

บทที่ 2

แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครอง

การฟ้องคดีปกครองหากจะนำหลักการแนวคิดทฤษฎีเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ก็อาจจะทำให้สังคมเกิดความสับสน อีกทั้ง บางกรณีอาจเป็นผลร้ายต่อประโยชน์ของสังคม จึงทำให้ต้องมีการนำแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนมาใช้ บังคับกับคดีปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการนำระบบไต่สวนมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง แทนที่จะใช้ระบบกล่าวหาเช่นเดียวกับการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งของศาลยุติธรรมเพราะการฟ้องคดีปกครองโดยปกติจะใช้เอกสารเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี¹ โดยเอกสารที่ใช้ในการพิจารณาส่วนมากจะอยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากใช้ระบบกล่าวหาประชาชนจะเสียเปรียบฝ่ายปกครอง อีกทั้งฝ่ายปกครองยังได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าคำสั่งของฝ่ายปกครองเป็นคำสั่งที่ถูกต้องสามารถใช้บังคับได้จนกว่าฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงหรือศาลมีคำพิพากษาเป็นอย่างอื่น โดยมีหลักกฎหมาย แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครอง ดังนี้

2.1 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครอง

ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากจะใช้วิธีการทางกฎหมายในรูปแบบนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแล้ว ฝ่ายปกครองยังใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในกิจกรรมของฝ่ายปกครองด้วย โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำหรือเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” ซึ่งอาจเป็นการทำสัญญาทางแพ่งอันเป็นสัญญาทั่วไปหรือฝ่ายปกครองทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ คือ ระบบกฎหมายปกครอง โดยมีแนวคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับบทบาทของศาลปกครองในการค้นหาข้อเท็จจริง

ระบบการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีในกฎหมายวิธีพิจารณาความเปรียบเทียบมีอยู่ 2 ระบบใหญ่ๆ คือ ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) และระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

¹ ประมุข สุวรรณศร. (2511). “การค้นหาข้อเท็จจริงโดยพยานหลักฐาน”. *บทบัญญัติ* 25. หน้า 54.

ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) เป็นระบบที่ใช้แสวงหาพยานหลักฐานของประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือกำเนิดขึ้นมาจากประเทศอังกฤษ มีหลักสำคัญ คือ ศาลหรือผู้ชำระความต้องวางตัวเป็นกลางเพื่อควบคุมให้คู่ความทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามกติกาอย่างเคร่งครัด² โดยศาลต้องปฏิเสธที่จะรับรู้ข้อเท็จจริงอื่น และต้องรับฟังข้อเท็จจริงที่คู่กรณีเสนอมาเท่านั้น³ สืบเนื่องมาจากการที่บุคคลหนึ่งนำเรื่องมาฟ้องร้องว่ากล่าวอีกคนหนึ่งต่อผู้มีอำนาจ เพื่อให้ผู้มีอำนาจนั้นชำระความให้แก่ตน⁴ ดังนั้น คู่ความจึงมีบทบาทอย่างมากในการกำหนดขอบเขตข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซึ่งเป็นไปตามหลักความประสงค์ของคู่ความ (Le Principe Dispositif)⁵ หรือที่เรียกว่า “การควบคุมกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ (Party Controle)” หรือ “การดำเนินคดีโดยคู่ความ (Party Prosecution)” ส่วนศาลจะจำกัดบทบาทตนเองในการค้นหาข้อเท็จจริง โดยพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอมาเท่านั้น รวมทั้งคอยดูแลให้คู่ความทุกฝ่ายได้ดำเนินของตนไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้วางไว้อย่างเคร่งครัด ดังนั้นการพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือตามที่ศาลสั่ง ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ตนเองมีภาระการพิสูจน์ได้แล้ว คู่ความฝ่ายนั้นย่อมแพ้ในประเด็นข้อนั้น

ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) เป็นระบบวิธีพิจารณาแสวงหาพยานหลักฐานของประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากวิธีการชำระความของผู้มีอำนาจในศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก โดยเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ปกครองที่จะต้องชวนขวนขวายค้นหาให้รู้เท็จและจริงให้จนได้⁶ ต่อมาจึงเป็นผลทำให้ศาลมีบทบาทในเชิงรุกในการค้นหาข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของระบบไต่สวนในปัจจุบัน ซึ่งวิธีการพิสูจน์พยานหลักฐานในระบบไต่สวนนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดหรือเข้มงวดเหมือนดังเช่นในระบบกล่าวหา ทั้งนี้เพื่อให้ศาลทำงานได้คล่องตัวมากขึ้น⁷ และมุ่งหวังผลที่จะได้รู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากขึ้น ส่งผลทำให้การ

² ปัญญา สุทธิบัติ. (2543). *กฎหมายลักษณะพยาน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 3.

