนาจมาจาก ฝ่ายนิติบัญญัติด้วย⁴³

2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

ในการศึกษาแนวคิดและทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องในเรื่องที่เกี่ยวกับการควบคุม การขายทอดตลาดและค่าของเก่า ที่เกี่ยวเนื่องด้วยการกระทำทางปกครอง จะศึกษาในเรื่องเกี่ยวกับ ความหมายของการกระทำทางปกครอง หลักการพื้นฐานสำคัญของการกระทำทางปกครอง รูปแบบของการกระทำทางปกครองและ หลักความชอบด้วยการกระทำทางปกครอง ซึ่งจะมีรายละเอียดที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

2.3.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะต้องมือเครื่องมือ ที่ตนจะต้องใช้เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครองบรรลุผลลงได้ เครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการนั้น ปรากฏเป็นรูปแบบและ ประเภทต่าง ๆ ของการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากภารกิจในการปกครองมีความหลากหลายมาก รูปแบบ และประเภทของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงหลากหลายตามไปด้วย⁴⁴

การกระทำทางปกครองเป็นการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการ สาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน และเป็นการกระทำเพื่อรักษาหรือคุ้มครอง

⁴³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 131.

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549.). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 65.

ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ของส่วนรวม⁴⁵ ซึ่งฝ่ายปกครองหมายถึงองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจมหาชนจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ⁴⁶ มีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการ⁴⁷ โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางปกครองและเป็นหน่วยซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรีนั้น จะต้องปฏิบัติราชการหรือปฏิบัติงานตามนโยบาย คำสั่ง ตลอดจนคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีและมีหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ (King) ทรงตราขึ้นตามคำแนะนำ และยินยอมของรัฐสภา งานของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายอย่างยิ่งตั้งแต่การรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ การกำกับควบคุมทิศทางทางเศรษฐกิจ การจัดการเกี่ยวกับสิ่งสาธารณูป (Public Utility) โภคภัณฑ์หลายทั้งปวง การจัดการศึกษาและทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรมไปจนกระทั่งถึงการสังคมสงเคราะห์ ตลอดจนให้การช่วยเหลือผู้ด้อยโอกาสในสังคม อาจกล่าวได้ว่าการกระทำของรัฐบาลในการวางนโยบายต่างๆ เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินเป็นการกระทำในลักษณะของการอำนาจการ ในขณะที่การกระทำของบรรดาองค์กรหน้าที่ของรัฐในฝ่ายปกครองซึ่งโดยหลักแล้วคือฝ่ายประจํา นั้น มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายตลอดจนนโยบายของรัฐบาล⁴⁸

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ การกระทำทางปกครอง เอาไว้ว่าคือ ผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง แต่หลักดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นอยู่บ้างเหมือนกัน⁴⁹

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า การกระทำทางปกครอง นั้น ในทางกฎหมายสามารถแยกออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ในลักษณะที่เป็นนิติกรรม และ ในลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ

การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมนั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐ

⁴⁵ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2541). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 15.

⁴⁶ สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2551). *คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 201.

⁴⁷ ประยูร กาญจนกุล. (2523). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 79.

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. (2555). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 209.

⁴⁹ ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 22)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 278.

หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชน⁵⁰

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับฝ่ายปกครองว่า ในการปกครอง จำต้องมืองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ ซึ่งเรียกว่า รัฐบาล (Government) รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนทางการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคนตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวันโดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า บริการสาธารณะ

ถึงแม้จะมีความพยายามในการให้ความหมาย “ฝ่ายปกครอง” ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ก็ยังไม่สามารถให้ความหมายฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาถึงฝ่ายปกครอง ในที่นี้พยายามจะให้ความหมายฝ่ายปกครองในแง่ของการจัดองค์กรโดยเริ่มต้นจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้แยกอำนาจออกเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการในกรณีขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ ไม่มีปัญหาในเรื่องการจัดการ เนื่องจากลักษณะทั้งสองมีความชัดเจนในแง่ของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรตุลาการหรือไม่ องค์กรที่ค่อนข้างมีปัญหาในการพิจารณา คือ องค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งในส่วนขององค์กรฝ่ายบริหารอาจจำแนกออกเป็นรัฐบาล และฝ่ายปกครอง⁵¹

การกระทำทางปกครองมีลักษณะหลากหลายมาก เพราะการกระทำทางกฎหมายทั้งหมด อาจเป็นการกระทำทางแพ่ง หรือทางปกครองหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเกินหรือปราศจากอำนาจ การกระทำนั้นต้องถูกยกเลิกเพิกถอน และถ้ามีผู้เสียหายเขาก็อาจจะฟ้องร้องขอให้ลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาหรือให้ใช้คำสั่งใหม่ทดแทนทางแพ่งด้วยก็ได้

การกระทำทางปกครอง (Administrative Act : Acte Administratif) เป็นผลผลิตของการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายขององค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง⁵² และเป็นการกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งที่ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมอันมีลักษณะเป็นงานประจำนั้นต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบ

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 283.

⁵¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 11-14.

⁵² ณัฐพล คำภีระ. (2554). การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 16.

ด้วยกฎหมาย เช่น การตราพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง การออกคำสั่งลงโทษทางวินัย ข้าราชการ การทำสัญญาจ้างเอกชนก่อสร้างถนนสาธารณะ การรื้อถอนอาคารโดยเจ้าพนักงานควบคุมอาคาร เป็นต้น⁵³

โดยรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้ให้ความหมายของการกระทำทางปกครองแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ การนิยามเชิงปฏิเสธของการกระทำทางปกครอง และการนิยามในเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง

1. การนิยามเชิงปฏิเสธของการกระทำทางปกครอง (Negative Definition)

การกระทำของรัฐที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการแต่เป็นอำนาจในฝ่ายบริหารนั่นเอง ทั้งมีฝ่ายการเมือง (คณะรัฐมนตรี) และฝ่ายปฏิบัติการ (ข้าราชการประจำ) ซึ่งเป็นฝ่ายปกครองโดยแท้

การกระทำทางการเมืองจัดอยู่ในองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารเช่นเดียวกับฝ่ายปกครอง แต่จะต้องดำเนินไปภายใต้ขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญหากฝ่ายนิติบัญญัตินำเอาเรื่องใดไปบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว และไม่มีกฎหมายให้ดุลยพินิจไว้ ฝ่ายการเมืองจะเข้าไปแทรกแซง ข้าราชการประจำซึ่งจะเป็นฝ่ายปฏิบัติการไม่ได้⁵⁴

2. การนิยามในเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง (Positive definition) จะต้องศึกษาจากลักษณะของการกระทำทางปกครองดังนี้

2.1 การกระทำทางปกครอง คือ การกระทำที่รัฐเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชน เช่น มีมาตรการต่าง ๆ มีคำสั่งหรือวางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในสังคมทำให้ประชาชนผู้รับคำสั่งนั้น ๆ จะต้องปฏิบัติตาม

2.2 มีการกระทำบางอย่างที่ให้ผลประโยชน์แก่ประชาชน เช่น การช่วยเหลือผู้ประสบอุบัติเหตุ ให้ทุนการศึกษา หรือให้เงินกู้เพื่อการศึกษา เป็นต้น

2.3 การกระทำทางปกครองในลักษณะการวางแผน เช่น การตัดถนน สร้างสนามบิน คลองส่งน้ำ สร้างทางด่วน ซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งการกระทบสิทธิและให้ผลประโยชน์แก่ประชาชน เป็นลักษณะของการวางแผน แต่เมื่อนำแผนดังกล่าวไปปฏิบัติก็จะอยู่ในลักษณะของข้อ 1⁵⁵

การกระทำทางปกครองโดยแท้ คือ การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเหนือประชาชน และใช้อำนาจนั้นสั่งการมากระทบสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชนภายใต้ขอบเขตของ

⁵³ สุรียา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2554). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 24.

⁵⁴ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. *อ้างแล้ว*เชิงบรรณที่ 29. หน้า 26.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 26- 28.

กฎหมายมหาชน ฉะนั้นถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง ไม่มีอำนาจเหนือก็มีอำนาจทางฝ่ายปกครอง แต่จะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง

การออกคำสั่ง การเก็บภาษี (Tax) การออกใบอนุญาต ฯลฯ เป็นการใช้อำนาจของรัฐที่อยู่เหนือประชาชน ดังนั้นจึงมีลักษณะในทางปกครอง แต่ถ้าอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค “เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง” มิใช่ “การกระทำในทางปกครอง” ถ้าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่งเกิดการผิดสัญญาเป็นคดีแพ่ง ต้องฟ้องยังศาลยุติธรรม (Court of Justice) แต่ถ้าเป็นการกำหนดไว้ในคำสั่ง การจะเป็นการกระทำในทางปกครองคือมีอำนาจเหนือโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในคำสั่ง การจะเป็นการกระทำในทางปกครองถ้าเกิดการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครองจะไม่ฟ้องศาล แต่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจตามกฎหมายไปบังคับให้ปฏิบัติได้ เช่นคดีสั่งให้รื้อถอนอาคาร ถ้าไม่รื้อถอนตามกำหนดเวลาเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจเข้าดำเนินการรื้อถอนเองได้

2.3.2 หลักการพื้นฐานสำคัญของการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในนิติรัฐนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง หลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครองที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นหลักการที่นอกจากจะสกัดออกมาจากบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายปกครองระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ แล้ว ยังเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นการยอมรับกัน ในประเทศที่เจริญก้าวหน้าในทางกฎหมายปกครอง ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย⁵⁶

หลักพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการกระทำทางปกครองจะประกอบไปด้วยดังต่อไปนี้ คือ

1. หลักความพอสมควรแก่เหตุ

การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำทำให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์

⁵⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 29.

สาธยายหลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้ปรากฏตัวในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังเผยตัวให้เห็นในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอย่างชัดเจนด้วย แต่แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Written law)⁵⁷ ฉบับใดไม่ได้ทำให้หลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏตัวอย่างชัดเจน ก็ไม่ได้หมายความว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ โดยละเลยหลักการดังกล่าวนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง โดยเหตุที่หลักความพอสมควรแก่เหตุ จึงเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับเสมอไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม ในการพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องมือทางกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้และวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้น เครื่องมือทางกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ก็คือ มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นซึ่งอาจเป็น “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “กฎ” ก็ได้ ส่วนวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้นย่อมจะเห็นได้จากบริบทของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นประกอบกับมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้เอง⁵⁸

2. หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง

โดยเหตุที่การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครอง กำหนดกฎเกณฑ์ให้ปัจเจกชน (Individual) ต้องปฏิบัติตามการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ยึดถือได้จากปัจเจกชนผู้ตกอยู่ใต้อำนาจปกครอง ความชัดเจนแน่นอนตลอดจนความคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง ถือเป็นสาระัตถะ⁵⁹ ที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 อย่างไรก็ตามระดับความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครองนั้น อาจแตกต่างกันออกไปตามสภาพของการกระทำทางปกครอง แม้กระนั้นเราอาจกล่าวเป็นหลักการทั่วไปได้ว่า

⁵⁷ กฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ กฎหมายซึ่งมีการจัดบันทึกเป็นตัวหนังสือ (ต่างจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณี) ที่กำหนดโดยสภานิติบัญญัติ (ต่างจากกฎหมายที่เป็นระเบียบข้อบังคับซึ่งฝ่ายบริหารประกาศใช้ หรือคอมมอนลอว์ของฝ่ายตุลาการ) หรือผู้บัญญัติกฎหมายในกรณีสมบูรณาญาสิทธิราช บทกฎหมาย (Statute) อาจกำเนิดขึ้นจากสภานิติบัญญัติระดับชาติ รัฐ หรือเทศบาลท้องถิ่นก็ได้ กฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่รองกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญของแผ่นดิน

⁵⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 44. หน้า 29-31.

