

## บทที่ 2

### วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎี หลักการเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจประกันภัย

ก่อนที่จะศึกษาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยควรที่จะต้องกล่าวถึง ประวัติความเป็นมาแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจประกันภัยเพื่อให้เข้าใจวัตถุประสงค์ความจำเป็นที่ต้องมีกฎหมายในการควบคุมกิจการธุรกิจประกันวินาศภัย

#### 2.1 วิวัฒนาการของการควบคุมธุรกิจประกันภัย

กิจการประกันวินาศภัยนั้นเริ่มขึ้นก่อนในยุโรปต่อมาจากนั้นจึงได้แผ่ขยายไปยังประเทศต่างๆ<sup>1</sup> และเนื่องจากบริษัทประกันภัยเป็นบริษัทที่ระดมเงินจากประชาชนในรูปของเบี้ยประกันซึ่งมีจำนวนมาก และประกอบกับมีผู้เอาประกันเป็นจำนวนมากเช่นกัน จึงทำให้ผู้บริหารของบริษัทประกันภัยสามารถซื้อโคงต่อบริษัทประกันภัยได้ เช่น ในศตวรรษที่ 18 มีผู้บริหารบริษัทประกันภัยซื้อโคงบริษัทประกันใน Great Britain รวมทั้งเกิดปัญหาการทุจริตของบริษัทประกันภัยมาสามารถดำเนินการต่อไปไม่ได้จึงทำให้มีมาตรการการกำกับดูแล โดยรัฐส่วนใหญ่แล้วประเทศต่างๆ จะกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยโดยอาศัยกฎหมายเพื่อใช้ในการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจประกันภัย เช่น ในประเทศอังกฤษมีพระราชบัญญัติบริษัทประกันวินาศภัย (Insurance Companies Act 1982) ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจประกันภัยทั้งระดับมลรัฐและรัฐบาลกลาง ซึ่งมีกฎหมายประกันภัยโดยเฉพาะเรียกว่า (Insurance Code) และในประเทศสิงคโปร์ก็มีกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจประกันภัยไว้โดยเฉพาะเช่นกัน คือ (Insurance Act 1994) การควบคุมธุรกิจประกันภัยในประเทศไทยการประกันภัยเป็นธุรกิจที่มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชน เป็นกิจการที่มีรากฐานอยู่บนความมั่นคงและความเชื่อถือของประชาชน เป็นเครื่องมือของสังคม ซึ่งมีลักษณะเป็นการสะสมเงินไว้จำนวนหนึ่งเพื่อจ่ายให้แก่สมาชิกที่เกิดความเสียหายขึ้น ผู้ที่ประกันภัยจึงได้ชื่อว่าได้ออนความเสี่ยงภัยของตนไปยังผู้รับ

---

<sup>1</sup> ศิริวรรณ วัลลิโกคม. การประกันภัยและการจัดการธุรกิจประกันภัย. สำนักพิมพ์ ศส.ท สมาคมส่งเสริมเทคโนโลยี (ไทยญี่ปุ่น). หน้า 48.

ประกันภัย การประกันภัยจึงเป็นการรวบรวมเอาคนที่เสี่ยงภัยในลักษณะเดียวกันมารวมกันแล้วผู้ที่รับประกันภัยก็จะคำนวณความเป็นไปได้ในการเกิดความเสียหายและคิดออกมาเป็นเบี้ยประกันภัย หลักการของผู้เอาประกันภัยนั้น ใช้หลักโอนความเสี่ยง ส่วนผู้รับประกันภัยใช้หลักการกระจายความเสี่ยง โดยที่ผู้รับประกันภัยก็จะทำหน้าที่ระดมทุนจากผู้เอาประกันภัย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมธุรกิจประกันภัยจึงมีความจำเป็นดังปรากฏในอารัมภบทแห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยและผาสุกแห่งสาธารณชนพุทธศักราช 2471 ว่า “โดยที่พระราชดำริว่า พาณิชยและอุตสาหกรรมของประเทศไทย ได้วิวัฒนาการถึงซึ่งความจำเป็นที่จะต้องกำหนดการควบคุมกิจการค้าทั้งหลายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน เพื่อคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของพสกนิกรให้เป็นที่เรียบร้อยสืบไป”

ในบรรดากิจการค้าขายหลายอย่างที่กระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน ตามความหมายของพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็ได้รวมถึงการประกันภัยรวมอยู่ด้วย ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ว่า

“ห้ามมิให้บุคคลผู้ใดประกอบกิจการประกันภัยหรือกิจการอื่น อันมีสภาพคล้ายคลึงกัน ในกรุงสยาม เว้นแต่จะได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะการนั้น และในเวลาที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะการ ห้ามมิให้ประกอบกิจการค้าขายดังกล่าวนั้นในกรุงสยาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐบาลทางเสนาบดีเจ้าหน้าที่เสียก่อนจึงประกอบกิจการได้”

ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้ถือว่าเป็นกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจประกันภัยฉบับแรกของประเทศไทยอีกด้วย แต่ไม่มีใครอธิบายว่าเหตุใดจึงต้องควบคุม<sup>2</sup>

นอกจากนั้น ในบทบัญญัติมาตรา 8 ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับผู้ละเลยไม่ปฏิบัติตามด้วย สำหรับเสนาบดีเจ้าหน้าที่ในขณะนั้นได้แก่ เสนาบดีกระทรวงพาณิชย์และคมนาคมก่อน<sup>3</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการธุรกิจประกันภัย จนกระทั่งเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2472 กระทรวงพาณิชย์และคมนาคม ได้ประกาศกำหนดเงื่อนไขการขอรับอนุญาตประกอบธุรกิจประกันภัยทั้งประกันชีวิตและประกันวินาศภัยเงื่อนไขทั้งสองฉบับได้ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ เพราะบริษัทที่ขออนุญาตประกอบการประกันภัยในระยะแรกนี้ส่วนใหญ่เป็นบริษัทประกันภัยต่างประเทศ

<sup>2</sup> ตูเมธ งานประดับ. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจประกันภัย. ระเบียบ 49 (สิงหาคม 2549). หน้า 111-112

<sup>3</sup> พงนิษฐ์ ธนวรานิช, ชีรพันธุ์ คงพลอย และอาทร ดิตศิริานนท์. เอกสารประกอบการสอนชุดวิชา หลักการประกันภัย หน่วยที่ 9-15. (นนทบุรี. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2543). หน้า 434.

ในขั้นนี้ เสนาบดีกระทรวงพาณิชย์และคมนาคม ได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติและเงื่อนไขดังกล่าว จัดตั้ง “กองควบคุมบริษัทประกันภัย” ขึ้น โดยให้สังกัดกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์และคมนาคม เมื่อวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2472 นั้น ซึ่งผู้ใดจะเริ่มประกอบกิจการประกันภัยจำเป็นต้องขอรับอนุญาตก่อน และบุคคลที่ประกอบกิจการประกันภัยอยู่แล้วในวันที่ใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ต้องขอรับอนุญาตภายในวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2472 ด้วย

ในเบื้องต้นมีสถิติเกี่ยวกับการจดทะเบียนรายงานว่า ในระหว่างการประชุมร่างเงื่อนไขควบคุมกิจการประกันภัย พ.ศ. 2472 นั้น ได้มีบริษัทประกันภัยยื่นความจำนงขอประกอบกิจการประกันภัยในประเทศไทยเป็นจำนวนถึง 286 ราย ซึ่งสามารถแยกประเภทได้ดังนี้<sup>4</sup>

1. ประกันอัคคีภัย 74 ราย
2. ประกันชีวิต 6 ราย
3. ประกันภัยทางทะเล 177 ราย
4. ประกันภัยรถยนต์ 15 ราย
5. ประกันอันตรายทั่วไป 3 ราย
6. ประกันภัยโจรกรรม 2 ราย และ
7. ประกันภัยเบ็ดเตล็ด 9 ราย