³ สำนักงานศาลปกครอง. (2548). *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3: กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติและกฎหมายอื่นๆ*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 238.

⁴ ประมูล สุวรรณสร. (2526). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ. หน้า 2.

⁵ วรณชัย บุญบำรุง. (2543). “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแห่งของฝรั่งเศส”. *วารสารนิติศาสตร์* 30, 1. หน้า 85.

⁶ ประมูล สุวรรณสร. อ้างแล้ว. หน้า 75.

⁷ โสภณ รัตนากร. (2543). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ. หน้า 4.

ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่าศาลจะต้องเป็นผู้แสวงหาความเป็นจริงของคดีเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความ ศาลในระบบนี้จึงมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงมากกว่าศาลในระบบกล่าวหา เช่น อำนาจในการเรียกพยานเอกสารหรือพยานเชี่ยวชาญได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอ จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลจะไม่ถูกจำกัดให้รับฟังแต่เฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาลเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อพิจารณาและพิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่จะสามารถทำได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็ระบบกล่าวหาหรือระบบไต่สวน ยังคงต้องยึดถือหลักฟังความทุกฝ่ายโดยจะต้องเปิดโอกาสให้คู่ความทุกฝ่ายได้ทราบถึงข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่างๆ ที่ศาลได้เรียกเข้ามาในคดี และให้สิทธิแก่คู่ความอีกฝ่ายแสดงพยานหลักฐานต่างๆ ของตนเพื่อสนับสนุนหรือหักล้างข้อเท็จจริงที่ได้มานั้นได้อย่างเต็มที่⁸

2.1.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครอง

1) ความหมายของคดีปกครอง

คดีปกครองในความหมายของ Leon Moureau หมายความว่า “คดีปกครอง เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งหรือโต้เถียงกันอันเกิดขึ้นจากกิจกรรมของฝ่ายปกครอง”

Ch. Debbasch ได้ให้นิยามของคดีปกครองไว้ในทำนองเดียวกันว่า “คดีปกครองเป็นที่รวมของกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการหาข้อยุติของศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองและได้มีการนำข้อพิพาทนี้เสนอต่อศาลปกครอง”⁹

คำว่า “คดีปกครอง” นี้ ก็ได้มีนักกฎหมายไทยให้คำนิยามไว้เช่นกัน โดยศาสตราจารย์ ประยูร กาญจนดุล ได้ให้ความหมายของ “คดีปกครอง” ว่าหมายถึง กรณีต่างๆ ที่เกิดเป็นปัญหาขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเนื่องจากการปฏิบัติกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการดำเนินการบริการสาธารณะ หรืออีกนัยหนึ่งคือการกระทำในทางปกครอง ซึ่งการให้นิยามของคำว่า “คดีปกครอง” เช่นนี้เป็นกำหนัดความหมายอย่างกว้าง โดยหมายความรวมถึงกรณีที่มีทางระงับได้โดยฝ่ายปกครองเองด้วย ไม่เฉพาะแต่กรณีพิพาทที่ต้องดำเนินคดีทางศาลเท่านั้น ทั้งนี้เพราะกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องร้องต่อศาลเสมอไป¹⁰

⁸ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2541). *รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2439*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 71-75.

⁹ Charles Debbasch. (1990). *Contentieux administrative*, 5th ed., Paris, Dalloz. p.1. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰ ประยูร กาญจนดุล. (2523). “คดีปกครอง”. *อุตุพาห* 15, 27. หน้า 9.