⁵⁹ สาระัตถะ (Essence) คือ คุณลักษณะหรือภาวะอันเป็นเนื้อแท้ ซึ่งทำให้สิ่งหนึ่ง ๆ เป็นตัวของตัวเอง แตกต่างจากสิ่งอื่น ๆ คตินิยมที่ยอมรับว่าสาระัตถะมีอยู่จริง เรียกว่า สาระัตถนิยม แต่ละคตินิยมมีทัศนะเกี่ยวกับสาระัตถะของมนุษย์ต่างกันไป นักเหตุผลนิยมถือว่า ความมีเหตุผลเป็นสาระัตถะของมนุษย์ อัตถิภาวนิยมว่าเป็นเสรีภาพ บางศาสนาถือว่าเป็นวิญญาณ เป็นต้น

ยิ่งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการล่วงล้ำสิทธิ หรือสร้างภาระให้แก่อำนาจประชาชนมากเท่าใด องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดเนื้อหาของกฎเกณฑ์ให้ชัดเจน แน่นอนยิ่งขึ้นเท่านั้น

3. หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 รับรองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคล ในการดำเนินการทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจหลุดพ้นความผูกพันตามหลักความเสมอภาคไปได้ โดยเหตุที่สิทธิในความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิดังกล่าวจึงผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งหลายทั้งปวง โดยเหตุที่ใช้สิทธิในความเสมอภาคมีลักษณะเป็นนามธรรมสูง กรณีจึงอาจมีปัญหาที่ต้องพิจารณา ห้อยู่เสมอว่าการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นการกระทำที่กระทบสิทธิในความเสมอภาค (Democracy) หรือไม่ หลักการเบื้องต้นในเรื่องดังกล่าวก็คือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันโดยอำเภอใจไม่ได้ หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันโดยอำเภอใจก็ไม่ได้เช่นกัน การปฏิบัติโดยอำเภอใจ หรือการเลือกปฏิบัติ หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหา “เกณฑ์แห่งความแตกต่าง” อันมีน้ำหนักสำคัญระหว่างสิ่งสองสิ่ง หรือหลายสิ่งมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้⁶⁰

4. หลักสุจริตและหลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ

ในระบบกฎหมายไทย หลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ส่วนหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 แม้หลักการทั้งสองประการดังกล่าว จะได้รับการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ตามแต่อันที่จริงแล้วหลักการทั้งสองประการข้างต้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย หากพิเคราะห์จากหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว เราย่อมสืบสาวทั้งหลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบออกจากหลักนิติรัฐได้ ด้วยเหตุนี้ในการใช้อำนาจทางปกครอง หรืออำนาจมหาชน ในลักษณะอื่นใด องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมต้องใช้อำนาจโดยสุจริต การบิดเบือน (Distort) การใช้อำนาจ หรือการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการกั่นกั้นแก่บุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

⁶⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 44. หน้า 36-38.

หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบนอกจากจะผูกพันองค์กรฝ่ายปกครองแล้ว ยังผูกพันราษฎรที่เข้ามามีปฏิสัมพันธ์กับรัฐด้วย ราษฎรคนใดกระทำการโดยไม่สุจริต รัฐย่อมไม่คุ้มครองประโยชน์ที่ราษฎรนั้นได้จากการกระทำโดยไม่สุจริตนั้น

5. หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นหลักในทางกฎหมายที่กำหนดว่า บังเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐย่อมสามารถเชื่อมั่น (Confidence) ในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐและความเชื่อมั่นดังกล่าวนี้จะต้องได้รับการคุ้มครอง (Protection) ในกฎหมายปกครอง หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นหลักการที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการกำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกไปนั้น หากเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์กับบุคคลผู้รับคำสั่งแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นได้หรือไม่ในเงื่อนไขเช่นใดหากพิเคราะห์ลงไป ในรายละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจมีผลสนับสนุนความมั่นคง (Security) แน่นอนแห่งนิติฐานะหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคล อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวอาจขัดแย้งกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ เช่น ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง หากผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต กรณีย่อมมีปัญหาให้ต้องพิเคราะห์ว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่หากถือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอย่างเคร่งครัดแล้ว ย่อมจะต้องตอบว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขสิ่งที่ผิดพลาดให้เป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งหมายความว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่หากพิจารณาในแง่มุมมองของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าว ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมจะต้องคัดค้านการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตน โดยอ้างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับ โดยเหตุที่หลักการทั้งสองประการดังกล่าวเป็นหลักการที่มีน้ำหนักใกล้เคียงกัน ในการดำเนินงานทางปกครององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวไว้เสมอ โดยปกติแล้วหากเป็นเรื่องคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยอมอาศัยกฎหมายที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครองฯ มาตรา 51⁶¹ และ มาตรา 52⁶² ในการแก้ปัญหาได้แต่แม้การกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดปัญหาไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง หรือเป็นคำสั่งทางปกครองแต่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการออกคำสั่งไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจตัดสินใจออกคำสั่งต้องนำเอาหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยสั่งการ ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ⁶³

6. หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะ (Public purpose) เป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักการในทางกฎหมายปกครองที่เรียกว่า ให้อำนาจการกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ นั้น เป็นหลักการที่อธิบายได้จากการยอมรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งปรากฏเป็นอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐไทยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในระบอบประชาธิปไตย การกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวงเพื่อสันติสุขและความดีงามร่วมกัน หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักการสำคัญ

⁶¹ มาตรา 51 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น กับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ความเชื่อโดยสุจริตตามวรรคหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี

ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้

(1) ผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

ฯลฯ

ฯลฯ

⁶² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 52 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 51 อาจถูกเพิกถอนทั้งหมด หรือบางส่วนได้แต่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย เนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำความในมาตรา 51 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการ เพิกถอนนั้น

ค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรานี้จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน

⁶³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 44. หน้า 39-40.

ในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย (Constructive) ดังนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ออกคำสั่งให้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากปรากฏชัดว่าการเวนคืนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์คนใดคนหนึ่งได้ประโยชน์ไม่ปรากฏว่าสาธารณชนจะได้ประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น คำสั่งเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม มีข้อพึงระวังว่าการกระทำทางปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะนั้น อาจจะเป็นการกระทำที่ให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งพร้อมกันไปด้วยได้ เช่น การที่รัฐให้ทุนการศึกษาหรือให้เงินอุดหนุนเกษตรกร กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าองค์กรฝ่ายปกครองมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในการดำเนินการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ (Legal relation) ทางปกครองต่าง ๆ เงื่อนไขในการดำเนินการดังกล่าว ก็คือ องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าการกระทำของตนนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไร

2.3.3 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือ ที่ตนจะต้องใช้เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครองบรรลุผลได้ เครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการนั้น ปรากฏเป็นรูปแบบและประเภทต่าง ๆ ของการกระทำฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากภารกิจในการปกครองมีความหลากหลายมาก รูปแบบและประเภทของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงหลากหลายตามไปด้วย การกระทำทางปกครองในทางกฎหมายอาจจำแนกรูปแบบของการกระทำได้เป็น 4 รูปแบบ คือ

1. นิติกรรมทางปกครอง
2. คำสั่งทั่วไปทางปกครอง
3. ปฏิบัติการทางปกครอง
4. สัญญาทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง (Juristic act) คือ สิ่งที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปแล้ว ให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครอง ผู้กระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน โดยมีการแสดงเจตนาคล้ายกับกฎหมายแพ่ง ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองจริง ๆ แล้ว จะต้องมีการตรวจสอบด้วยว่า นิติกรรมนั้น ๆ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ชอบ จะยกเลิกเพิกถอนอย่างไร

ความหมายของคำว่า นิติกรรมทางปกครอง ตามกฎหมายของเยอรมันสาระสำคัญอยู่ที่การกระทำ ซึ่งอาจออกมาในรูปของวาจา หรือลายลักษณ์อักษร รวมทั้งมาตรการต่าง ๆ

ที่ฝ่ายปกครองเอามาใช้กับประชาชน เช่น มาตรการล็อคล้อรถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด มาตรการ
 สลายการชุมนุมประท้วงที่ผิดกฎหมาย เป็นต้น⁶⁴

นิติกรรมทางปกครอง หรือ เรียกกันในกฎหมายว่า คำสั่งทางปกครอง โดยลักษณะแล้ว
 เป็นการกระทำทางปกครองที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนา ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
 ที่มุ่ง จะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจ
 ที่เหนือกว่า⁶⁵

รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั้น มีความหมาย
 อย่างกว้าง ความหมายอย่างกลาง และความหมายอย่างแคบ⁶⁶ ดังนี้

ในความหมายอย่างกว้าง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็น
 นิติกรรมทั้งหมดโดยรวมทั้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวและนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย คือ
 สัญญาทางปกครองด้วย

ในความหมายอย่างกลาง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็น
 นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวโดยหมายความรวมถึงกฎหมายลำดับรองด้วย แต่ไม่หมายความ
 รวมถึงสัญญาทางปกครอง

ในความหมายอย่างแคบ “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็น
 นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้น โดยไม่หมายความรวมถึงนิติกรรม
 ทางปกครองฝ่ายเดียวมีลักษณะทั่วไปด้วย⁶⁷

ลักษณะของนิติกรรมทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศวตพิชญ์ อธิบายว่า นิติกรรมทางปกครอง มีลักษณะสำคัญ
 อยู่ 4 ประการประกอบกันดังต่อไปนี้

1. เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ฯลฯ ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจ
 ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติแทน และในนามขององค์กร
 ดังกล่าวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่ง หรือคณะบุคคลคณะหนึ่ง

2. เจตนาที่องค์กรดังกล่าวแสดงให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่ง
 ต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้น จึงไม่รวมถึงการที่องค์กร
 ดังกล่าวประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือเพียงแต่ขอความร่วมมือหรือ

⁶⁴ กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 36-37.

⁶⁵ มานิตย์ จุมปา. (2546). คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 331.

⁶⁶ สมยศ เชื้อไทย. (2530). การกระทำทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์, 17(3), หน้า 62-71.

⁶⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 284.

เดือนให้บุคคลหรือคณะบุคคลกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ขอให้จำหน่ายสุราในวันธรรมสวนะ หรือเดือนให้ยื่นคำขอต่อใบอนุญาต เป็นต้น

3. ผลทางกฎหมายที่องค์กรดังกล่าวประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนนั้น คือ การสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจหรือมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลจึงย่อมมีผลเป็นการก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งหรือเลื่อนชั้น (Upgrade) เงินเดือนให้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา หรือการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคารย่อมมีผลเป็นการสร้างสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่ผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าว

4. นิติสัมพันธ์ดังกล่าวข้างต้น ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนแสดงออกมาแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม (Consent) แต่อย่างใด⁶⁸

จากลักษณะดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่า “นิติกรรมทางปกครองนั้น” ย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเสมอ⁶⁹

นิติกรรมทางปกครองเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับ ดังเช่น พระราชบัญญัติแทน และในนามขององค์กรดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือคณะบุคคลคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมาย อันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างองค์กรกับบุคคลนั้น หรือคณะบุคคล โดยที่บุคคลนั้น หรือคณะบุคคลนั้น ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม ลักษณะสำคัญนิติกรรมทางปกครองมี 4 ประการ ได้แก่

(1) การกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่น พระราชบัญญัติเพื่อเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลภายนอก (Stranger)

(2) มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย

(3) เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการ หรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งและมีผลเป็นการก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของ บุคคลที่เป็น คู่กรณี เช่น

⁶⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). การกระทำทางปกครองเอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 1. ม.ป.ท. หน้า 14.

⁶⁹ ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ่างแล่นเชิงอรธที่ 49. หน้า 286.

ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้ง หรือเลื่อนชั้นเงินเดือนให้แก่ผู้บังคับบัญชา หรือเจ้าพนักงาน ท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร ซึ่งมีผลเป็นการสร้างสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่ผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าว

(4) เป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม จากผู้รับการแสดงเจตนาแต่อย่างใด

คำสั่งทั่วไปทางปกครอง

คำสั่งทั่วไปทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง (Specific) แต่ไม่ระบุผู้รับคำสั่งไว้ เช่น สัญญาณไฟจราจร (Stoplight) เป็นคำสั่งในเรื่องจราจรโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่ระบุว่าใครผู้ใดต้องอยู่ภายใต้คำสั่งนี้ แต่ผู้ที่อยู่ในทางที่ได้รับสัญญาณไม่ว่าจะเป็นใครก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนี้

โดยลักษณะแล้วคำสั่งทั่วไปทางปกครองไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองโดยสภาพ เพราะไม่มีการเจาะจงตัวผู้รับคำสั่ง แต่กฎหมายให้ถือว่าคำสั่งทั่วไปทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่งด้วย เพราะมีหลักเกณฑ์ (Rule) ในการพิจารณาหลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกันกับนิติกรรมทางปกครอง⁷⁰

คำสั่งทั่วไปทางปกครองมีลักษณะกำกวม ว่าจะเป็นนิติกรรมทางปกครองก็ไม่ใช่ ว่าจะเป็นกฎหมายก็ไม่เชิง และก็เพราะว่ามีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า

คำสั่งทั่วไปมีลักษณะผสม คือ ไม่มีการเจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้าแต่เป็นกรณีเฉพาะราย เช่น ป้ายจราจร ป้ายเหล่านี้ไม่ใช่กฎหมาย เพราะไม่ได้บอกว่าจะใช้กับนายดำ นายแดง แต่เป็นการห้ามโดยทั่วไปสำหรับบุคคลที่อยู่บริเวณนั้น รวมทั้งตำรวจจราจรด้วย เพราะฉะนั้นป้ายจราจรจึงไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งทั่วไป เพราะมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่อง แต่ไม่ระบุตัวบุคคล เมื่อใครมาพบต้องปฏิบัติตามในทางกฎหมายปกครอง คำสั่งทั่วไปจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองในตัวเอง แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทั่วไปในทางปกครอง ฯลฯ เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง⁷¹

คำสั่งทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองที่สำคัญที่สุดมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครองสั่งการฝ่ายเดียวไปยังผู้รับคำสั่ง โดยการสั่งการนั้นมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ผู้รับคำสั่งกระทำการงดเว้นกระทำการยอมให้บุคคลอื่นกระทำการ โดยจะไม่เข้าขัดขวางหรือ

⁷⁰ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 331-332.

⁷¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 40-41.

มีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง โดยการสั่งการดังกล่าวเป็นการสั่งการที่มีผลเฉพาะราย และมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองคำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนา ในทางกฎหมายมหาชน ไม่ใช่การกระทำในทางข้อเท็จจริง ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครอง เช่น ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานบริการ คำสั่งแปลงสัญชาติ คำสั่งอนุมัติปริญญาบัตร คำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร คำสั่งอนุญาตให้จำหน่ายยา เป็นต้น ซึ่งคำสั่งทางปกครองนั้น อาจแยกออกได้เป็นหลายประเภท ดังนี้

1.1) คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย (Acts Individuels) คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ โดยสภาพแล้วจะขาดซึ่งคุณลักษณะทุกประการของความเป็น “กฎ” บังคับการทั่วไปทั้งบุคคลและกรณีการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งออกไปยังกรณีที่จะต้องเป็นการแจ้งให้ทราบ ไม่ใช่เป็นการประกาศโฆษณา กับทั้งจะต้องมีผลบังคับกับบุคคลเฉพาะราย ระบุตัวระบุชื่อได้ เช่น การบรรจุแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการ การอนุญาตบุคคลคนหนึ่งให้กระทำการหนึ่งกระทำการใด เป็นต้น อย่างไรก็ตามในการบรรจุแต่งตั้งก็ การอนุญาตก็ดี อาจจะปรากฏออกมาในรูปคำสั่งทางปกครองเฉพาะรายหลายคำสั่งได้ หากเป็นการบรรจุแต่งตั้งบุคคลหลายคนในคราวเดียวกัน แต่คำสั่งทางปกครองเฉพาะรายหลายคำสั่งในคราวเดียวกันสำหรับกรณีนี้ก็ไม่เข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองรวมกลุ่ม (Actes Collectifs) ไปได้ เพราะว่าขาดลักษณะผลประโยชน์ได้เสียร่วมกัน ของบรรดากรณีผู้รับคำสั่ง โดยคำสั่งทางปกครองหลายคำสั่งเหล่านี้จึงต่างแยกออกมาได้เป็นคำสั่งเฉพาะของแต่ละบุคคลผู้รับคำสั่งได้อย่างเห็นได้ชัด แม้ว่าคำสั่งทั้งหลายเหล่านั้น จะออกมาในคราวเดียวกันก็ตาม

1.2) คำสั่งทางปกครองรวมกลุ่ม (Actes Collectifs) คำสั่งทางปกครองประเภทนี้มีผลบังคับเฉพาะรายในแต่ละบุคคลผู้รับคำสั่งไปเป็นการออกคำสั่งเฉพาะรายหลายคำสั่งในคราวเดียวกัน แต่คำสั่งเฉพาะรายทั้งหลายเหล่านั้นต่างมีผลกระทบซึ่งกันและกันอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ ด้วยว่าคำสั่งทั้งหลายเหล่านั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ได้เสียร่วมกันอย่างแยกจากกันมิได้ในสถานการณ์นั้น ๆ เช่น การประกาศผลการสอบแข่งขันบรรจุแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการ การประกาศผลสอบแข่งขันเช่นนี้ จะประกาศไปตามลำดับคะแนนสูงต่ำเรียงจากมากไปหาน้อย บุคคลที่ทำคะแนนได้สูงย่อมมีสิทธิได้รับการบรรจุแต่งตั้งก่อนบุคคลที่ทำคะแนนได้น้อยกว่า เป็นต้น⁷²

กฎ เป็นกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายปกครองตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท

⁷² วิญญู วรวิญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ และเจตน์ สดาวรศิลป์พร. (2551). ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 190-191.

เพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท โดยมีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ลักษณะที่สำคัญของกฎ คือ บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท

ปฏิบัติการทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ไว้ว่า หมายถึงการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่น พระราชบัญญัติแทน และในนามขององค์กรดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นไม่ใช่ “นิติกรรมทางปกครอง” กล่าวคือ การกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของ “นิติกรรมทางปกครอง” ดังกล่าวข้างต้น⁷³

สำหรับปฏิบัติการทางปกครอง หรือการกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครอง คือ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติแทน และในนามขององค์กรดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ การกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของนิติกรรมทางปกครองจึง ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของบุคคลแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำในทางกายภาพทั่ว ๆ ไป เช่น การซ่อมถนน การเดินสายทำเครื่องหมายจราจร การติดตั้งเครื่องมือของฝ่ายปกครอง การส่งเอกสารและการรื้อถอนสิ่งก่อสร้าง หรือสิ่งปลูกสร้างใด ๆ เป็นต้น โดยการกระทำทางปฏิบัติการของฝ่ายปกครองนั้น อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง แต่ไม่สามารถดำเนินคดีเพื่อขอให้เพิกถอนการปฏิบัติการนั้นได้เพราะการกระทำทางปฏิบัติการนั้น ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่จะให้มีการเพิกถอน โดยสภาพแล้วการกระทำดังกล่าว ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ การปฏิบัติการนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหาย (Injury) ทางด้านวัตถุอย่างเดียวแต่อาจเป็น ความผิดฐานละเมิดได้ ดังนั้น การเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง จึงเป็นเรื่องของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งไม่ใช่เรื่องของการเพิกถอนการกระทำนั้น ๆ

ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพเข้าไปดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เช่น เจ้าหน้าที่กรมโรงงานออกตรวจโรงงาน หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ (Plenipotentiary) ตามกฎหมายควบคุมอาคารรื้อถอนอาคารที่สร้างผิดแบบ เป็นต้น ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงมีการเคลื่อนไหวร่างกายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งหมายปฏิบัติงาน

⁷³ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงจรดที่ 68. หน้า 19.

ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนให้สำเร็จต่างไปจากนิติกรรมทางปกครองที่เป็นการแสดงเจตนาอันมีลักษณะเป็นนิติกรรม

นิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครองมีความเชื่อมโยงกัน โดยนิติกรรมทางปกครองนำไปสู่ปฏิบัติการทางปกครองได้ เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรืออาคารที่ก่อสร้างผิดแบบ คำสั่งนี้เป็น “นิติกรรมทางปกครอง” หากเจ้าของอาคารผู้รับคำสั่งไม่รื้อถอนเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ต้องลงมือรื้อถอน การรื้อถอนนี้เป็น “ปฏิบัติการทางปกครอง” ทั้งนิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครองต่างก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หากแต่ปฏิบัติการทางปกครองนั้นปกติมักเป็นเหตุนำไปสู่การเรียกร้อง (Revendication) ให้รัฐต้องรับผิดชอบละเมิดมากยิ่งขึ้นกว่านิติกรรมทางปกครอง โดยเฉพาะในกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติการทางปกครองแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน เช่น ขับรถในอำนาจหน้าที่ประมาทชนคนได้รับบาดเจ็บ การขับรถเป็นปฏิบัติการทางปกครอง⁷⁴

โดยทั่วไปแล้วการปฏิบัติการต่างๆ ไปของฝ่ายปกครองไม่ค่อยมีผลในทางปกครองเท่าใด แต่ถ้าหากเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชน ก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา เราเรียกว่า “ปฏิบัติการในทางปกครอง” หรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ปฏิบัติการในทางปกครอง เช่น การตรวจตราว่ามี การฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ซึ่งไม่มีผลอะไรไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง แต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีการกระทบสิทธิ เพราะฉะนั้นการปฏิบัติการในทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาท แต่อำนาจรัฐต่อผู้บังคับบัญชาได้⁷⁵

ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงซึ่งหากจะมีผลในทางกฎหมายเกิดขึ้นจากกฎหมายไม่ได้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกล่าวอีกนัยหนึ่งปฏิบัติการทางปกครองไม่ได้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนา องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการนั้นไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด กล่าวคือไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งกำหนดกฎเกณฑ์หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันในรูปของสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างของปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การออกประกาศเตือนประชาชนให้ระวังอันตรายจากสารตะกั่ว (Lead) ที่ปนเปื้อนในอาหาร การแจ้งข้อกล่าวหา

⁷⁴ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 332.

⁷⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 36.

ให้บุคคลที่ถูกลบความผิดวินัยได้รับทราบ การใช้กำลังเข้ารื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย เป็นต้น⁷⁶

สัญญาทางปกครอง หมายความว่า เป็นคำที่กฎหมายยืมมาจากกฎหมายแพ่ง สัญญาจะต้องเป็นนิติกรรมสองฝ่ายมีข้อเสนอคำสนองต้องตรงกัน สัญญาทางปกครองก็เป็นนิติกรรมทั้งสองฝ่ายเหมือนกันแต่มีลักษณะเฉพาะ⁷⁷ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 บทนิยามศัพท์ให้ความหมาย “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า รวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน (Concession Contract) สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ปกติคำนิยามศัพท์จะใช้คำว่า “หมายความว่า” หรือ “หมายถึง” แต่ “สัญญาทางปกครอง” ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” แสดงว่าความหมายที่เขียนอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองหรือวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง หรืออาจจะพูดได้ว่าสิ่งที่เขียนอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นตัวอย่างของสัญญาทางปกครอง คำว่าสัญญาทางปกครองมีความหมายครอบคลุมกว่านี้

ความหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นี้จะแยกออกเป็นองค์ประกอบสององค์ประกอบคือ หนึ่งคู่สัญญา และ สองลักษณะคู่สัญญา

องค์ประกอบข้อแรก คือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นฝ่ายรัฐซึ่งอาจจะป็นองค์กรหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนองค์กร รัฐอาจทำสัญญาได้ทั้งสองลักษณะ เป็นสัญญาทางปกครองก็ได้หรือเป็นสัญญาทางแพ่งก็ได้ ขึ้นอยู่กับความต้องการของรัฐ

องค์ประกอบข้อที่สอง คือ ลักษณะของสัญญาตัวบทให้ตัวอย่างไว้ว่าสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ (Natural Resources)⁷⁸

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในประเด็นลักษณะของสัญญาทางปกครองแล้วจะพบว่า นอกจากตามนัยแห่งมาตรา 3 ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญาทางปกครองแล้ว ยังอาจปรากฏสัญญาประเภทอื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้อีก หากสัญญาดังกล่าวมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

⁷⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 48 หน้า 212-213.