โดยใน 286 รายนี้ได้รับอนุญาตชั่วคราวให้ทำการประกันภัยได้ บริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการประกันภัยเป็นอันดับแรกตามประเภทของ กิจการประกันภัยมีดังนี้

1. บริษัท โตเกียวมารีนแอนดส์ไฟร์อินชัวร์นส์ จำกัด สัญชาติญี่ปุ่น ได้รับอนุญาตประกอบกิจการประกันอัคคีภัยในวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2472 โดยมีบริษัทมิตซุบิชิประกันภัยเป็นตัวแทนในประเทศไทย

2. บริษัท เตียอันเป่าเซียม จำกัด จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดในประเทศไทยได้รับอนุญาตให้ประกอบการประกันภัยทางทะเลในวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2472

3. บริษัท ขอเตอร์ยูเนียนอินชัวร์นส์ จำกัด สัญชาติอังกฤษ ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการประกันอุบัติเหตุในวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2473 โดยมีบริษัท โซม์แอนด์คอมพานีเป็นตัวแทนในประเทศไทย

<sup>4</sup> นายโชค ภัคคีอักษร. อำนาจนายทะเบียนประกันภัย: ศึกษากรณีการควบคุมการค้าเงินการของบริษัทประกันวินาศภัยที่มีฐานะหรือการค้าเงินการอยู่ในลักษณะอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เอาประกัน. วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 2550. หน้า 14

สำหรับเงื่อนไขการจดทะเบียนนั้นมีข้อความเพียงว่าบริษัทประกันต้องมีทุนชำระแล้วอย่างน้อย 2 แสนบาท ต้องฝากหลักทรัพย์ไว้กับรัฐบาลไทยหรือสถานทูตไทยในต่างประเทศ ต้องพิมพ์โฆษณาฐานะการเงินของบริษัทในหนังสือพิมพ์เป็นประจำปีและกำหนดให้ส่งรายงานแสดงกิจการประจำปีและรายงานแสดงทรัพย์สินด้วย โดยการกำหนดเงื่อนไขควบคุมกิจการประกันภัยขึ้นนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อความปลอดภัยแก่ประชาชนและผู้เอาประกัน และทำให้ทราบถึงฐานะการเงินของบริษัทว่ามีความมั่นคงเพียงใด

หลังจากนั้น ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศเงื่อนไขหลายครั้งและไม่เคยมีการเสนอร่างกฎหมายประกันภัยใหม่ขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2497-2898 และได้ทำการร่างจนแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2499 แต่ไม่ได้เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ด้วยเหตุผลทางการเมืองบางประการ

จนกระทั่งเมื่อ พ.ศ. 2507 ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกันชีวิตและร่างพระราชบัญญัติประกันวินาศภัยเข้าสู่สภา และได้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา จากนั้นประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2510 เมื่อวันที่ 14 เมษายน พ.ศ. 2510 โดยในปีนั้นมีบริษัทประกันชีวิตและบริษัทประกันวินาศภัยได้รับใบอนุญาตทั้งหมด 188 บริษัท เป็นบริษัทต่างชาติ 74 บริษัท และบริษัทไทย 114 บริษัท มีบริษัทเล็กกิจการไปทั้งหมดประมาณ 100 บริษัท

เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายประกันภัยทั้ง 2 ฉบับนี้ตามกฎหมายมีอยู่ว่า “ขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายควบคุมประกันวินาศภัยและการประกันชีวิต โดยเฉพาะการควบคุมกิจการ ดังกล่าวได้อาศัยเงื่อนไขควบคุมกิจการประกันภัยซึ่งออกตามความในพระบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ซึ่งยังไม่รัดกุมพอ เป็นเหตุให้บริษัทประกันวินาศภัยและบริษัทประกันชีวิตมีฐานะการเงินไม่มั่นคง ทำให้ผู้เอาประกันวินาศภัยและผู้เอาประกันชีวิตเสียเปรียบ และไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร จึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้ขึ้น เพื่อควบคุมบริษัทประกันวินาศภัยและบริษัท ประกันชีวิตให้ดำเนินการโดยเล็งถึงผลประโยชน์ของผู้เอาประกันภัยและผู้เอาประกันชีวิต มิได้ดำเนินการไปในทางที่เสียหายและเพื่อส่งเสริมการประกันภัยให้เจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้นให้ทันกับความต้องการของประชาชน เพราะการประกันวินาศภัยเป็นการช่วยให้ผู้ที่ถูกละเมิดทางร่างกายและทรัพย์สินได้รับการชดเชยค่าเสียหาย และช่วยบรรเทาความเดือดร้อนแก่เจ้าของทรัพย์สินที่ได้เอาประกันภัยไว้ เพื่อก่อให้เกิดความปลอดภัยและความเชื่อมั่นแก่ผู้ประกอบการค้าและอุตสาหกรรมในการลงทุนในประเทศได้อย่างดีอีกด้วย และเพราะการประกันชีวิตนอกจากจะช่วยบรรเทาความเดือดร้อนทางการเงินแก่ผู้เอาประกันชีวิตแล้ว ยังเป็นสถาบันการเงินที่สำคัญในการช่วยพัฒนาการเศรษฐกิจของประเทศอีกด้วย

ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2515 มีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 59 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนพุทธศักราช 2471 พร้อมทั้งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกำหนดกระทรวงเจ้าหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายฯ แล้วกำหนดเรื่องการควบคุมกิจการต่างๆ ใหม่ ตามข้อ 5 และข้อ 21 ของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้น มีความว่า

ข้อ 5 “เมื่อได้มีประกาศของรัฐมนตรีกำหนดกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังระบุไว้ต่อไปนี้ หรือกิจการอันมีสภาพคล้ายคลึงกัน ให้เป็นกิจการที่ต้องขออนุญาต ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการนั้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี”

ข้อ 21 “ให้ถือว่ากิจการประกันภัยฯลฯ เป็นกิจการที่รัฐมนตรีได้ประกาศตามข้อ 5 แล้ว ฯลฯ อย่างไรก็ตามในข้อ 6 กำหนดว่า

“ในกรณีที่มิใช่กฎหมายเฉพาะว่าด้วยกิจการตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 หรือข้อ 5 การประกอบกิจการดังกล่าว ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกิจการนั้น

ดังนั้น กิจการประกันวินาศภัยและการประกันชีวิต ก็เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2510 ได้ใช้มาทั้งสิ้น 25 ปี ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยทั้ง 2 ฉบับเสียใหม่ โดยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 แทนที่กฎหมายประกันภัยทั้ง 2 ฉบับนั้น และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2535 จนกระทั่งถึงปัจจุบัน

ต่อมาเมื่อวันที่ 28 สิงหาคม พ.ศ. 2550 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย พ.ศ. 2550 ขึ้น ทั้งนี้โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้ว่า “โดยที่ปัจจุบันการประกอบธุรกิจประกันภัยได้พัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว รูปแบบการประกันภัยมีความหลากหลาย มีเงินหมุนเวียนในธุรกิจนี้หลายหมื่นล้านบาทในแต่ละปี และผู้เอาประกันภัยได้เพิ่มจำนวนขึ้นเป็นอย่างมาก การประกอบธุรกิจประกันภัยจึงมีลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงินประเภทหนึ่งซึ่งมีผลกระทบโดยตรงต่อระบบเศรษฐกิจและการเงินของประเทศและต่อผู้เอาประกันภัยซึ่งเป็นผู้บริโภค องค์กรกำกับดูแลการประกอบธุรกิจประกันภัยจึงต้องมีความคล่องตัวเพื่อให้ทันต่อพัฒนาการของธุรกิจนี้ และต้องมีอิสระในการดำเนินงาน เพื่อให้การกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยเป็นไปตามหลักวิชาการด้านการประกันภัย แต่การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจประกันภัยในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะของการประกอบธุรกิจประกันภัยที่เป็นธุรกรรมทางการเงินที่ควรอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงการคลัง นอกจากนี้ กรมการประกันภัยมีฐานะเป็นส่วนราชการจึงไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการดูแลการประกอบธุรกิจประกันภัย ดังนั้น เพื่อให้การกำกับดูแลการ