2) ลักษณะสำคัญของคดีปกครอง

คดีที่จะมีลักษณะเป็นคดีปกครองนั้นจะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้¹¹

(1) ต้องเป็นคดีที่เกี่ยวกับการปฏิบัติกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ถ้าไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการบริการสาธารณะก็ไม่ถือว่าเป็นคดีปกครอง

ดังนั้น การกระทำในทางนิติบัญญัติ การกระทำของรัฐบาล และการกระทำในทางตุลาการจะนำมาฟ้องร้องเป็นคดีปกครองไม่ได้เพราะไม่ใช่การกระทำในทางปกครอง

(2) คดีปกครองต้องมีฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีอยู่ด้วยเสมอ แต่ทั้งนี้คดีที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่ความในคดีนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นคดีปกครองเสมอไป อาจจะเป็นคดีแพ่งก็ได้ เช่น กรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินการตามกฎหมายเอกชน

(3) กระบวนวิธีพิจารณาคดีปกครองแตกต่างกับกระบวนวิธีพิจารณาคดีแพ่งในข้อสำคัญที่ว่า วิธีพิจารณาคดีปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะตัดสินกรณีพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนที่อยู่ในฐานะต่างกัน กล่าวคือฝ่ายปกครองซึ่งใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนมีอำนาจมากกว่าเอกชนที่ไม่ใช้อำนาจเช่นว่านั้น และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างป้องกันประโยชน์ต่างกัน กล่าวคือฝ่ายปกครองป้องกันประโยชน์สาธารณะแต่ฝ่ายเอกชนป้องกันประโยชน์ส่วนตัว ขณะที่วิธีพิจารณาคดีแพ่งคู่ความต่างมีผลประโยชน์เหมือนกันและมีฐานะตามกฎหมายเสมอกัน

3) แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับคดีปกครอง

(1) หลักความยุติธรรม

ความยุติธรรมเป็นหลักกฎหมายหลักแรกและเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่จะต้องต่อสู้กับเจตนาร้ายและความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ หลักความยุติธรรมจะเป็นมาตรฐานตัวอย่างให้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ต่อประชาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องยอมรับหลักความยุติธรรมนี้เป็นงานส่วนหนึ่งของรัฐ เนื่องจากหลักความยุติธรรมในตัวเองเป็นหลักที่มีความหมายกว้างและการตีความค่อนข้างจะเป็นอัตวิสัย การที่จะนำหลักความยุติธรรมไปใช้ประโยชน์ในการวินิจฉัยสั่งการให้เหมาะสม จะต้องทำให้หลักความยุติธรรมเป็นรูปธรรมขึ้น¹²

ความยุติธรรมอาจแบ่งได้เป็นความยุติธรรมตามแบบพิธีและความยุติธรรมตามเนื้อหา

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52.

¹² จูติพร ถิมแหลมทอง. (2548). *ทฤษฎีและหลักกฎหมายปกครอง*. ใน เอกสารประกอบคำบรรยายกระบวนวิชา LA 732. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 28.

ข้อเท็จจริง เป็นหลักวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่สำคัญของการสร้างความยุติธรรม และเป็นขั้นตอนหนึ่งในการทำความยุติธรรมให้เป็นรูปธรรม

(2) หลักนิติรัฐ (Legal State)

นิติรัฐ (Legal State หรือ Rechtsstaat ในภาษาเยอรมัน) เป็นถ้อยคำที่ใช้กันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งมีประเทศฝรั่งเศสเป็นแม่แบบ โดยหมายถึงการบริหารปกครองรัฐหรือสังคมซึ่งถือกฎหมายเป็นใหญ่ เป็นการปกครองโดยกฎหมายมิใช่แล้วแต่เอาใจของผู้ใช้อำนาจหรือผู้ปกครอง ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบ “นิติธรรม” หรือ The Rule of Law ดังนั้น หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมจึงมีความหมายแบบเดียวกัน คือ กฎหมายเป็นใหญ่ในการบริหารจัดการรัฐ

สาระสำคัญของหลักนิติรัฐมี 3 ประการ คือ¹⁴

(2.1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

(2.2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาผลประโยชน์สาธารณะ

(2.3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาจเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

แนวคิดนิติรัฐและแนวคิดนิติธรรมถือได้ว่าเป็นแนวคิดสำคัญที่เกี่ยวข้องกับศาลปกครอง และได้มีการนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของหลายประเทศ

¹⁴ ชาญชัย แสงวงศ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 66.