⁷⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3

⁷⁸ จิรนิติหะวานนท์. (2554). คำอธิบายวิชากฎหมายปกครองภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง. หน้า 88.

(1) เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

(2) เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงสิทธิพิเศษ หรือที่ศาลปกครองสูงสุดเรียกว่า เอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งลักษณะดังกล่าวไม่ค่อยพบเห็นในสัญญาทางแพ่งทั่วไป

(3) สัญญาที่ให้ผู้ดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง การมอบบริการสาธารณะให้บุคคลอื่นจัดทำจะต้องเป็นการมอบกิจกรรมบางอย่างที่อยู่ใน

อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้ผู้อื่นเป็นผู้จัดทำมีข้อพิจารณา 3 ประการคือ

- (1) กิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า บริการสาธารณะ
- (2) ประเภทของบริการสาธารณะที่อาจมอบหมายให้ผู้อื่นจัดทำได้
- (3) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

ส่วนรูปแบบการมอบให้บุคคลอื่นจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วยทำให้เอกชน บริหาร จัดการทรัพย์สินของรัฐการว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้บริหารกิจการบริการสาธารณะแทนรัฐ และการจ้างผู้บริหาร (Executive) งานแทน รวมถึงสัมปทานด้วยการพิจารณาว่าองค์กร หรือ บุคคล หรือคณะบุคคลใดกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ ด้านเนื้อหา อาจพิจารณาได้จากกรกระทำว่าการกระทำนั้นมี 18 ลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง หรือสัญญาทางปกครองหรือไม่ แม้องค์กรหรือบุคคลหรือคณะบุคคลนั้น จะมีชื่อองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของ นายกรัฐมนตรีหรือ รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งก็ตาม

ข้อพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้เราต้องดูเนื้อหาสาระของสัญญานั้น ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือส่วนรวมหรือไม่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างน้อยจะต้องเป็นส่วนราชการ ฝ่ายปกครอง

สัญญาทางปกครองอาจแบ่งได้ 2 แบบ

สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

สัญญาที่ส่วนราชการด้วยกันทำกันเอง เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม เช่น ร่วมทุนกันสร้าง เพื่อกำจัดขยะ แต่ถ้าส่วนราชการทำกับเอกชน มิใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่เพื่อสนับสนุนกิจการของรัฐ ดังนี้ มิใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง ⁷⁹

⁷⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงจรดที่ 29. หน้า 41-42.

สัญญาทางปกครองทั้ง 2 แบบ มีผลตามที่แตกต่างกันในประการสำคัญ คือ สัญญาทางปกครอง แบบแรกที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนนั้น เมื่อเอกชนผิดสัญญา ฝ่ายปกครองสามารถบังคับการตามสัญญาได้เอง เพราะมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน แต่สัญญาทางปกครองแบบที่สอง หน่วยงานของรัฐทำสัญญากันเองนั้น เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับตามสัญญาเองไม่ได้ เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน ต้องมีการนำเสนอคดีขึ้นสู่ศาล⁸⁰

สัญญาทางปกครองสามารถแบ่งเป็นสองประเภท ได้แก่ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายกับในกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง หรือบริการสาธารณะบรรลุผล และสัญญาทางปกครองที่กฎหมายเฉพาะกำหนด ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองตามคำนิยามใน มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งพิจารณาจากองค์ประกอบที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายรัฐหรือเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และสัญญาทางปกครองที่เนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของสัมปทาน การจัดทำบริการสาธารณะ การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค การแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁸¹

2.3.4 หลักความชอบด้วยการกระทำทางปกครอง

ศาสตราจารย์บรรศักดิ์ อูวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้ พอสรุปได้ว่าตามแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้น ถือว่า แม้รัฐมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมาย ซึ่งมีอยู่ 2 ทฤษฎีหลักๆ คือ

1. ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจด้วยความสมัครใจ (Auto-limitation)

Ihering และ Jellinek เป็นผู้เสนอ ซึ่งมีหลักว่ารัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้นและกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร

2. ทฤษฎีนิติรัฐ (État de Droit)

Jean-Jacques Rousseau และ Charles De Montesquieu ได้เสนอแนวความคิดไว้เป็นคนแรก ๆ และ กาบรีแยล เดอ ม็ลแตร์ ได้สรุปแนวความคิดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งพอสรุปได้ว่า

⁸⁰ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 332- 333.

⁸¹ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ. (2554). สัญญาสัมปทาน. วารสารกระบวนการยุติธรรม, 4, หน้า 50.

รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนได้ให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้

ผลที่ตามมา ก็คือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องควบคุมการกระทำ และนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่ คำพิพากษา และคำสั่งศาลให้ชอบด้วยกฎหมายโดยจะมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย⁸²

หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย จะต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนด และจะทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ หลักดังกล่าวทำให้เกิดผลตามมาก็คือ การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการใด ๆ ได้ ดังนั้น “กฎหมาย” จึงเป็นทั้ง ที่มาของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย⁸³

หลักความชอบด้วยกฎหมายเดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนเท่านั้น เพราะในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีหลัก The king can do no wrong. ซึ่งทำให้รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาเมื่อเกิดแนวคิด “นิติรัฐ” ในศตวรรษที่ 18 การกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้แทนของปวงชน การที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายก็เท่ากับเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน ต่อมาในศตวรรษที่ 20 จึงเกิดแนวคิดว่า ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องอยู่ภายใต้หลักนี้ด้วยโดยสืบเนื่องมาจากคำตัดสินของศาลฎีกาอเมริกา ต่อมาในปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าการกระทำของรัฐทุกฝ่ายต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายอาจพิจารณาได้ 2 นัย คือ การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมาย และการควบคุม

⁸² โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2553). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 154-155.

⁸³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2557). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 292.

ให้การกระทำของรัฐชอบด้วยกฎหมาย ในที่นี้จะได้พิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง⁸⁴

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการดังนี้

1. หลักการกระทำทางปกครองที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลัก “การกระทำทางปกครองที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ในลักษณะ 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ (Parks) หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะไม่มีความหมาย ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

อย่างไรก็ตาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract) และมีผลใช้บังคับทั่วไป หรือที่เรียกว่ากฎ (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้น โดยองค์กรปกครองท้องถิ่นและองค์การมหาชน ฯลฯ) ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ เช่น รัฐมนตรีไม่อาจตรากฎกระทรวงให้ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญได้ หากมาตรการทางกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่เป็นรูปธรรม (Concrete) มีผล เฉพาะราย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจออกคำสั่งทางปกครอง

⁸⁴ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 456.

ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองทั้งหลายที่ตนเองตราขึ้น

2. หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจมีหลักเกณฑ์ว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ต้องมีรากฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประสิทธิภาพขั้นพื้นฐาน⁸⁵

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจนั้น ย่อมมีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระ กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำเป็นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุม (Public Meeting) ประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลไปเข้ารับราชการทหารการเข้าตรวจค้นเคหสถาน และการลงโทษทางวินัย เป็นต้น ส่วนมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์หรือเป็นคุณกับประชาชน และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการ นั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ อย่างชัดเจน แต่ต้องมีความชอบธรรมในทางกฎหมาย อันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกร (Agriculture) และการอนุญาตให้กู้ยืมเงินไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรม ซึ่งจะต้องกำหนดวงเงินงบประมาณ เพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะพบว่า มีอยู่หลายกรณีที่กำหนดให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง เช่น ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการออกคำสั่ง ทางปกครอง ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับในเวลาใดหรือดุลพินิจในการ ตรวจสอบข้อเท็จจริง ได้ตามความเหมาะสม เป็นต้น สำหรับกรณีที่กฎหมายไม่ให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครอง ได้แก่ การอนุญาตตั้งสถานบริการ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึง

⁸⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้วชิงอรรดที่ 83. หน้า 293.

ประวัติกการกระทำคามผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตประกอบด้วย กรณีนี้กฎหมายบังคับให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องนำประวัติกการกระทำผิดกฎหมายของผู้ขออนุญาตมาประกอบการพิจารณาด้วย จะใช้ดุลพินิจไม่นำมาพิจารณาไม่ได้หรือกรณีกฎหมายกำหนดเวลาให้ต้องพิจารณาสั่งการภายในเวลาที่กำหนด ฝ่ายปกครองต้องสั่งการให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดหากสั่งการเกินกำหนดเวลาก็ต้องมีเหตุผลเพียงพอว่าเหตุแห่งความล่าช้ามิได้เกิดจากความบกพร่องของตน มิฉะนั้น อาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความล่าช้านั้นได้

กฎหมายหลักที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง มีจำนวนมากกว่า 600 ฉบับ อาทิเช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารของหน่วยงานหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจของ รัฐ โดยเฉพาะต่างๆ กฎหมายว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และกฎหมายว่าด้วย อนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

2.4 แนวคิด และหลักการเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบ การกระทำทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง

ประเทศไทยปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) โดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการทางด้านการปกครอง เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย และดำรงความเป็นธรรมไว้กับประชาชนในประเทศ โดยอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นต้องอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็น กฎ คำสั่ง และกฎหมาย จึงถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบเพื่อให้มีการใช้อำนาจไปอย่างพอสมควรแก่เหตุมีความชัดเจนแน่นอน มีความไว้วางใจ และมีความน่าเชื่อถือจากการกระทำขององค์กรภายในฝ่ายปกครอง และองค์กรภายนอกของฝ่ายปกครองอีกด้วย

แต่เดิมฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอย่างจำกัด โดยมุ่งไปในทางรักษาความสงบเรียบร้อย การรักษาความปลอดภัยในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินไว้กับประชาชนเป็นหลัก แต่ปัจจุบัน อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองขยายออกไปมากขึ้น มีการจัดตั้งฝ่ายปกครองออกเป็นรูปแบบต่าง ๆ เป็นจำนวนมากเพื่อให้เพียงพอและครอบคลุมตอบสนองต่อการรักษาความสงบเรียบร้อย การจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามกระบวนการของกฎหมายมีความชัดเจนและเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริง เมื่อประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยได้เปลี่ยนการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้วจึงได้มีการพัฒนากระบวนการควบคุมและ

ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมาเป็นลำดับ แต่ก่อนที่จะมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ล้วนปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่มีศูนย์กลางอำนาจเบ็ดเสร็จอยู่ที่ฝ่ายปกครองไม่มีกระบวนการ หรือองค์กรใดควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ แต่หลังจากนั้น แนวคิดเรื่องเสรีภาพและความเสมอภาคกันเป็นแรงผลักดันให้มีการจำกัดอำนาจ และการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจนในตัวของกฎหมาย โดยกำหนดให้มีการควบคุมและตรวจสอบจากภายในองค์กรฝ่ายปกครองเองและจากภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง อันจะเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้กับประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวตามหลักนิติวิธี (Juristic Method) ของกฎหมายมหาชนอย่างมีประสิทธิภาพ

แบ่งแยกอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจการปกครองเป็น 3 ฝ่าย คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการ ทุกองค์กรต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศและต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง จึงต้องมีกลไกและกระบวนการที่ชัดเจน อันเป็นที่มาของแนวคิดในการควบคุมฝ่ายปกครองนั่นเอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามและอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบของฝ่ายตุลาการคือศาลอันจะเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แม้กฎหมายจะให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการใช้อำนาจแต่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจได้⁸⁶

ฝ่ายปกครอง หมายถึง หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดที่มีส่วนในการใช้อำนาจบริหาร หรือที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงรวมถึง หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาลและองค์การบริหารส่วนตำบล ทั้งหมดล้วนแต่เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินการปกครองและใช้อำนาจทางปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารที่สำคัญที่สุด

สำหรับหน่วยงานทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามไว้ใน มาตรา 3 ดังนี้

⁸⁶ ขวัญชัย สันตสว่าง และสถาพร สระมาลีย์. (ม.ป.ป.). เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ชั้นสูง หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 1.