ประกอบธุรกิจประกันภัยและการคุ้มครองสิทธิของผู้เอาประกันภัยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพกรณี จึงสมควรให้มีคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยที่มีความเป็นอิสระ และคล่องตัวในการกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยขึ้นเป็นการเฉพาะ”

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้อยู่ที่มาตรา 6 ซึ่งกำหนดให้มีการจัดตั้ง “คณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย” ขึ้นและกำหนดให้อำนาจของรัฐมนตรี ตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 7 วรรคสาม มาตรา 13 มาตรา 16 มาตรา 19 มาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 28 มาตรา 31 มาตรา 32 มาตรา 34 มาตรา 36 มาตรา 52 มาตรา 53 มาตรา 60 มาตรา 62 มาตรา 77 และ มาตรา 88 และตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 8 วรรคสาม มาตรา 14 มาตรา 17 มาตรา 20 มาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 28 มาตรา 30 มาตรา 35 มาตรา 37 มาตรา 47 มาตรา 53 มาตรา 54 มาตรา 63 มาตรา 65 มาตรา 67 มาตรา 82 และมาตรา 93 เป็นอำนาจของ คณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย นอกจากนี้ยังกำหนดให้อำนาจของนาย ทะเบียนตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 37 มาตรา 39 มาตรา 44 มาตรา 46 มาตรา 50 มาตรา 57 มาตรา 63 มาตรา 64 มาตรา 66 มาตรา 68 วรรคสอง มาตรา 75 และมาตรา 77 เป็นอำนาจของคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบ ธุรกิจประกันภัย พ.ศ. 2550 มาตรา 3 นี้ ยังกำหนดให้พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และ พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 รวมถึงบรรดากฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ และ คำสั่งที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าวให้คงใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ อีกด้วย<sup>5</sup>

## 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจประกันภัย

ธุรกิจประกันภัยเป็นธุรกิจที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจการพัฒนาทางเศรษฐกิจของ ประเทศเป็นอย่างมาก เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการเงิน และเป็นตลาดทุนอย่างหนึ่งที่สะสมเงินออม ของประชาชนไว้ทั้งแบบระยะสั้น ระยะปานกลาง และระยะยาว จึงอาจถือได้ว่าธุรกิจประกันภัย เป็นสถาบันการเงินอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศเป็นอย่างมากฉะนั้น เมื่อธุรกิจ ประกันภัยถือว่าเป็นสถาบันการเงินอย่างหนึ่งจึงเป็นธุรกิจที่ต้องการความมั่นคงอย่างสูงอีกด้วย

เนื่องจากหากธุรกิจประกันภัยประสบความล้มเหลวทางการดำเนินการหรือทางการเงิน ก็ย่อมส่งผลถึงประชาชนผู้ถือกรมธรรม์ที่มีจำนวนมาก เป็นความเสียหายที่มีผลกระทบในวงกว้าง

<sup>5</sup> นายโชติ ภัคดีอักษร. อ้างแล้ว. หน้า 12-18

ทั้งภาครัฐและเอกชน รัฐจึงมีความจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลธุรกิจประกันภัย ทั้งในส่วนของสัญญาประกันภัย กรมธรรม์ประกันภัย เบี้ยประกันภัย รวมถึงการใช้อำนาจในการตรวจสอบดูแล และควบคุมธุรกิจประกันภัยด้วย โดยอาจจะควบคุมดูแลทั้งทางสถานะทางการเงินของธุรกิจประกันภัยเอง หรืออาจจะควบคุมลักษณะการดำเนินการของธุรกิจประกันภัยที่มีลักษณะการดำเนินการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เอาประกันภัยหรือประชาชน เพื่อมิให้ผู้มีอำนาจในการบริหารงานในบริษัทประกันภัยดำเนินกิจการไปในทางที่อาจจะเกิดความเสียหายแก่บริษัทประกันภัย รวมถึงกระทบต่อประชาชนโดยรวมได้

เรื่องการใช้อำนาจรัฐในการแทรกแซงกิจการของเอกชนนั้นเป็นเรื่องสืบเนื่องมาจากแนวความคิดเรื่องหลักการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาว่า ที่มาของอำนาจรัฐมาอย่างไร จากแนวคิดทั้งหลายนั้นจะเห็นได้ว่าอำนาจรัฐก็มาจากพลังมวลชนหรือประชาชนนั่นเอง ดังนั้นการที่รัฐได้ใช้อำนาจก็ดี หรือจะใช้อำนาจใดๆก็ดี เป็นเรื่องที่รัฐได้ใช้ในฐานะเป็นตัวแทนของสังคม ซึ่งในเรื่องนี้ เฮเกล ได้ให้ความเห็นว่า การที่รัฐจะแทรกแซงสังคมได้ก็ต่อเมื่อเป็นการเข้าไปดำเนินการเพื่อแก้ไขความยุติธรรมหรือไม่เท่าเทียมกันของสังคม และเพื่อป้องกันจากปัญหานี้รวมทั้งเป็นการส่งเสริมประโยชน์ของสาธารณชน เช่น ในการศึกษาวิจัยเรื่องอำนาจรัฐมนตรีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่รัฐมีความจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงการดำเนินการของบริษัทประกันภัยที่ประสบภาวะล้มเหลวทางการดำเนินการ เพื่อประโยชน์ของสาธารณชนและผู้เอาประกันภัย รวมถึงเพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นอีกในอนาคต และยังกำหนดให้มีมาตรการใดๆ เพื่อส่งเสริมประโยชน์ของบริษัทประกันชีวิตเองหรือผู้เอาประกันภัยหรือสาธารณชนอีกด้วย เป็นต้น

ในการนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ฉบับปัจจุบันได้บัญญัติเรื่องอำนาจรัฐในการเข้าแทรกแซงกิจการของเอกชนไว้โดยตรงในมาตรา 84 (1) ซึ่งบัญญัติอยู่ในหมวด 5 เรื่องแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ดังนี้

มาตรา 84 “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้

(1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม โดยอาศัยกลไกตลาดและสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค”

จากมาตรานี้จะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายหรือกฎเกณฑ์การควบคุมธุรกิจก็สามารถทำได้เช่นกัน คือในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ

<sup>6</sup> สุเมธ งานประดับ. อ้างแล้ว. หน้า 110.

รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค ซึ่งในส่วนของกิจการบริษัท ประกันวินาศภัยก็เป็นกิจการที่มีความสำคัญดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เนื่องจากเป็นธุรกิจที่มีความสำคัญ ต่อระบบเศรษฐกิจ การพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศเป็นอย่างมาก เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการเงิน และเป็นตลาดทุนอย่างหนึ่งที่สะสมเงินออมของประชาชนไว้ทั้งแบบระยะสั้น ระยะปานกลาง และระยะยาว ซึ่งอาจถือได้ว่าธุรกิจประกันภัยเป็นสถาบันการเงินอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศเป็นอย่างมาก และยังเป็นธุรกิจที่ต้องการความมั่นคงอย่างสูง จึงถือได้ว่ามีความเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐเช่นกัน ไม่มากก็น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ ดังนั้นกิจการประกันภัยจึงเป็นกิจการที่รัฐสามารถใช้อำนาจเข้าแทรกแซงได้กิจการหนึ่ง

### 2.3 ทฤษฎีว่าด้วยหน้าที่ของรัฐ

ทฤษฎีว่าด้วยหน้าที่ของรัฐนี้จะศึกษาเพื่อประกอบเรื่องหน้าที่ของรัฐที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งโดยเนื้อหาแล้วเป็นเรื่องของการดำเนินกิจการของรัฐว่าในแต่ละรูปแบบจะมีการดำเนินไปโดยลักษณะใด โดยบุคคลกลุ่มใดในเรื่องเดียวกันนี้มีนักวิชาการหลายท่านเรียกชื่อต่างกัน ไปบางท่านเรียกว่าเป็นเรื่อง “อุดมการณ์ทางการเมือง” บางท่านก็ว่าเป็นเรื่อง “ทฤษฎีว่าด้วยหน้าที่ของรัฐ”<sup>7</sup> นอกจากนี้บางท่านก็แบ่งประเภทต่างออกไป เช่นเรียกคอมมิวนิสต์ว่าเป็น ทฤษฎีทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง หรือเรียกสังคมนิยมว่าเป็น “ลัทธิทางเศรษฐกิจ” เป็นต้น

ประโยชน์ในการศึกษาเรื่องทฤษฎีว่าด้วยหน้าที่ของรัฐนี้ เพื่อทราบถึงความรู้ทางทฤษฎีเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐ ความจำเป็นที่รัฐต้องเข้ามาแทรกแซงหรือมีบทบาทในกิจการบางเรื่องที่เป็นเรื่องกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐ หรือทางเศรษฐกิจ แม้จะเป็นกิจการของเอกชนก็ตาม อันจะเป็นพื้นฐานความรู้ที่สำคัญที่สนับสนุนสมมติฐานที่ว่ารัฐต้องเข้ามามีบทบาทในการออกกฎหมาย ระเบียบ บางเรื่องที่เป็นการให้อำนาจนายทะเบียนเข้ามาแทรกแซงกิจการประกันภัยของเอกชนเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ รวมถึงเพื่อการฟื้นฟูระบบการจัดการบริษัทประกันชีวิตที่กำลังจะประสบภาวะล้มเหลว หรือประสบภาวะล้มเหลว เพื่อประโยชน์แก่ตัวบริษัทประกันชีวิตนั่นเองต่อไป

<sup>7</sup> อานนท์ อากาภิรม. รัฐศาสตร์เบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โอเคียนสโตร์, 2545). หน้า 105-106.

<sup>8</sup> คำรึห์ บูรณะนนท์. ความรู้เบื้องต้นทางรัฐศาสตร์และกฎหมายเอกชน. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548). หน้า 70.

<sup>9</sup> สานธิ เดชพันธ์. พื้นฐานรัฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2543). หน้า 250.



ในเรื่องทฤษฎีว่าด้วยหน้าที่ของรัฐได้แบ่งออกเป็นหลายประเภท แต่ที่ยอมรับกันโดยทั่วไปนั้นมีอยู่ 5 ทฤษฎีดังนี้

1. ทฤษฎีปัจเจกชนนิยม
2. ทฤษฎีอนาธิปไตย
3. ทฤษฎีสังคมนิยม
4. ทฤษฎีคอมมิวนิสต์
5. ทฤษฎีฟาสซิสต์

ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยเรื่องนี้โดยตรงคือ ทฤษฎีปัจเจกชนนิยมที่กล่าวถึงเสรีภาพของบุคคลในการดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่รัฐต้องเข้ามาบีบบทบาทแทรกแซงน้อยที่สุด และรัฐต้องเข้ามาในกรณีเพื่อประโยชน์ของสาธารณะเท่านั้น ดังนั้นจะได้ยกหลักการของทฤษฎีดังกล่าวมาซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ทฤษฎีนี้ยกย่องและนับถือสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมาก ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าบุคคลแต่ละบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในการพัฒนาตามความถนัดของตน รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงในกิจการของบุคคล ซึ่งรัฐมีหน้าที่เพียงรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศเท่านั้น แต่อาจรวมถึงการตัดสินข้อพิพาทระหว่างบุคคลด้วย<sup>10</sup> ทฤษฎีปัจเจกชนนิยมนี้ หลายท่านจัดเข้าอยู่ในอุดมการณ์เชิงปรัชญาของประชาธิปไตย

นอกจากนั้น ยังมีคำกล่าวสำคัญของทฤษฎีนี้ว่า “รัฐบาลที่ดี คือ รัฐบาลที่ปกครองน้อยที่สุด” และ “ค่าของกิจการที่เอกชนทำ และความคิดริเริ่มของเอกชนย่อมสร้างความเจริญแก่สังคม”<sup>11</sup> ซึ่งทฤษฎีนี้ดูเผินๆ เหมือนเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวกับเอกชน แต่จริงๆ แล้ว เป็นหลักปรัชญาของรัฐบาลมากกว่า เป็นหลักการที่รัฐบาลที่ยึดมั่นในทฤษฎีนี้จะต้องยึดถือเสมอว่าจะไม่เข้าไปก้าวก่ายในกิจการใดๆ ของเอกชน

ทฤษฎีปัจเจกชนนิยมนี้ อาจกล่าวได้ว่ามีจุดกำเนิดจาก “คำประกาศสิทธิมนุษยชน (แต่ละคน) และพลเมือง (แต่ละคน)” ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศส คำประกาศนี้เน้นตรงที่การให้ความสำคัญกับความเป็นคนของแต่ละคน การยอมรับคุณค่าที่มีอยู่ในตัวของแต่ละบุคคล รัฐไม่อาจเข้าไปก้าวก่ายได้ เว้นไว้แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม<sup>12</sup> ตัวอย่างเช่น

<sup>10</sup> อานนท์ อากาภิรม. อ้างแล้ว. หน้า 119.

<sup>11</sup> คำริห์ บุรณะนนท์. อ้างแล้ว. หน้า 70.

<sup>12</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *กฎหมายมหาชนเล่มที่ 1*. พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546). หน้า 87.

ข้อ 1 ระบุว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน”<sup>13</sup>

ข้อ 4 “เสรีภาพก็คือ ความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่น ของสังคม สามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นว่านี้ จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่บท กฎหมายเท่านั้น”<sup>14</sup>

ข้อ 5 “กฎหมายมีสิทธิที่จะห้ามเฉพาะการกระทำที่รบกวนสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่ไม่มี กฎหมายห้าม ใครจะห้ามไม่ให้ทำย่อมไม่ได้ และในทำนองกลับกัน บุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้ กระทำการในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ”<sup>15</sup>

นอกจากที่ปรากฏอยู่ใน “คำประกาศสิทธิมนุษยชน (แต่ละคน) และพลเมือง (แต่ละคน)” แล้ว ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ก็มีบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลจาก ทฤษฎีนี้เช่นกัน คือ มาตรา 43,83 และมาตรา 84(1) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 43 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการ แข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษา ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัด ความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

มาตรา 83 “รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการดำเนินการตามแนวปรัชญาเศรษฐกิจ พอเพียง”

มาตรา 84 “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้

(1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม โดยอาศัยกลไกตลาด และ สนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและยกเว้นการตรากฎหมายและ กฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

<sup>14</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ. อ้างแล้ว, หน้า 84.

<sup>15</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ. อ้างแล้ว, หน้า 84.

ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองข้างต้น ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีปัจเจกชนนิยม โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน มาตรา 84 (1) ยังแสดงให้เห็นถึงแนวคิดของทฤษฎีเสรีนิยม (Laissez-faire) อีกด้วย

2.3.1 ทฤษฎีการใช้อำนาจรัฐยังอธิบายหน้าที่ของรัฐต่อไปอีกด้วยว่ารัฐมีหน้าที่กำหนดเองว่าประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชนคืออะไร<sup>16</sup> และเนื่องจากเงื่อนไขการเป็นตัวแทนของสังคมนี้เองทำให้รัฐสามารถอ้างเหตุผลในการตรากฎหมายใดๆ ออกมาใช้บังคับใช้แก่สมาชิกในสังคม หรือแม้แต่การเข้าแทรกแซงครอบงำวิถีชีวิตของสมาชิกในสังคมได้กว้างขึ้น โดยไม่เพียงจำกัดอยู่เพียงแต่ภารกิจในการดูแลรักษาความเรียบร้อยมั่นคงของรัฐและสังคม ไม่ว่าทางการทหารหรือทางอื่นใด เป็นต้น<sup>17</sup>

## 2.4 ทฤษฎีในการกำกับดูแลและควบคุมธุรกิจประกันภัย

ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทกล่าวคือ ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งมีหลายทฤษฎีที่ว่าด้วยประโยชน์สาธารณะมากแล้ว และทฤษฎีทางรัฐศาสตร์โดยจะกล่าวเป็นลำดับต่อไปนี้

### 2.4.1 ทฤษฎีว่าด้วยประโยชน์สาธารณะ (Public Interest Theory)

คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ได้มีคำจำกัดความไว้หลายความหมาย ดังนี้

1. ประโยชน์สาธารณะจะต้องตั้งอยู่บนความสมดุล กล่าวคือ ผู้บริโภค หรือผู้เอาประกันภัยต้องการเสียอัตราเบี้ยประกันภัยที่ต่ำ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องให้ผู้ประกันภัยสามารถดำรงอยู่ได้

2. ประโยชน์สาธารณะ คือ การประนีประนอม ผลประโยชน์ กล่าวคือ การยอมเสียผลประโยชน์บางส่วนเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือหลักของการเฉลี่ยภัย

3. ประโยชน์สาธารณะ คือ การเสียสละความต้องการของคนส่วนน้อยเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะชน เช่น การทำสัญญาคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ

<sup>16</sup> คำรึห์ บูรณะนนท์. อ้างแล้ว, หน้า133.

<sup>17</sup> ชัยอนันต์ สมุทวณิช. รัฐกับสังคม: ไตรลักษณ์รัฐไทยในพหุสังคมสยาม. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์, 2533). หน้า 75.

4. ประโยชน์สาธารณะจะสำคัญกว่าประโยชน์ส่วนตัว กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายจะต้องให้มีอัตราเบี้ยประกันภัยค่า ทั้งนี้ เพื่อให้มีผู้เอาประกันภัยมากขึ้นก็จะเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากขึ้น

5. ประโยชน์สาธารณะจะเป็นอย่างไรก็ตามจะขึ้นกับบุคคล กลุ่มขององค์กรและระบบว่าประโยชน์สาธารณะนั้นคืออะไร และครอบคลุมเพียงใด

ลักษณะของการออกกฎหมายก็มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ มิใช่เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล และไม่ว่าจะมาจากกลุ่มใดๆ ก็ตาม ผลสุดท้ายจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายประกันภัยขึ้นมาก็เพื่อป้องกันความล้มเหลวของการประกอบธุรกิจประกันภัย ซึ่งหากธุรกิจประกันภัยล้มเหลวก็ทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้ และนอกจากนี้ก็เพื่อสร้างความมั่นคงหรือเสถียรภาพของระบบประกันภัย เช่น กรณีบริษัทประกันภัยหรือผู้รับประกันภัยไม่สามารถชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ ก็ส่งผลกระทบต่อผู้เอาประกันภัย และเบี้ยประกันภัยที่ผู้เอาประกันภัยได้จ่ายไปแล้วก็ไม่ได้คืน

กรณีดังกล่าวจึงมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และก่อความไม่น่าเชื่อถือของผู้รับประกันภัย ตัวอย่างของการกำกับดูแลการประกันภัยที่สามารถป้องกันความไม่สามารถชำระหนี้ของบริษัทประกันภัยนั้นจะต้องมีหลักการดังนี้

1. บริษัทประกันภัยจะต้องมีเงินสำรองที่เพียงพอสำหรับการจ่ายค่าสินไหมทดแทน
2. บริษัทประกันภัยจะต้องได้รับการตรวจสอบฐานะทางการเงินเป็นระยะเวลา และสม่ำเสมอ
3. บริษัทประกันภัยจะต้องถูกจำกัดให้มีการลงทุนที่มีความเสี่ยงน้อย

#### 2.4.2 ทฤษฎีในทางรัฐศาสตร์

ทฤษฎีในทางรัฐศาสตร์นั้นเป็นทฤษฎีที่แตกต่างจากทฤษฎีประโยชน์ สาธารณะเพียงเล็กน้อย กล่าวคือ กระบวนการออกกฎหมายนั้นจะอยู่ภายใต้สภาวะทางการเมือง โดยจะมีกลุ่มที่มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายอยู่ 4 ประเภท คือ ผู้แทนของผู้กำกับดูแล ผู้ถูกควบคุม คือ บริษัทประกันภัย บุคคลที่เอาประกันภัยหรือบุคคลภายนอกที่ได้รับผลกระทบ และกลุ่มสุดท้าย คือ ผู้มีอิทธิพลในทางการเมืองระดับสูง อย่างไรก็ตามไม่ว่ากลุ่มใดจะมีอิทธิพลในการออกกฎหมายก็จะต้องอาศัยประเด็นอยู่ 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรก คือ ประเด็นที่ชัดเจน กล่าวคือ เป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับชีวิตและความเป็นอยู่ และความคิดในทางการเมืองของกลุ่มดังกล่าวด้วย ประเด็นที่สองคือ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเทคนิคหรือความรู้เฉพาะด้านของกลุ่มดังกล่าวว่ามีความรู้ในเรื่องดังกล่าวเพียงใด ตัวอย่างในกรณีการออกกฎหมายประกันภัยก็อยู่ภายใต้สภาวะการเมืองเช่นกัน

โดยมีกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องในการออกกฎหมายอยู่หลายกลุ่ม เช่น ผู้ควบคุมการประกันภัย บริษัทประกันภัย กลุ่มที่มีบริษัทประกันภัย กลุ่มผู้บริโภค กลุ่มอื่นๆ ซึ่งในกลุ่มบุคคลดังกล่าวจะได้เถียงกันกับประเด็นที่ว่าประเด็นประเภทใดคงที่กล่าวมาข้างต้น เช่น เคยมีการโต้เถียงในประเด็นว่าอัตราเบี้ยประกันภัยเหมาะสมและเพียงพอหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นที่กระทบต่อผู้เอาประกันภัยและผู้รับประกันภัย ซึ่งเป็นประเด็นที่ชัดเจน หรือใช้วิธีการกระทำประชาพิจารณ์ เมื่อเป็นดังนั้นจึงได้มีการให้บริษัทประกันภัย ผู้เอาประกันภัยโต้เถียงและหาข้อสรุปเพื่อนำไปแก้ไขปรับปรุงกฎหมายประกันภัยต่อไป

ดังนั้น ทฤษฎีในทางรัฐศาสตร์แม้จะมีการสันนิษฐานว่าการออกกฎหมายจะอยู่ภายใต้สภาวะทางการเมืองและมีอิทธิพลในทางการเมืองเข้ามาแทรกแซงก็ตาม แต่ในที่สุดแล้วในการออกกฎหมายต่างๆ ก็มีจุดมุ่งหมายและเป้าหมายเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นเดียวกับทฤษฎีว่าด้วยประโยชน์สาธารณะ