(3) หลักการเกี่ยวกับบริการสาธารณะ¹⁵

บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นการตอบสนองความต้องการของประชาชน เช่น การคมนาคมขนส่ง การศึกษา การสาธารณสุข เป็นต้น

บริการสาธารณะต้องมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

(3.1) ต้องเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ เนื่องจากการที่คนเราทั้งหลายที่ต้องอยู่รวมกันก็หวังว่าจะพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน โดยมอบความไว้วางใจให้แก่หน่วยงานของรัฐช่วยดูแลเรื่องความปลอดภัยในการดำเนินชีวิต คือการรักษาความปลอดภัยภายในประเทศโดยตำรวจ และการรักษาความปลอดภัยภายนอกประเทศโดยทหาร รวมถึง ความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต เช่น การคมนาคม สาธารณูปโภคต่างๆ เป็นต้น

(3.2) ต้องเป็นกิจกรรมที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ความรับผิดชอบนี้อาจเป็นความรับผิดชอบโดยตรง คือฝ่ายปกครองลงมือทำบริการสาธารณะ นั้นเอง เช่น กรมทางหลวงสร้างทางเอง กรมสามัญศึกษาเปิดโรงเรียนแล้วดำเนินการเอง หรือรับผิดชอบ โดยการมอบหมายให้องค์กรอื่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและฝ่ายปกครองคอยควบคุมกำกับดูแลอย่างใกล้ชิด เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชนอิสระ การให้สัมปทานแก่เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ

ด้วยเหตุที่บริการสาธารณะมีลักษณะที่แตกต่างจากกิจกรรมที่เอกชนทั่วไปเป็นผู้จัดทำ จึงมีหลักกฎหมายที่สำคัญ โดยเฉพาะเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ดังนี้

(3.2.1) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หมายความว่า บริการสาธารณะต้องกระทำต่อเนื่องอยู่ตลอดเวลา เนื่องจากความต้องการของประชาชนมีอยู่ตลอดเวลาไม่มีวันหยุด หากมีการหยุดชะงักของบริการสาธารณะย่อมทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนหรือกิจการต่างๆ ของเอกชนจำนวนมาก หลักนี้มีผลต่อบุคคล 3 กลุ่มที่เกี่ยวข้อง คือ

ก. ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำ จะต้องควบคุมดูแลให้บริการสาธารณะดำเนินไปอยู่ตลอดเวลา มิฉะนั้นต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นหากมีการหยุดชะงัก เช่น จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในอุบัติเหตุรถชนกัน เพราะสัญญาณไฟจราจรเสียหายและไม่จัดการแก้ไขหรือหาวิธีป้องกันในระหว่างนั้น

¹⁵ มานิตย์ จุมปา. (2551). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 89-97.

ข. เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง จะนัดหยุดงานไม่ได้ โดยเฉพาะข้าราชการ ตำรวจ ทหาร อย่างไรก็ตาม ความเคร่งครัดในเรื่องนี้ได้ผ่อนคลายลงในระยะหลัง โดยกฎหมายยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบางประเภทหยุดงานได้ เช่น พนักงานรัฐวิสาหกิจ

ค. คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ จะต้องปฏิบัติตามสัญญาตลอดไปไม่ว่าจะประสบอุปสรรคและความยุ่งยากเพียงใด เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญานั้นจะเป็นการฝ่าฝืน อย่างไรก็ตาม หากปัญหาอุปสรรคที่เอกชนคู่สัญญาต้องประสบเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ ฝ่ายปกครองจะต้องช่วยเอกชนให้จัดทำบริการสาธารณะต่อไป เช่น การเพิ่มค่าตอบแทน นอกจากนี้ แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนคู่สัญญาจะอาศัยหลักต่างตอบแทนในกฎหมายแพ่งด้วยการไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าฝ่ายปกครองจะปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาก่อนไม่ได้ เอกชนคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปและเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองแทน

(3.2.2) หลักความเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะให้ทันต่อความต้องการของประชาชนอยู่เสมอเนื่องจากความต้องการของประชาชนมีการปรับเปลี่ยนไปตามความเจริญของสังคม ดังนั้น การบริการสาธารณะจำเป็นต้องมีการพัฒนาปรับปรุงให้ทันต่อความต้องการของประชาชนด้วย

(3.2.3) หลักความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ หมายความว่า บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะต้องได้รับการปฏิบัติเสมอกัน¹⁶ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ เช่น ความเสมอภาคของประชาชนในการได้รับบริการสาธารณะ

(4) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง¹⁷

รัฐธรรมนูญอันเป็นกรอบในการปกครองของรัฐเสรีนิยมประชาธิปไตย ล้วนแล้วแต่มีแหล่งกำเนิดมาจากทัศนคติและแนวความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่เน้นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ดังนั้น รัฐที่ปกครองในระบบเสรีนิยมประชาธิปไตยจะมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายปกครองมาใช้จัดระเบียบในการบริหารราชการและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง นับว่าเป็นหลักที่มีความสำคัญยิ่งเพราะเป็นหลักที่ใช้ควบคุมการใช้อำนาจรัฐขององค์กรฝ่ายปกครอง

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

¹⁷ ฎริชญา วัฒนรุ่ง. (2555). หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.archanpoo.net/index.php?option=com_content&view=article&id=1:2008-09-27-12-3255&catid=1:article&Itemid=8. [2555, กุมภาพันธ์ 17].