หน่วยงานทางปกครองหมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการ ที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความ รวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมาย ให้ใช้อำนาจทางปกครอง หรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ดังนั้น จึงสามารถแบ่งหน่วยงานทางปกครองออกได้เป็น 6 ประเภท ดังนี้

(1) ราชการส่วนกลาง ไม่ว่าจะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่อ อย่างเป็นทางการ และมีฐานะเป็นกรม เช่น สำนักงาน ก.พ. เป็นต้น

(2) ราชการส่วนภูมิภาคได้แก่จังหวัด อำเภอ (อำเภอไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล จึงไม่อาจถูกฟ้องคดีได้โดยตรง)

(3) ราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล

(4) รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติเช่น การท่าเรือแห่งประเทศไทย (Port Authority of Thailand) การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (Provincial Electricity Authority; PEA) และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้ง องค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เช่น องค์การคลังสินค้า และองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพแต่ไม่รวม ความถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปของบริษัทหรือบริษัท มหาชน จำกัด เช่น บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) บริษัท ขนส่ง จำกัด และไม่รวมความถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยมติคณะรัฐมนตรี หรือระเบียบข้อบังคับ ของส่วนราชการที่ไม่มีความเป็นนิติบุคคล เช่น โรงงานยาสูบ เป็นต้น

(5) หน่วยงานอย่างอื่นของรัฐนอกจากหน่วยงานตาม (1) – (4) ข้างต้น ได้แก่หน่วยงาน ของรัฐ ที่มีใช้ส่วนราชการและมีใช้รัฐวิสาหกิจซึ่งจัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติเฉพาะ เช่น ธนาคาร แห่งประเทศไทยองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย มหาวิทยาลัย เทคโนโลยีสุรนารี หรือองค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความ ในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 เช่น โรงพยาบาลบ้านแพ้ว สำนักงานรับรองมาตรฐาน และประเมินคุณภาพการศึกษา และ สำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ เป็นต้น

(6) หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง เช่น แพทย์สภา สภานายความ ครูสภา สภาสถาปนิกและหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครอง เช่น เนติบัณฑิตยสภา เป็นต้น

ส่วนเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามไว้ในมาตรา 3 ดังนี้

เจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public officers) หมายความว่า

(1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง
 (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ

(3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2) จากคำนิยามดังกล่าวสามารถแยกประเภทเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดังนี้

1) ข้าราชการของส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการครู ข้าราชการตำรวจ และข้าราชการรัฐสภาสามัญ เป็นต้น

2) พนักงานของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งอาจจะเป็นพนักงานราชการของส่วนราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค พนักงานส่วนท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือพนักงานของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

3) ลูกจ้างของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งอาจจะเป็นลูกจ้างประจำ หรือลูกจ้างชั่วคราวของ ส่วนราชการต่างๆ ลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

4) คณะบุคคลในหน่วยงานทางปกครอง เช่น สภามหาวิทยาลัยของรัฐ และสภาท้องถิ่น เป็นต้น

5) ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานทางปกครอง ได้แก่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในหน่วยงานทางปกครอง เช่น ปลัดกระทรวง (Permanent Secretary) อธิบดี คณบดีและผู้อำนวยการองค์การมหาชน เป็นต้น

(6) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หมายถึง คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กร และวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น คณะกรรมการวินิจฉัย การเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร (Government information) ตามพระราชบัญญัติ ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 คณะกรรมการ พิิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติ ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และคณะกรรมการจัดรูปที่ดินกลาง ตามพระราชบัญญัติจัดรูปที่ดิน เพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2522 เป็นต้น

(7) คณะกรรมการซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล เช่น คณะกรรมการสรรหากรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติคณะกรรมการสภา สถาปนิกและคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ เป็นต้น

(8) บุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อบุคคล เช่น เจ้าพนักงานท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และผู้ดำรงตำแหน่งที่มีกฎหมายให้อำนาจในการออก หรือไม่ออกใบอนุญาต หรือในการเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

(9) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของผู้ว่าราชการจังหวัดและเอกชนซึ่งปฏิบัติงานอยู่ในกำกับ ดูแลของนายอำเภอ เป็นต้น⁸⁷

การดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การที่จะทำให้การดำเนินการของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้ จึงจำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนได้ ลักษณะการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองจึงจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจเหนือ ที่อาจไปกระทบต่อปัจเจกบุคคลได้ และโดยที่ภาระหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ได้มีการขยายขอบเขต ไปอย่างกว้างขวาง แต่เดิมนั้นรัฐมีภาระหน้าที่ที่เรียกว่าเป็น รัฐฝ่ายยาม กล่าวคือมีภาระหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ ดูแลความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและดูแลความมั่นคงของประเทศจากการรุกรานของศัตรูภายนอกประเทศ ต่อมาภารกิจของรัฐ ได้ขยายตัวขึ้นอย่างกว้างขวาง นอกเหนือจากภาระหน้าที่ 2 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว รัฐสมัยใหม่ได้ขยายภารกิจในการเข้าไปดำเนินการบริการสาธารณะต่าง ๆ มากขึ้น การขยายภารกิจของรัฐดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลต่อการเพิ่มภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมากขึ้นเช่นกัน ยิ่งฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากเพียงใด การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองที่จะไปกระทบต่อสิทธิของประชาชนก็ยิ่งมากขึ้นเพียงนั้น และด้วยเหตุนี้เองจึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมฝ่ายปกครอง⁸⁸ ซึ่งเหตุผลทั้ง 3 ประการนี้ล้วนมีแต่พื้นฐานมาจากนิติรัฐ⁸⁹ (Rechtsstaatsprinzip) ทั้งสิ้น กล่าวคือ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung) เป็นพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่อาจจะสถาปนาขึ้นมาได้ภายใต้ระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน ระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ อำนาจต่าง ๆ จะต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลกัน ระหว่างอำนาจ หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง ชื่อเรียกร้อง (Claim) ของหลักการแบ่งแยกอำนาจต่อการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองเป็นการเรียกร้องการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก กล่าวคือ เป็นการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติที่ดี องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ดี รวมไปถึง การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่ดี หลักการแบ่งแยกอำนาจมิได้เรียก

⁸⁷ ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2555). คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 146-149.

⁸⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 19.

⁸⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 25.

การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุมตรวจสอบโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี ซึ่งการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเป็นข้อเรียกร้องจากหลักอื่น ๆ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็น หลักพื้นฐานที่เรียกร้องให้มีการควบคุมตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งย่อมหมายถึงฝ่ายปกครองด้วย

การควบคุมตรวจสอบอันเป็นข้อเรียกร้องจากหลักการแบ่งแยกอำนาจที่มีต่อฝ่ายปกครอง ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารนั้น เฉพาะในส่วนของการปกครองฝ่ายปกครองอาจกล่าวได้ว่าเป็นองค์กรที่ถูกรตรวจสอบจากองค์กรต่าง ๆ ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ แต่องค์กรฝ่ายปกครองเองไม่สามารถตรวจสอบองค์กรอื่นได้ ทั้งนี้เพราะองค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่ปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้น ในฐานะที่เป็นองค์กรที่ปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามกฎหมาย จึงย่อมถูกรตรวจสอบจากองค์กรต่าง ๆ ซึ่งอาจจะเป็น การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ โดยผู้มีอำนาจฟ้องคดีดำเนินการฟ้องคดีต่อศาล หรืออาจเป็นการถูกรตรวจสอบโดยทางอ้อม โดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นการตรวจสอบในทางการเมือง ในกรณีนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรวจสอบโดยผ่านฝ่ายบริหารที่รับผิดชอบต่อฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหารนั้น ๆ

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายหรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง” ถือว่าเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐหลักหนึ่ง หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นการเชื่อมโยงหลักนิติรัฐเข้ากับหลักประชาธิปไตย กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้น จะต้องผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชน และจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

จากหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย จึงมีข้อเรียกร้องว่า การที่จะบอกได้ว่า การกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การกระทำดังกล่าวจะต้องสามารถถูกควบคุมตรวจสอบ (Check) โดยองค์กรอื่นได้ เพื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าว การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงอาจเป็นการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง หรือการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกก็ได้ แต่หลักเกณฑ์ที่ถือเป็นสาระสำคัญคือ หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือ อาศัยเกณฑ์ของกฎหมายเป็นเกณฑ์สำหรับการตรวจสอบ⁹⁰

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 20-21.

โดยเหตุที่ฝ่ายปกครองเป็นองค์กรรัฐที่ใช้อำนาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนมากที่สุด ในรัฐเสรีประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐ จึงจำเป็นต้องควบคุมการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย โดยการให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ คือ 1. หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายและ 2. หลักกฎหมายไม่มีอำนาจ⁹¹

(1). หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเป็นหลักการที่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองตามหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจดำเนินการใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจและกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ (Genealogy) สูงกว่ากฎหมายที่ให้อำนาจดำเนินการทางปกครองนั้น อันเป็นไปตามคำกล่าวที่ว่า “กฎหมายเป็นทั้งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดของอำนาจของฝ่ายปกครอง”

(2). หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจเป็นหลักการแสดงให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างการกระทำในแดนของกฎหมายเอกชนและการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน กล่าวคือ ในแดนของกฎหมายเอกชนนั้น เอกชนสามารถกระทำการใด ๆ ก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายห้าม ในขณะที่ในแดนของกฎหมายมหาชนนั้น ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น⁹²

หลักการประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐอีกหลักหนึ่ง ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายต่างยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล (Individual) ในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ๆ ดังนั้น เพื่อความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละคน รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อแดนของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนให้อำนาจการกระทำดังกล่าว หากพิจารณาหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับการควบคุมฝ่ายปกครองแล้ว อาจกล่าวได้ว่าฝ่ายปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับประชาชนมากที่สุด ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงมีโอกาสที่จะกระทบต่อสิทธิประชาชนมากเช่นกัน ชื่อเรียกหรือจากหลักประกัน (Justifying bail) ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงเรียกร้องให้สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้

⁹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 44. หน้า 18.

⁹² สุริยาปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2553). คู่มือสอบกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 29-30.

ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองตามข้อเรียกร้องนี้อาจจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง หรืออาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอกก็ได้แต่การที่จะทำให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิได้นั้นจะต้องให้สิทธิแก่ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการ (Judiciary) ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรเดียวที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ ดังนั้น การที่ตุลาการจะพิจารณาเรื่องของตนอย่างถูกต้องและเป็นธรรมโดยปราศจากการมีอิทธิพลจากองค์กรอื่น ๆ โดยเหตุนี้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงเรียกร้องว่าอย่างน้อยประชาชนจะต้องสามารถได้รับความคุ้มครองจากองค์กรตุลาการได้

ดังนั้น ในเบื้องต้นหากพิจารณาถึงความจำเป็นในการควบคุมฝ่ายปกครองจากข้อพิจารณาทางกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าการควบคุมฝ่ายปกครองนั้นเป็นความจำเป็นที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจก็ดี หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายก็ดี และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ดี และหากจะกล่าวโดยสรุปในแง่มุมมองของกฎหมายถึงความจำเป็นในการควบคุมฝ่ายปกครองในด้านหนึ่งก็เพื่อมิให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในอีกด้านหนึ่งก็เพื่อให้ใช้อำนาจของฝ่ายปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ของการทำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่มุ่งมั่นเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ (Public interest) โดยรวม⁹³

ในปัจจุบันฝ่ายปกครองมีการใช้อำนาจของการกระทำทางปกครองในหลายรูปแบบเนื่องจากฝ่ายปกครองซึ่งกระทำด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจกระทำการเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง จะทำให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนที่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น จึงมีความจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้เป็นไปด้วยถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย เหมาะสม และเป็นธรรม ซึ่งแนวคิด และหลักการเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองประกอบไปด้วยหลักการ แนวคิด ดังต่อไปนี้

2.4.1 ลักษณะและประเภทของการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองอาจกระทำได้ด้วยวิธีการต่าง ๆ หลายวิธีด้วยกัน เช่น การควบคุมโดยวิธีทางการเมืองโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติ และวิธีการควบคุมโดยทางอื่นที่มีชีวิตทางการเมือง เช่น วิธีการร้องเรียนภายในของฝ่ายบริหาร วิธีการในลักษณะกึ่งข้อพิพาทและวิธีการในลักษณะ

⁹³ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วจึงอรอดที่ 51. หน้า 21-23.