## 2.5 หลักการและลักษณะของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการ

ตามหลักการแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการใด หรือใช้อำนาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือเข้ามาแทรกแซงกิจการของประชาชน ต้องมีลักษณะที่รัดกุม อันประกอบไปด้วยลักษณะต่างๆ ดังต่อไปนี้

### 2.5.1 กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป

หมายความว่า กฎหมายต้องมีลักษณะที่ใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป ใช้ไม่ใช้บังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยเฉพาะหรือกรณีหนึ่งกรณีใด โดยเฉพาะ ซึ่งสอดคล้องกับหลักแห่งความเสมอภาค ซึ่งในเรื่องนี้มีผู้ให้ความหมายของคำว่า เสมอภาคในทางกฎหมายไว้หลายท่าน เช่น

หลวงประดิษฐมนูธรรม “ความเสมอภาคในกฎหมายกล่าวคือมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ไม่ใช่หมายความว่า จะต้องมีความเสมอภาคกันในการมีวัตถุประสงค์ของและความเสมอภาคในกฎหมายนี้อาจเป็นทั้งในทางสิทธิและในหน้าที่หรือภาระ”<sup>18</sup>

รศ.นพนิธิ สุริยะ กล่าวว่า “เสมอภาคก็ดี เท่าเทียมกันก็ดี หมายถึง การทำให้คนมีความแตกต่างกันน้อยที่สุดหรือน้อยลงเท่าที่จะทำได้ เพราะการที่จะทำให้คนเหมือนกันเช่นเดียวกับการถ่ายสำเนาเอกสารนั้นย่อมเป็นไปได้ ดังนั้น ความเท่าเทียมกันจึงหมายถึง การให้โอกาสเท่าเทียม

<sup>18</sup> หลวงประดิษฐมนูธรรม. “คำอธิบายกฎหมายปกครอง ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชน ของปรีดี พนมยงค์”. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526). หน้า 154.

กัน โดยมีได้เอาปัจจัยต่างๆ ที่ทำให้คนไม่เหมือนกัน เช่น เพศ สีผิว ศาสนา มาเป็นเครื่องแบ่งแยกบุคคลในสายตากฎหมาย”<sup>19</sup>

### 2.5.2 กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องบัญญัติกำหนดไว้ให้แจ้งชัดว่าให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับให้บุคคลประเภทใด กระทำอะไร หรือห้ามกระทำการอะไร และเพื่อประโยชน์อะไร<sup>20</sup> ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายจะสามารถอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้ในทุกกรณีมีประสิทธิภาพประสิทธิผล และกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

### 2.5.3 กฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง

กฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ กฎหมายจะใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นในอนาคต นับแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายในราชกิจจานุเบกษาตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเป็นต้นไปเท่านั้น กฎหมายจะไม่บังคับแก่การกระทำที่เกิดขึ้นก่อนวันใช้บังคับ เนื่องจากอาจจะเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม<sup>21</sup> ข้อห้ามเช่นนี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ เช่น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 32 ที่บัญญัติว่า

“บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

นอกจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาที่กล่าวถึงหลักการนี้เช่นกัน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ศาลฎีกามีคำพิพากษาว่า

“พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ที่มีความว่า ไม่ว่าการกระทำอันบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรมนั้นจะ ได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้ก็ดี ผู้กระทำได้ชื่อว่า เป็นอาชญากรรมสงครามและจะต้องได้รับโทษดังที่บัญญัติไว้ทั้งสิ้น เฉพาะที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามพุทธศักราช 2475

<sup>19</sup> นพนิธิ สุริยะ. “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: มองจากบริบทของไทย”. วารสารนิติศาสตร์ 30 (กันยายน 2543). หน้า 509.

<sup>20</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง” ในคู่มือศึกษากฎหมายปกครอง. (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543). หน้า 163.

<sup>21</sup> ฌ็อง-ฌัก โปษกะบุตร และคนอื่นๆ. กฎหมายธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สามดีการพิมพ์, 2538). หน้า 77.

มาตรา 14 และเป็นโมฆะตามมาตรา 61 ที่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ มีข้อความแย้ง หรือขัดแก่รัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้นๆ เป็นโมฆะ”

แต่อย่างไรก็ตาม มีคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยคดีในคำวินิจฉัยที่ 3-5/2550 โดยได้กล่าวถึงหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง และได้ให้คำอธิบายเอาไว้เป็นประเด็นทางกฎหมายข้อหนึ่งที่สำคัญ และได้วางหลักกว่า กฎหมายที่ไม่มีผลย้อนหลังคือ กฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลังเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้

“.....พิจารณาแล้วเห็นว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น มีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่ มีคำสั่งให้ยุบพรรค”

ประกาศฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2549 แต่การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามอันเป็นเหตุแห่งการยุบพรรคตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2549 เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 มีผลบังคับใช้คือเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 จนถึงวันที่ 2 เมษายน 2549 อันเป็นวันลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงมีปัญหาว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พุทธศักราช 2549 ฉบับที่ 27 ข้อ 3 เป็นกฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคล ต้องห้ามมิให้ใช้บังคับหรือไม่

หลักการห้ามออกกฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น มีที่มาจากหลักการที่ว่า ไม่มีกฎหมาย ไม่มีควมผิด ไม่มีโทษ แต่หลักการดังกล่าวใช้บังคับกับการกระทำอันเป็นความผิดอาญาเท่านั้น ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น จะต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งหลักการนี้ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา

ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 ที่ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองมีกำหนดห้าปี นับแต่วันที่ มีคำสั่งให้ยุบพรรคเพราะเหตุกระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66 นั้น แม้เป็นบทบัญญัติที่มีผลทำให้คณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66 ก่อนที่ประกาศฉบับนี้มีผลใช้บังคับต้องมีผลร้ายเพิ่มขึ้น

เนื่องจากเดิมเพียงแต่ได้รับผลตามมาตรา 69 กล่าวคือ จะขอจัดตั้งพรรคการเมืองใหม่หรือเป็นคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วมในการจัดตั้งพรรคการเมืองใหม่ตามมาตรา 8 อีกไม่ได้เท่านั้น แต่การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมิใช่โทษทางอาญา เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 เพื่อมิให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บ้านเมืองและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีโอกาสที่จะกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายซ้ำอีกในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และแม้สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิพื้นฐานของประชาชนในสังคมที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่การมีกฎหมายกำหนดว่าบุคคลใดสมควรมีสิทธิเลือกตั้งเพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคม หรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่มิได้ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 จึงมีผลบังคับย้อนหลังแก่การกระทำอันเป็นเหตุยุบพรรคในคดีนี้ได้...”

#### 2.5.4 กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน

หลักแห่งความได้สัดส่วน(Principle of Proportionality: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ใต้อำนาจซึ่งประกอบไปด้วยหลักการย่อย 3 หลักการ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

หลักการแรกคือ หลักการแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) กล่าวคือว่ากฎหมายที่จะออกมาเพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการใดๆ หรือนำมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม เป็นมาตรการที่เมื่อนำมาใช้แล้วก่อให้เกิดผลเป็นไปตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือบรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ หากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น มาตรการที่จะนำมาใช้นั้นก็ต้องอยู่ในวิสัยที่จะคุ้มครองและขจัดความไม่เป็นธรรมได้จริงๆ<sup>22</sup> กฎหมายใดที่กำหนดมาตรการที่ไม่เหมาะสม หรือไม่อาจบรรลุตามวัตถุประสงค์ได้ย่อมเป็นกฎหมายที่ขัดต่อหลักถาวรของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะกระทำมิได้<sup>23</sup>

ส่วนการพิจารณาว่าการกระทำใดของเจ้าหน้าที่หรือมาตรการตามกฎหมายใดสอดคล้องกับหลักแห่งความเหมาะสมหรือไม่ให้พิจารณา 4 ขั้นตอนคือ<sup>24</sup>

<sup>22</sup> วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์. อ้างแล้ว, หน้า 169.