ข้อพิพาท⁹⁴ หรืออาจจะด้วยวิธีการควบคุมโดยองค์กรภายนอก⁹⁵ และอาจจะกระทำได้โดยวิธีการแบบป้องกันและแบบแก้ไขภายนอก เช่น ศาลและรัฐสภา

ลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครอง การควบคุมฝ่ายปกครองที่ดีควรมีลักษณะดังนี้ คือ

ประการแรก ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปโดยทั่วถึงอย่างแท้จริง

องค์กร (Independent regulatory commissions) และกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กรเพื่อให้เกิดการตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งมีหลากหลายมากขึ้นทุกวันนี้มีประสิทธิภาพจริงจัง เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือมีน้อยองค์กร อาจไม่พอเพียงกับการดูแลตรวจสอบกิจกรรมของรัฐทุกด้านอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้นต้องไม่ซ้ำซ้อน สับสน ดังนั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไม่ให้ซ้อนกันแต่เสริมซึ่งกันและกันจึงเป็นเรื่องสำคัญ

ประการที่สอง ระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างดุลยภาพ (Equilibrium) ของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้ การควบคุมการใช้อำนาจที่เห็นแก่สิทธิของเอกชนจนเจ้าหน้าที่ทำอะไรเพื่อสาธารณะไม่ได้เลยเป็นระบบที่ล้มเหลวพอ ๆ กับการปล่อยให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำเภอใจจนสิทธิเสรีภาพของประชาชนสูญสิ้นไป ความสำคัญจึงอยู่ที่การออกแบบระบบควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (Public bill) กับการคุ้มครองสิทธิเอกชนอันเป็นทางสายกลางที่ประเทศพัฒนาแล้วนิยมใช้

ประการที่สาม องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้น ต้องมีลักษณะเป็นอิสระที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั้นเองจะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วยเพื่อการนี้ การได้มาซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่ดี การกำหนดวิธีดำเนินงานหรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบให้มีลักษณะอิสระเป็นกลาง และถูกตรวจสอบได้ก็ดียิ่งเป็นสิ่งสำคัญยิ่งที่จะทำให้การควบคุมโดยองค์กรนั้นเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรหรือคนอื่นนั้น ถ้าไม่อาจถูกตรวจสอบควบคุมได้ ก็อาจกลายเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมไม่ชอบเสียเองก็ได้

⁹⁴ อมร จันทสมบุรณ์. (2528). **กฎหมายปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 91-117.

⁹⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์. (2528). การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง. **รัฐสภาสาร**, 7 (33). หน้า 19-43.

ประการสุดท้าย เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบขององค์กรตรวจสอบวิธีการข้างต้นแล้ว ก็ต้องปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้ โดยกว้างขวาง อันจะทำให้ระบบการควบคุมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่การให้สิทธิประชาชน ตรวจสอบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ว่ามี ต้องไม่กว้างขวางเกินไปจนถึงขนาดที่ใคร ๆ ก็นำเรื่องอะไรก็ได้มาให้องค์กรตรวจสอบไปควบคุมการใช้อำนาจ ถ้าเป็นเช่นนั้นระบบบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัว (Exploitation) ของคนเพียงบางคน ดังนั้น จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือ จะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาให้ องค์กรตรวจสอบพิจารณาได้⁹⁶

ในขณะที่การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันเป็นการควบคุมก่อนที่จะมีการกระทำทางปกครอง หรือเป็นการควบคุมที่อยู่ในระหว่างกระบวนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองเองหรือเป็นการควบคุมในขั้นตอนการเตรียมการที่จะมีการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขเป็นการควบคุมภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อบุคคลแล้วเช่น ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ดังนั้น การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขจึงเป็นการตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายต่อบุคคลแล้ว ด้วยเหตุนี้จึงเรียกรวมการควบคุมฝ่ายปกครองภายหลังจากที่มีการกระทำทางปกครองแล้วว่าการควบคุมแบบแก้ไขซึ่งย่อมาหมายความว่า หากการกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่มีข้อบกพร่องหรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล ก็จะต้องใช้วิธีการแก้ไขเยียวยา (Remedy) สิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองนั้น ๆ การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขอาจจำแนกได้ 2 ลักษณะ คือ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองและการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

2.4.2 ลักษณะและประเภทของการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง หมายถึง การตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ภายหลังจากที่มีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วมักมีการกำหนดให้องค์กรภายในฝ่ายปกครอง ได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ ซึ่งอาจจำแนกลักษณะการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

⁹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 461-462.

การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองเป็นการเปิดโอกาสให้องค์การภายในฝ่ายปกครองตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง โดยอาจเป็นการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือหรืออาจเป็นการควบคุมโดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ได้⁹⁷

โดยลักษณะขององค์การภายในฝ่ายปกครองที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบมีดังนี้

การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ

การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนืออาจแยกผู้มีอำนาจเหนือออกเป็นผู้บังคับบัญชา (Commander) และโดยผู้กำกับดูแล ซึ่งถือว่าเป็นการควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่งในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาถึงความหมายของอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจในการกำกับดูแลว่าหมายความว่าอย่างไร

อำนาจบังคับบัญชา (Command) คือ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ปกครองผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น ที่รัฐมนตรี (Minister of State) ใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมสามารถกลับแก้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอเว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นประการอื่น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่จะใช้ในทางที่เหมาะสมแต่ขัดต่อกฎหมายได้⁹⁸

อำนาจควบคุมกำกับ คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตาม พระราชบัญญัติขององค์การปกครองที่สูงกว่าเหนือองค์การและเหนือการกระทำขององค์การกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป⁹⁹

จากการที่ได้กล่าวมาข้างต้นของความหมายของอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจควบคุมการกำกับจะแยกพิจารณาความแตกต่างระหว่างความหมายของการควบคุมการบังคับบัญชากับการควบคุมได้ ดังต่อไปนี้

1. การพิจารณาหลักการปกครอง
2. พิจารณาจากความสัมพันธ์ของผู้ควบคุมกับผู้ถูกภายใต้การควบคุม
3. พิจารณาจากที่มาของอำนาจในการควบคุม
4. พิจารณาจากขอบเขตของการควบคุม
5. พิจารณาจากการควบคุมเหนือการกระทำ

⁹⁷ สุรียา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 92. หน้า 33.

⁹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 89. หน้า 78.

⁹⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2531). ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครองในหนังสือรวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เภมทรัพย์. กรุงเทพฯ: พี.เค.พรินติ้งเฮาส์. หน้า 211.

6. พิจารณาจากการควบคุมเหนือตัวบุคคล

7. พิจารณาจากสถานะของคำสั่ง¹⁰⁰

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นกระบวนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจแก้ไขบรรดาข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนให้หมดสิ้นไป ความมุ่งหมายของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งความมุ่งหมาย 3 ประการ คือ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน เพื่อการควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง และ เพื่อลดภาระคดีในชั้นศาล

การควบคุมภายในฝ่ายปกครองนั้นเป็นมาตรการหนึ่งในการควบคุมฝ่ายปกครองที่เน้นให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองได้ทำการควบคุมฝ่ายปกครองด้วยตนเอง การควบคุมลักษณะนี้ คือ การควบคุมด้วยวิธีการร้องเรียน (Petition) ภายในฝ่ายบริหาร และ วิธีการในลักษณะกึ่งข้อพิพาท (Conflict) กล่าวคือ ยังคงเป็นการดำเนินการโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง¹⁰¹ เช่น การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง การร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาของผู้ทำคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้มีการตรวจสอบ ทบทวน หรือแก้ไขการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำไปแล้ว¹⁰²

ระบบของการอุทธรณ์

โดยศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์ แบบระบบอุทธรณ์เป็น 3 ระบบ¹⁰³ คือ ระบบอุทธรณ์แบบปกติ ระบบอุทธรณ์บังคับ และ ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ แต่ในที่นี้จะพิจารณาเพียง 2 ระบบ คือ ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ และระบบอุทธรณ์บังคับ

ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่า หากคู่กรณีมาฟ้องต่อศาล คู่กรณีต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน หากแต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะที่เป็นทางเลือกให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือจะนำคดีไปฟ้องร้องศาลได้โดยตรง ดังนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้ใช้ระบบอุทธรณ์เพื่อเลือก ด้วยเหตุนี้จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ เป็นสำคัญ

ระบบอุทธรณ์บังคับ เป็นระบบอุทธรณ์ที่บังคับให้คู่กรณีจะร้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอ ก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาล หากคู่กรณีไม่ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ศาลย่อมไม่อาจพิจารณาคดีดังกล่าวได้ การอุทธรณ์ (Appeal) ในระบบบังคับ จึงกลายเป็นเงื่อนไขในการรับเรื่องไว้พิจารณา ด้วยเหตุนี้เอง จึงถือว่าสถานะในทางกฎหมายเกี่ยวกับ

¹⁰⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 89. หน้า 79-93.

¹⁰¹ อมร จันทสมบุญ. (2513). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 93.

¹⁰² นันทวัฒน์ บรรมานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 488.

¹⁰³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์. หน้า 384-398.

การอุทธรณ์เป็นกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างกฎหมายสาระบัญญัติ (Substantive Law) และกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Adjective Law) กล่าวคือ การอุทธรณ์เป็นจุดเชื่อมระหว่างการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขในการรับฟ้องคดีของศาลในขณะเดียวกัน¹⁰⁴

การอุทธรณ์ตามกฎหมายไทย

การพิจารณาเรื่องการอุทธรณ์ในระบบกฎหมายของไทยอาจแยกพิจารณาออกเป็นการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ และการอุทธรณ์ตามกฎหมายกลาง

การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทถือว่าเป็นการควบคุมองค์กรภายในฝ่ายปกครอง เพราะคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ ส่วนแต่เป็นองค์กรที่อยู่ใน โครงสร้างขององค์กรฝ่ายปกครอง หากแต่เป็นองค์กรที่มีความอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาทเหตุที่มีการกำหนดให้ มีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองมีเหตุผลสำคัญ ดังนี้

การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมักจะประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่มีความชำนาญในด้านนั้น ๆ ดังนั้น การตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเปรียบเสมือนการตรวจสอบในทางข้อเท็จจริงจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (Authority) ซึ่ง หากเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจะมีส่วนช่วยให้การพิจารณาของศาล มีความรวดเร็วขึ้น

-การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความรอบคอบก่อนที่เรื่องดังกล่าวจะไปสู่การตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก (ศาล) ซึ่งหากเรื่องใดคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าไม่ถูกต้องก็อาจวินิจฉัยแก้ไขให้ถูกต้องก่อนที่เรื่องไปสู่องค์กรศาลอันเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลอีกด้านหนึ่ง

-การให้มีการตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีกระบวนการที่ไม่มีแบบพิธี ดังนั้น การเข้าถึงของประชาชนจึงสะดวกไม่มีความยุ่งยาก (Complicate) รวมทั้งค่าใช้จ่ายน้อยกว่า การไปฟ้องร้องยังองค์กรศาล การควบคุมโดย คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงเป็นการควบคุมไปฟ้องร้องสุดท้ายก่อน ไปสู่องค์กรภายนอกที่มีกระบวนการเป็นแบบพิธี และมีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่าการควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

การ ควบคุม และ ตรวจสอบ คำวินิจฉัยของ คณะ กรรมการ วินิจฉัย ข้อ พิพาท กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการต่าง ๆ ขึ้นมากมาย หากคณะกรรมการใด มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองแล้ว ตามบรรทัดฐานทางกฎหมายปกครอง ฝรั่งเศสถือว่า คณะกรรมการดังกล่าวเป็นคณะกรรมการประเภทหนึ่งซึ่งมีอำนาจวินิจฉัย

¹⁰⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงจรดที่ 89. หน้า 74-75.