<sup>23</sup> วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์. อ้างแล้ว, หน้า 170.

<sup>24</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 35-39.



- 1) การค้นหาวัดตุประสงค์ของกฎหมายหรือการกระทำทางปกครอง
- 2) การพิจารณาว่ามาตรการที่เลือกใช้นั้นเป็นมาตรการที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการหรือไม่
- 3) การพิจารณาว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการนั้น เป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจาก “หลักแห่งความจำเป็น” ด้วย ซึ่งจะได้กล่าวหลักการนี้ต่อไป
- 4) การพิจารณาว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการและได้พิจารณาแล้วว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นตาม “หลักแห่งความจำเป็น” นั้น เป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาตาม “หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปเช่นกัน

หลักการนี้บางครั้งก็เรียกว่า “ข้อห้ามมิให้อำนาจมากเกินไป” (ubermassverbot) หรือข้อเสนอให้ใช้อำนาจก้าวเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของผู้รับนิติกรรมทางปกครองอย่างน้อยที่สุด (Gebot des geringstmöglichen Eingriffs) นั้นเอง<sup>25</sup>

ตัวอย่างของหลักแห่งความเหมาะสมที่มีอิทธิพลในกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 58 วรรค 3

“ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการ โดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษทางอาญาหรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับการปกครองโดยไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองให้กระทำหรือละเว้นกระทำก่อนก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน”

หลักการที่สอง คือ หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) กล่าวคือมาตรการใดๆที่รัฐนำมาใช้กับประชาชนต้องมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติกฎหมายเช่นว่านั้นออกมาใช้บังคับ ซึ่งมีหลักสำคัญอยู่ที่ว่า หากมีมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐได้หลายประการ และแต่ละมาตรการมีระดับความรุนแรงแตกต่างกันรัฐต้องใช้มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ถ้ามีวิธีการที่รุนแรงน้อยกว่าซึ่งบรรลุตามวัตถุประสงค์ได้เช่นกันแต่รัฐไม่ใช้ รัฐเลือกใช้วิธีการที่มีความรุนแรงมากกว่า ถือว่ามาตรการนั้นอ่อนกว่าโดยฝ่าฝืน “เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ” อันจะใช้บังคับมิได้<sup>26</sup>

ส่วนหลักการประการสุดท้าย คือ หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the narrow sense) วางหลักการว่า มาตรการที่รัฐออกมาใช้แก่

<sup>25</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544). หน้า 164-165.

<sup>26</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว, หน้า 170.

ประชาชนนั้นต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนส่วนรวมมากกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน ซึ่งมาตรการใดแม้จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่รัฐกำหนด แต่ถ้าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือสังคมโดยรวมอย่างมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่รัฐพึงได้รับ ก็ถือว่าเป็นมาตรการที่ฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอยู่นั่นเอง<sup>27</sup>

#### 5) กฎหมายต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

การตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น โดยมากก็จะมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปด้วยในตัว ซึ่งตามหลักการแห่งกฎหมายมหาชนนั้น รัฐย่อมทำเช่นนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐทำได้เพียงแต่ “จำกัด” สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น ไม่อาจตรากฎหมายขึ้นมาใช้ถึงขนาดเป็นการ “เพิกถอน” สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ กล่าวคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายของรัฐนั้นจะล่วงเลยไปถึง “แก่น” (Core) หรือ “สาระ” (Essence) ของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับก็ได้บัญญัติหลักการเรื่องนี้เอาไว้ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคแรก ซึ่งมีเนื้อหา ดังนี้

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” เป็นต้น

## 2.6 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

### 2.6.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

“คำสั่งทางปกครอง” ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติไว้ดังนี้ คือ

1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

<sup>27</sup> วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. อังแล้ว, หน้า 171

## 2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

จากความหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้สามารถแยกสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้เป็น 5 ประการ คือ

### (1) คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่<sup>28</sup>

เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้คือ

(ก) “เจ้าหน้าที่” ที่เป็นคนละคนเดียว คือ ผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ

(ข) “เจ้าหน้าที่” ที่เป็นคนละบุคคล

(ค) “เจ้าหน้าที่” ที่เป็นคนละบุคคลซึ่งจะต้องใช้สิทธิหรือหน้าที่โดยผ่านทางบุคคลธรรมดา ซึ่งอาจจะเป็นคนละธรรมดาหรือคณะบุคคลก็ได้

### (2) คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจรัฐ

การออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย เพราะการออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับแก่เอกชน โดยที่เอกชนมิได้ยินยอมด้วย เพราะหากเป็นกรณีที่มีได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายแล้วก็เป็นเรื่องอื่นที่มีใช้การออกคำสั่งทางปกครอง

ส่วนอำนาจตามกฎหมายนั้น หมายถึง อำนาจทางปกครองโดยจะต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ออกคำสั่งนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ด้วย นอกจากนั้นแล้ว การออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องมีใช้กรณีของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจในทางตุลาการ เพราะการกระทำของรัฐสภาและศาลไม่อยู่ในบังคับหลักเกณฑ์เรื่องการทำคำสั่งทางปกครอง

### (3) คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองนั้นต้องมุ่งประสงค์ให้กำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น เช่น ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น โดยไม่ว่าจะมุ่งประสงค์ในทางใดก็ตาม หากมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลแล้วก็คือว่าเข้าข่ายการเป็นคำสั่งทางปกครองแทบทั้งสิ้น

<sup>28</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 5. “ในพระราชบัญญัตินี้”

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม”

#### (4) คำสั่งทางปกครองก่อให้เกิดผลเฉพาะกรณี

คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

คำสั่งทางปกครองโดยสภาพจะต้องมุ่งใช้กับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง แต่ในคำสั่งนั้นจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ก็ได้ เช่น เจ้าหน้าที่พบการปลูกสร้างอาคารในที่สาธารณะโดยผู้กระทำความผิดไม่อยู่ จึงมีการออกคำสั่งรื้อถอนโดยวิธีการประกาศให้ผู้กระทำรื้อถอนออกไปโดยไม่ระบุชื่อผู้นั้นก็ได้

คำสั่งทางปกครองที่แจ้งชัดและใช้บังคับเฉพาะกรณีนี้ อาจเป็นคำสั่งรวมหรือคำสั่งทั่วไปที่ใช้บังคับกับกลุ่มบุคคลก็ได้ เช่น การห้ามบุคคลเข้าไปในอาคารที่มีสภาพเสี่ยงต่อการพังทลาย เป็นต้น คำสั่งเหล่านี้เป็นการบังคับแก่บุคคลหลายคนคล้ายกับ “กฎ” แต่ขณะเดียวกันไม่มีสภาพเป็น “กฎ” เพราะมุ่งหมายให้เกิดผลทันทีแก่กลุ่มบุคคลที่แน่นอนแล้ว

#### (5) คำสั่งทางปกครอง มีผลภายนอกโดยตรง

ตราบิตที่คำสั่งทางปกครองนั้นยังคงปรากฏผลอยู่ภายในก็เพียงแต่เป็นการเตรียมการ หรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้ เช่น การที่นายตรวจไปตรวจดูอาคารที่เสี่ยงต่อการพังทลายแล้วมีการทำรายงานเสนอความเห็นขึ้นมา กรณีนี้ยังไม่มีการทำคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้น แม้กระทั่งการที่ผู้บังคับบัญชาสั่งการให้นายตรวจกลับไปดูปัญหา ณ จุดใดของอาคารอีกครั้งหากพบความไม่มั่นคงก็เร่งสั่งการรื้อถอนกรณีดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง<sup>29</sup>