ข้อพิพาททางปกครอง โดยเรียกว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ทั้งนี้ ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น คณะกรรมการ ดังกล่าวยังมีนิติฐานะเสมือนเป็นศาลปกครองพิเศษ (Juridiction d'attribution) ด้วย เนื่องจากมีอำนาจหน้าที่ในลักษณะของการใช้อำนาจทางตุลาการ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดเฉพาะคดีหรือเฉพาะข้อพิพาททางปกครองที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ แนวคิดดังกล่าวมีความแตกต่างจากกฎหมายไทยและกฎหมายบางประเทศที่มีพัฒนาการและการแบ่งแยกศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการออกต่างหากจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและมีระบบวิวัฒนาการทางกฎหมายที่แตกต่างไปจาก กฎหมายฝรั่งเศส โดยไม่ถือว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นมีฐานะหรือลักษณะเสมือนเป็น ศาลแต่ประการใด¹⁰⁵

ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น คณะกรรมการ วินิจฉัยข้อพิพาทที่จัดตั้งขึ้น มีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันไป ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการดังกล่าวยังมีอำนาจหน้าที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งมีการใช้อำนาจใน ลักษณะที่คล้ายคลึงกัน คือ อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง สามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองได้ การใช้อำนาจในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่มีลักษณะทางตุลาการ (Caractère Juridictionnel) หรือที่เรียกว่า การกระทำทางตุลาการ (Acte Juridictionnel)¹⁰⁶

แม้กฎหมายฝรั่งเศสจะถือว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีลักษณะเป็นศาลปกครองพิเศษ เพราะคณะกรรมการเช่นนี้มีอำนาจหน้าที่ในทางตุลาการ กล่าวคือ การมีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองได้ แต่กฎหมายฝรั่งเศสยังกำหนดให้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นต้องอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมและตรวจสอบของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งถือเป็นศาลปกครองสูงสุด โดยกำหนดให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสามารถอุทธรณ์โต้แย้งหรือคัดค้านคำวินิจฉัยนั้นในประเด็นปัญหา ข้อกฎหมายต่อสภาแห่งรัฐได้หรืออาจร้องขอให้สภาแห่งรัฐวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายในประเด็นที่ว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิ ในการอุทธรณ์ต่อศาลสูง (Recours en Cassation)

โดยทั่วไปผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะขอให้มีการทบทวนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายได้ เพราะผลของคำวินิจฉัยนั้นอาจกระทบต่อสิทธิ

¹⁰⁵ สำนักงานศาลปกครอง. (2546). *คดีปกครองเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท*. รายงานการวิจัย, 1, กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 14.

¹⁰⁶ การกระทำทางตุลาการ หมายถึง การใช้อำนาจหน้าที่ในการให้คำวินิจฉัยตัดสินหรือชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรที่มีอำนาจทางตุลาการ โดยมีการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรับรอง คู่ครอง หรือบังคับให้เป็นไปตามสิทธิที่มีการโต้แย้งหรือร้องจากคู่กรณี

และเสรีภาพของตน สภาแห่งรัฐจึงได้วางบรรทัดฐานไว้โดยวินิจฉัยว่า สิทธิในการอุทธรณ์ต่อศาลสูง เป็นหลักทั่วไปแห่งกฎหมาย (Le droit au recours en cassation est un principe général du droit.) ถือเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะดำเนินคดีโดยอุทธรณ์ขอให้สภาแห่งรัฐซึ่งมีสถานะเป็นศาลปกครองสูงสุดพิจารณาปัญหา ข้อกฎหมายของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยได้ตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมาย แม้จะไม่มีกฎหมาย บัญญัติไว้โดยเฉพาะก็ตามสิทธิดังกล่าวหากเปรียบเทียบกับกรณีนิติกรรมทางปกครองแล้วจะเห็นได้ว่า เป็นสิทธิในลักษณะทำนองเดียวกันกับกรณีของผู้เสียหายใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir)

นอกจากการใช้สิทธิอุทธรณ์ ต่อสภาแห่งรัฐแล้ว การควบคุมและตรวจสอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังมีวิธีการอื่นที่ผู้เสียหายอาจใช้เพื่อโต้แย้งหรือคัดค้านคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้หากกฎหมายบัญญัติไว้เช่น การขอให้พิจารณาใหม่หรือการอุทธรณ์คดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นต่อคณะกรรมการที่สูงกว่า

พิจารณาจากการดำเนินการข้างต้น การควบคุมและตรวจสอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายฝรั่งเศส สามารถดำเนินการได้ 2 ประการ คือ

1. การดำเนินการโดยผ่านสภาแห่งรัฐ และ
2. การดำเนินการโดยวิธีอื่น¹⁰⁷

ลักษณะของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท แยกสาระสำคัญได้ ดังนี้

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเป็น องค์กรที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมาย

โดยที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของตน การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น ด้วยเหตุนี้เอง องค์กรที่จะมีอำนาจวินิจฉัยแล้วก่อให้เกิดผลผูกพันต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็น องค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมาย และด้วยเหตุนี้เอง เงื่อนไขเบื้องต้นของการเป็น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงต้องเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้น โดยกฎหมาย นอกเหนือจากเหตุผลของการวินิจฉัยข้อพิพาทที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลแล้ว การที่จะทำให้ภาระหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทบรรลุความมุ่งหมาย (Legislative Intent) ได้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจำเป็นต้องมีอำนาจตามกฎหมายในการที่จะเรียกบุคคลหรือพยานหลักฐาน

¹⁰⁷ พัทธมา จิตรมหีมา, (ม.ป.ป.), กระบวนการควบคุมและตรวจสอบคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเปรียบเทียบแนวคิดและนิติวิธีทางมหาชนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส. บทความทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 1.

ต่าง ๆ เพื่อประกอบในการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ดังนั้น ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเพื่อดำเนินการดังกล่าวได้

องค์กรนั้นต้องมีความอิสระไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร

ในการพิจารณาว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้บังคับของฝ่ายบริหารนั้น ในประเด็นนี้จะต้องแยกพิจารณาระหว่างความเป็นอิสระ ในแง่ขององค์กรกับความอิสระในแง่ของการทำหน้าที่วินิจฉัย ความอิสระของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเรียกร่องเฉพาะความอิสระในแง่ขององค์กรเท่านั้น กล่าวคือ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องไม่ใช่องค์กรที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหารแต่ในขณะที่ความเป็นอิสระในแง่ของการทำหน้าที่วินิจฉัยนั้นมีชื่อเรียกร่องแตกต่างไปจากองค์กรตุลาการ หรือผู้พิพากษา องค์กรตุลาการนั้นเรียกร่องความเป็นอิสระทั้งในแง่ขององค์กร และในแง่ของ การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาในการวินิจฉัยอรรถคดีด้วย ทั้งนี้ ได้มีการบัญญัติเรื่องหลักประกันความอิสระของผู้พิพากษาไว้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทความอิสระในแง่ของการทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทนั้น กรรมการที่อยู่ในคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมิได้มีหลักประกันความอิสระเหมือนกรณีผู้พิพากษา¹⁰⁸

องค์กรที่จะเป็น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท นั้นจะต้องเป็น องค์กรที่วินิจฉัยข้อพิพาท ลักษณะขององค์กรที่วินิจฉัยข้อพิพาทจึงเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยแล้วข่มก่อกำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น ๆ

2.4.3 ลักษณะและประเภทของการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอก ฝ่ายปกครอง

การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครองนั้นเป็น มาตรการอีกมาตรการหนึ่งในการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยให้องค์กรภายนอกฝ่ายปกครองมีส่วนในการควบคุมการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง เนื่องจากการให้ฝ่ายปกครองทำการควบคุมการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองเองนั้น อาจไม่ได้ประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากเป็นฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ดังนั้น การให้องค์กรภายนอกฝ่ายปกครองมีส่วนในการควบคุมฝ่ายปกครองจึงเป็นการยืนยันได้ว่าการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้นจะถูกตรวจสอบไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง¹⁰⁹

การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองมีอยู่หลายรูปแบบด้วยกัน เช่น การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม โดยที่องค์กรตุลาการมีหลักประกันความเป็นอิสระ พิจารณาคดีโดยเปิดเผย

¹⁰⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 89. หน้า 126-130.

¹⁰⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 493.

เปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสนับสนุนข้อต่อสู้ของตนและหักล้างข้อต่อสู้ของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ และต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Control) จึงเป็นระบบการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนดีที่สุดใน¹¹⁰

ระบบการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ

การควบคุมโดยองค์กรพิเศษเป็นการควบคุมโดยองค์กรพิเศษที่แยกต่างหากจากฝ่ายปกครองแท้ (I' Administration Active) และการควบคุมขององค์กรเหล่านี้ก็มีใช้ทั้งการควบคุมแบบศาลหรือทางการเมือง ในต่างประเทศองค์กรพิเศษอันเป็นที่รู้จักกันดี คือ Ombudsman และ Prokuratura ของราชอาณาจักรสวีเดนหรือสำนักงานอัยการของรัฐเซีย ในประเทศไทย องค์กรประเภทนี้อยู่ในรูปแบบขององค์กรอิสระที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายปกครองให้ดำเนินไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชน เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น¹¹¹

การควบคุมทางการเมือง

ในการปกครองระบบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา อาจกล่าวได้ว่ารัฐสภาและคณะรัฐมนตรีมีการตรวจสอบซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเด็ดขาด การควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองในทางการเมืองมีวิธีการที่สำคัญ คือ การตั้งกระทู้ถามการไต่สวนคณะกรรมการ (Parliamentary Officials Commission) และการเปิดอภิปรายทั่วไป เหตุผลที่องค์กรทางการเมืองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครองได้ เพราะนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง ถือว่าเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น องค์กรทางการเมืองจึงควบคุมฝ่ายปกครองได้โดยผ่านฝ่ายการเมืองดังกล่าว¹¹²

ประชาชนอาจเลือกใช้วิธีการเยียวยาทางการเมือง โดยการร้องทุกข์ต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคการเมือง หรือคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องของสภาผู้แทนราษฎร หรือผู้ตรวจการรัฐสภา ให้ช่วยดำเนินการแก้ไขปัญหาให้ ซึ่ง ส.ส. อาจใช้วิธีการติดต่อสอบถามเรื่องจากเจ้าหน้าที่

¹¹⁰ สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 92. หน้า 33-34.

¹¹¹ โกศล พลกุล. (2524). รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง. วารสารนิติศาสตร์, 12(1), หน้า 71.

¹¹² บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 89. หน้า 141.

ของรัฐ หรือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องหรือคณะกรรมการของสภาฯ อาจจะใช้วิธีการเชิญผู้แทนของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้มาชี้แจงข้อเท็จจริง (Fact) และขอให้รับไปดำเนินการแก้ไขปัญหาให้แก่ประชาชน ซึ่งถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องไม่ยอมดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ร้องทุกข์ ส.ส. หรือพรรคการเมืองก็อาจใช้วิธีการตั้งกระทู้ถามรัฐบาลในสภาฯ หรือใช้วิธีการกดดันทางการเมืองอย่างอื่น เช่น การเปิดเผยเรื่องดังกล่าวให้สื่อมวลชนทราบ เป็นต้น ¹¹³

การควบคุมทางการเมืองเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรทางการเมือง หรือลักษณะแห่งการใช้อำนาจเป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองเพื่อตรวจสอบ ควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครองของแต่ละประเทศได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนภายในประเทศมากน้อยเพียงใด หรือมีนโยบาย (Policy) ในทางการเมืองเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ได้แก่ รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ ¹¹⁴ พรรคการเมือง (Political Party) สหภาพแรงงาน สื่อมวลชน ขบวนการนักศึกษา เป็นต้น โดยเฉพาะ รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัตินั้น ถือว่าเป็นองค์กรหลักที่มีความสำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครองในทางการเมือง ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นไปในลักษณะของการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Check and Balance) อันถือว่า ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมิให้กระทำการขัดต่อกฎหมายหรือสร้างความเสียหายแก่ประชาชน โดยมีวิธีการในการควบคุม เช่น การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปราย การตั้งคณะกรรมการการพิจารณา ร่างกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือแม้กระทั่งการพิจารณางบประมาณ เป็นต้น ¹¹⁵

การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

การควบคุมโดยองค์กรอิสระ (Independent Entity) ตามรัฐธรรมนูญที่สำคัญ คือ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) เป็นองค์กรใหม่อีกองค์กรหนึ่งที่เป็นผลมาจากการปฏิรูปทางการเมือง ตามรัฐธรรมนูญปี 2540 ในอดีตที่ผ่านมา นั้น สักคมไทย ยังมีความพยายาม

¹¹³ ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 87. หน้า 318-319.

¹¹⁴ สภานิติบัญญัติ เป็นสภาที่ปรึกษาหารือชนิดหนึ่งซึ่งมีอำนาจผ่าน แก้ไขเพิ่มเติมและยกเลิกกฎหมาย กฎหมายที่เกิดจากสภานิติบัญญัติเรียก กฎหมายลายลักษณ์อักษร นอกเหนือไปจากการตรากฎหมายแล้ว สภานิติบัญญัตียังมีอำนาจสิทธิ์ขาดในการเพิ่มหรือลดภาษีและมีมติเห็นชอบงบประมาณและร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินอื่น

¹¹⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 493-494.

จะให้ให้มีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ครั้งแรกมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2517 แต่ก็ไม่สามารถจัดให้มีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้ ต่อมาในช่วงปี 2532-2533 ก็ได้มีความพยายามผลักดันให้มี “ผู้ตรวจการรัฐสภา” อีกแต่ก็ไม่สำเร็จ ความพยายามดังกล่าวมาประสบผลสำเร็จในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2534 (ครั้งที่ 5) ได้มีการกำหนดให้มี “ผู้ตรวจการรัฐสภา” แต่ก็ยังไม่มีการแต่งตั้งผู้ตรวจการรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว จนในที่สุดมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปทางการเมืองจึงกำหนดให้มีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เพื่อให้ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายโดยเป็นระบบการควบคุมที่นอกเหนือไปจากระบบการควบคุมหลักที่มีอยู่แล้ว¹¹⁶

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรใหม่อีกองค์หนึ่งที่ก่อตั้งขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 เหตุผลประการสำคัญที่ได้มีการก่อตั้งคณะกรรมการสิทธิฯ ขึ้นมานั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปทางการเมืองนั้น ได้ให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยบัญญัติให้มีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขึ้นเพื่อให้คณะกรรมการสิทธิฯ มีบทบาทในการมุ่งให้เกิดการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและ ต่อมา รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) และสำนักงาน ป.ช.ช. เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการพิจารณาตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นการทุจริตหรือประพฤติมิชอบหรือไม่¹¹⁷

ป.ช.ช. เป็นองค์กรที่มีการจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญที่ปฏิรูปทางการเมืองอีกองค์การหนึ่ง ป.ป.ช. ถึงแม้จะมีชื่อองค์กรใหม่เสียทีเดียว หากแต่เป็นองค์กรที่พัฒนามาจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (ป.ป.ป.) แต่โดยที่บทบาทอำนาจหน้าที่ของ ป.ป.ป. นั้น ยังไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุตามความมุ่งหมายของการตั้ง ป.ป.ป. ได้ ทั้งนี้ อาจด้วยเหตุผลหลายประการเช่น ระบบการคัดเลือกกรรมการ ป.ป.ป. ไม่เหมาะสม กรรมการและเจ้าหน้าที่ไม่มีอิสระตามสมควร ระบบการสืบสวนสอบสวนการทุจริตมีกระบวนการเดียวซึ่งใช้กับหน้าที่ทุกประเภททุกระดับ เป็นต้น และโดยที่ปัญหาการทุจริตเป็นปัญหาใหญ่และเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ต้องทำการปฏิรูปการเมือง ด้วยเหตุนี้เองเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปทางการเมือง จึงได้ยกสถานะของ ป.ป.ป. เป็น ป.ป.ช. ซึ่งมีบทบาทอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างไปจากเดิมหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเข้ามามีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบหาผู้ดำรง

¹¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 89. หน้า 152.

¹¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 23. หน้า 319.

ตำแหน่งทางการเมืองทั้งหลาย และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (National Anti-Corruption Commission)

เมื่อมีการปฏิรูปทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 จึงได้มีการกำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (State Audit Commission-SAC) โดยก่อนรัฐธรรมนูญฉบับเงินแผ่นดินซึ่งกระทำโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินนั้น ยังไม่เป็นอิสระและเป็นกลางอย่างแท้จริงตลอดจนที่ผ่านมานั้นการตรวจสอบนั้นก็ยังไม่ครอบคลุมการใช้เงินของแผ่นดินทุกลักษณะ ดังนั้น เมื่อมีการปฏิรูปการเมืองจึงกำหนดให้มี “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” โดยให้เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระทั้งการบริหารบุคคลและมีความอิสระทางงบประมาณ (Budget) โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับ “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” ไว้ในหมวด 11 ของรัฐธรรมนูญ และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ¹¹⁸

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ การขอรับการเยียวยา (Reparation) ทุกข์ โดยการฟ้องคดีต่อองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ หรือศาลมีลักษณะที่สำคัญดังนี้

- 1). มีวิธีพิจารณาความ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการฟ้องคดีและการพิจารณาคดีไว้เป็นที่แน่นอน เช่น คำฟ้องต้องใช้แบบที่กำหนดขึ้นและปิดอากร ฯลฯ
- 2). เรื่องที่นำมาฟ้องคดีต้องเป็นเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับโดยตรง
- 3). ในการฟ้องคดีนั้น ผู้ฟ้องคดีจะอ้างได้ก็แต่เพียงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวเท่านั้น จะยกข้ออ้างอื่นขึ้นมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีไม่ได้
- 4). ถ้าศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำที่ถูกนำมาฟ้องคดีนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการกระทำนั้น

การควบคุมฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองที่ดี การควบคุมโดยทางการเมืองที่ดี หรือการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ดี การควบคุมแต่ละรูปแบบย่อมมีข้อดีข้อด้อยแตกต่างกันออกไป ในบรรดาระบบการควบคุมการกระทำทางปกครอง อาจกล่าวได้ว่าการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ¹¹⁹ เป็นระบบการควบคุม

¹¹⁸ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542. (2542, 18 พฤศจิกายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 (ตอนที่ 115 ก), หน้า 1.

¹¹⁹ อำนาจตุลาการ เป็นระบบศาลซึ่งทำหน้าที่ตีความและใช้บังคับกฎหมาย (Apply the law) ในนามของรัฐ ตุลาการยังเป็นกลไกสำหรับระงับข้อพิพาท ภายใต้หลักการแยกใช้อำนาจ ฝ่ายตุลาการมักไม่สร้างกฎหมาย (ซึ่งเป็นการรับผิดชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ) หรือบังคับใช้กฎหมาย (Enforce the law) (ซึ่งเป็นการรับผิดชอบ

ที่ทำให้หลักประกันแก่ประชาชนที่ดีที่สุด และตามหลักนิติรัฐเรียกร้องการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยองค์กรตุลาการที่มีความอิสระ

การฟ้องคดีต่อศาลหรือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองโดยตุลาการนั้นนับว่าเป็นวิธีการที่มีความน่าเชื่อถือ (Credibility) และเด็ดขาดชัดเจนที่สุด เนื่องจากในการฟ้องคดีต่อศาลนั้น มีการกำหนดวิธีพิจารณาที่ชัดเจนและแน่นอนและการวินิจฉัยของศาลเป็นไปโดยอิสระ ต่างจากการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลก็ตาม องค์กรผู้มีหน้าที่ควบคุมล้วนแต่ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีทั้งสิ้น ดังนั้น จึงไม่อาจจะขจัดความเคลือบแคลงสงสัยในความมีอคติลำเอียงให้หมดสิ้นไปได้¹²⁰ ทั้งนี้ การใช้ระบบควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลขึ้นอยู่กับระบบศาลของแต่ละประเทศว่าประเทศนั้น ๆ จะใช้ระบบศาลแบบใด โดยอาจแบ่งได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ¹²¹ คือ

ระบบศาลเดี่ยว

อันมีศาลยุติธรรมตัดสินคดีทุกประเภทรวมทั้งคดีปกครอง โดยต้นแบบของระบบศาลเดี่ยว คือ ประเทศอังกฤษ ส่วนประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวส่วนใหญ่มักเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษ หรือใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law เนื่องจากแนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law นั้น ไม่ยอมรับการมีศาลปกครอง เพราะมองว่าทำให้เกิดความไม่เสมอภาค

ในระบบศาลเดี่ยว ลักษณะการควบคุมมักจะกระทำเพื่อตรวจสอบว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ดังต่อไปนี้

1. 'ได้กระทำการใด ๆ เกิดกว่าอำนาจที่ได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดหรือไม่'
2. 'ตีความกฎหมายและใช้กฎหมายเหมาะสมหรือไม่'
3. 'ดำเนินการใด ๆ ตามความยุติธรรมหรือไม่' และ
4. 'กระทำการใด ๆ ตามอำเภอใจและขาดเหตุผลหรือไม่'

ของฝ่ายบริหาร) แต่ตีความกฎหมายและใช้บังคับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงของแต่ละคดี ฝ่ายตุลาการมักได้รับการกิจให้ประกันความยุติธรรมเท่าเทียมกันตามกฎหมาย มักประกอบด้วยศาลอุทธรณ์สูงสุด (Court of Final Appeal) เรียกว่า "ศาลสูงสุด" หรือ "ศาลรัฐธรรมนูญ" ร่วมกับศาลที่ต่ำกว่า.

¹²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 14 (2), หน้า 1.

¹²¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 494.

ระบบศาลคู่

การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมักจะกระทำในลักษณะดังต่อไปนี้

1. เพิกถอนการกระทำในทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง (การกระทำในทางปกครองและสัญญา) ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นผลให้การกระทำในทางปกครอง หรือสัญญาที่ถูกเพิกถอนตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่ามาแต่ต้น
2. ไม่บังคับการกระทำในทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายในคดีใดคดีหนึ่ง
3. พิจารณาให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบในทางแพ่งอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด ๆ โดยมีชอบด้วยกฎหมาย
4. พินาศยาให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบตามสัญญาที่ทำไว้กับปัจเจกชน¹²²

ระบบศาลคู่ หรือระบบที่มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง¹²³ โดยเฉพาะ โดยมีประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ เช่น เบลเยียม เยอรมัน อิตาลี ออสเตรีย สวีเดน ซึ่งประเทศที่รับแนวความคิดการจัดตั้งศาลปกครองนั้นมักอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law โดยประเทศเหล่านี้มองว่าการมีศาลปกครองจะทำให้การวินิจฉัยคดีปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับฝ่ายปกครองมากกว่าการให้ศาลยุติธรรมซึ่งผู้พิพากษาส่วนใหญ่มีความชำนาญในระบบกฎหมายเอกชน

ทั้งนี้การที่ประเทศใดจะเลือก ระบบศาลเดี่ยวหรือ ระบบศาลคู่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในแง่ประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง ระบบกฎหมาย และระบบศาลของประเทศนั้น ๆ เป็นสำคัญ¹²⁴

จุดมุ่งหมายของการควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองทั้ง 2 ระบบ ทั้งโดยระบบศาลคู่และศาลเดี่ยวแม้จะใช้ภาษาแสดงความมุ่งหมายคล้ายกันต่างกันแต่จุดประสงค์ของระบบการควบคุมล้วนเหมือนกัน กล่าวคือ ต่างมุ่งคุ้มครองและหาทางเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งสิ้น หากจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างก็ตรงที่ขอบเขตความคุ้มครองและการแก้ไขทดแทนผลจากการกระทำในทางปกครองเท่านั้น¹²⁵

¹²² อิศระ นิติกันต์. (2524). ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย. วารสารนิติศาสตร์, 1 (13). หน้า 93.

¹²³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 495.

¹²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส, วารสารกฎหมาย, 15 (3), หน้า 106-123

¹²⁵ ถาวร เกียรติทับทิว. (2551). คำอธิบายกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายปกครอง คดีปกครอง วิธีพิจารณา คดีปกครอง. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 331.