### 2.6.2 ความหมายของการควบคุมคำสั่งทางปกครอง

คำว่า “ควบคุม” หมายความว่า การตรวจสอบฝ่ายปกครอง ประการหนึ่ง และการเชี่ยวชาญโดยฝ่ายปกครอง อีกประการหนึ่ง

“การตรวจสอบ” หมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการกระทำหรือมีนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ดี ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง ดังนั้น การตรวจสอบหมายถึง การควบคุมก่อนการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้น

การตรวจสอบนั้นมีหลายรูปแบบ เช่น การโต้แย้งคัดค้าน การปรึกษาหารือ การไต่สวนทั่วไปการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสาร การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง สิทธิของคู่ความที่จะเข้าฟังการพิจารณาคดี เป็นต้น

<sup>29</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2540). คำอธิบาย พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 .กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน หน้า 28-33

“การเยียวยา” หมายถึง การแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยการเยียวยานั้นเป็นการควบคุมภายหลังการกระทำ โดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด

ดังนั้น “การควบคุมฝ่ายปกครอง” หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชน ผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเองและการควบคุมจากภายนอก เช่น ศาล รัฐสภา หรือโดยองค์กรพิเศษ หรืออาจกล่าวได้ว่า “การควบคุมฝ่ายปกครอง” ก็คือ การคุ้มครองประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง

### 2.6.3 ลักษณะของการควบคุมคำสั่งทางปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นมี 2 ลักษณะ คือ

#### 2.6.3.1 การควบคุมแบบป้องกัน

การควบคุมแบบป้องกัน เป็นการควบคุมก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีการกระทำทางปกครองเกิดขึ้น ซึ่งในปัจจุบันนี้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดวิธีการซึ่งเป็นมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำที่เจ้าหน้าที่และหน่วยงานทางปกครองต้องถือปฏิบัติ เช่น เปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งก่อนมีคำสั่ง การให้เหตุผลในคำสั่งที่เป็นโทษต่อบุคคล เป็นต้น ซึ่งเป็นกรณีที่จะทำให้เจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐมีความระมัดระวังและรอบคอบในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

#### 2.6.3.2 การควบคุมแบบแก้ไข

การควบคุมแบบแก้ไข หมายความว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐมีคำสั่งในเรื่องนั้นไปแล้วประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิเห็นว่าไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีสิทธิที่จะขอให้องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีปกครอง วินิจฉัยว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและต้องถูกเพิกถอน<sup>30</sup>

การควบคุมแบบแก้ไขนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

##### 1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองนั้น ได้แก่

##### (1) การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา

การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการ

<sup>30</sup> โภคิน พลกุล. (2545). *หลักกฎหมายปกครองไทย* เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่องกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและของไทย. สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 20

กระทำต่างๆ ของผู้ได้บังคับบัญชา และหากเห็นว่าการกระทำใดของผู้ได้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสมแก่กรณีผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะสั่งให้เพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นเสียได้

อนึ่งผู้บังคับบัญชาอาจใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชา โดยพลการก็ได้ หรือเมื่อเอกชนซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้เนื่องจากการกระทำนั้นร้องเรียนก็ได้

## (2) การควบคุมโดยผู้กำกับดูแล

การควบคุมโดยผู้กำกับดูแล เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรขององค์การปกครองส่วนกลางหรือองค์การปกครองส่วนภูมิภาค ตรวจสอบการกระทำขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และการกระทำขององค์กรมหาชน

ในกรณีที่ผู้มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลเห็นว่าการกระทำขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนที่อยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลของตนขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายผู้มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลมีอำนาจที่จะยับยั้งหรือเพิกถอนการกระทำนั้น<sup>31</sup>

การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชากับการควบคุมกับผู้กำกับดูแลมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

ประการแรก อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะควบคุมการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชานั้น เป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดขึ้นจากการจัดระเบียบภายในหน่วยงานไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้โดยเฉพาะ แต่อำนาจของผู้กำกับดูแลที่จะควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนนั้นเป็นอำนาจที่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้โดยเฉพาะ และผู้กำกับดูแลจะใช้อำนาจควบคุมเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้ไว้ไม่ได้

ประการที่สอง ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมตรวจสอบการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชาของตนได้ทั้งในแง่ความชอบด้วยกฎหมาย และในแง่ของความเหมาะสม แต่โดยปกติแล้ว ผู้กำกับดูแลจะมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนได้ก็แต่เฉพาะแต่ในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นจะก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความเหมาะสมของการกระทำไม่ได้ มิฉะนั้นจะเป็นการทำให้ความเป็นอิสระ (autonomie) ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชน<sup>32</sup>

<sup>31</sup> วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. (2544). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 34-36.

<sup>32</sup> วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 39-40.

### (3) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การกระทำทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” นั้น คู่กรณีมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำทางปกครองได้ตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายที่กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองอาจเป็นกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองนั้นก็ได้

ในกรณีที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองมิได้กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้และคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการต่างๆ หรือของรัฐมนตรี คู่กรณีมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นตามขั้นตอนและระยะเวลาที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนด

อนึ่งคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องระบุนกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งการยื่นอุทธรณ์หรือโต้แย้งและระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วยในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองละเลยไม่ระบุนกรณีไว้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งจะเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่คู่กรณีได้รับแจ้งหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่ และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์ หรือการโต้แย้งสั้นกว่า 1 ปี ระยะเวลาดังกล่าวจะขยายเป็น 1 ปี นับแต่วันที่คู่กรณีได้รับคำสั่งทางปกครอง

ในทำนองเดียวกัน ผู้ดำเนินการตามมาตรการการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิอุทธรณ์การบังคับทางปกครองนั้นได้ โดยใช้หลักเกณฑ์และวิธีการเดียวกันกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

### 2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองได้แก่

#### (1) การควบคุมโดยรัฐสภา

ในประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เปิดโอกาสให้รัฐสภาควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐมนตรีทั้งคณะและแต่ละคนได้

#### (2) การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล

การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล เป็นกรณีที่กฎหมายให้เอกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำทางปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มี

ผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้น เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือไม่ให้ใช้การกระทำนั้นบังคับแก่กรณีของตน หรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนแล้วแต่กรณี

### 3) การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 ในการมีคำสั่งใดคำสั่งหนึ่ง เป็นการใช้อำนาจทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งในทางกฎหมายปกครองกฎหมายที่ให้อำนาจทางปกครองปฏิบัติงาน มี 2 ลักษณะคือ<sup>33</sup> ลักษณะอำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

กรณีแรก กรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ (gebundene Verwaltungsakte) นั้น เรื่องนี้รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ อธิบายว่าเป็นกรณีการออกนิติกรรมทางปกครองที่ “ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามที่ได้กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายโดยไม่มีเสรีภาพในการเลือกปฏิบัติ เมื่อข้อเท็จจริงของเรื่องพิจารณาเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นองค์ประกอบทุกประการ ในกรณีนี้ ตัวบทกฎหมายอาจจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองหรือห้ามมิให้ออกนิติกรรมทางปกครองก็ต้องเป็นไปตามนั้น”<sup>34</sup>

กรณีที่สอง กรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ (Ermessensakte) คือ “กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายให้ละเอียดในทุกเรื่องหรือไม่ได้บัญญัติให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษร หรือบัญญัติให้ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเองและภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนี้”<sup>35</sup>

<sup>33</sup> มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549). หน้า 159.

<sup>34</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544). หน้า 257.

<sup>35</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 257-258