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า ฝ่ายปกครอง จะกระทำการอย่างใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอันชอบธรรมของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมี กฎหมายให้อำนาจไว้ และขณะเดียวกันต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กำหนดของกฎหมาย เท่านั้น อันเป็นการสอดคล้องกับหลักนิติรัฐที่รัฐเองยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์ กับเอกชน ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นทั้งขอบเขตของ การกระทำทางปกครอง และเป็นฐานที่มาของการกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม เพื่อมิให้ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้กระทำการต่างๆ ในนามของรัฐใช้อำนาจที่มีอยู่นั้นกระทำการไปตาม อำนาจหรือกระทำการไปโดยมิชอบ หรือเป็นการก้าวท้าวสิทธิเสรีภาพอันชอบธรรม ของเอกชน ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ ของพลเมืองนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ 5 ประการ ดังนี้¹⁸

(4.1) มีลักษณะทั่วไป หมายความว่า กฎหมายนั้นต้องมีผลใช้บังคับเป็นการ ทั่วไป มิใช่ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะเท่านั้น

(4.2) มีความแน่นอนชัดเจน หมายความว่า กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง จำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองนั้น จะต้องบัญญัติกำหนดไว้อย่างแจ่มชัดว่า ให้อำนาจฝ่ายปกครอง ออกคำสั่งบังคับให้บุคคลประเภทใด ในกรณีใด และเพื่ออะไร ซึ่งนับว่าเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นอย่างยิ่ง เพราะบุคคลย่อมไม่กล้าใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใดๆ ลงไป หากผู้นั้นไม่อาจคาดล่วงหน้าได้ ว่าการกระทำของตนเช่นนั้นจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรหรือจะทำให้ตนได้หรือเสียผลประโยชน์ ใดๆบ้าง

(4.3) ไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง หมายความว่า ต้องมีการประกาศให้ใช้ กฎหมายนั้นล่วงหน้าก่อนที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับกับพลเมือง และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับ กับการกระทำหรือกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศในราช กิจจานุเบกษาไม่ได้

(4.4) ไม่ขัดแย้งกับหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) คือ

(4.4.1) มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองต้องเป็นมาตรการที่ เหมาะสม กล่าวคือ ต้องเป็นมาตรการที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติ บัญญัติประสงค์ให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ และ

¹⁸ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2555). หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.archanpoo.net/index.php?option=com_content&view=article&id=1:2008-09-27-12-3255&catid=1:article&Itemid=8. [2555, กุมภาพันธ์ 17].

(4.4.2) ต้องกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของพลเมืองเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

(4.5) ไม่กระทบต่อเนื้อหาอันเป็นแก่นแท้ของสิทธิและเสรีภาพ หมายความว่า แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองแต่ละคนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ก็ตาม แต่ก็หาได้มีอำนาจเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองไม่

2.2 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองนั้นบางครั้งก็เป็นการกระทำในทางปฏิบัติ เช่น การตรวจตราว่ามี การฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เช่น การตรวจโรงงานตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 การตรวจอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 บางครั้งก็เป็นการกระทำที่แสดงออกมาเป็น ลายลักษณ์อักษรอันเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ผลทางกฎหมายนั้นอาจจะเป็นการ ก่อตั้งบริการสาธารณะขึ้นใหม่และอาจจะเป็นการกระทำให้เกิดสถานภาพตามกฎหมายที่เป็นคุณ หรือเป็นโทษแก่บุคคลก็ได้ เช่น คำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งราชการ คำสั่งเลื่อนอัตรา เงินเดือนข้าราชการเป็นสิ่งที่ให้คุณ แต่การกระทำที่ให้โทษก็มี เช่น คำสั่งปลดหรือไล่ออกจากราชการ และการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตามการอย่างหนึ่งอย่างใด เป็นต้น¹⁹ ซึ่งอาจแยกตามประเภทตามลักษณะของการกระทำได้เป็นกระทำฝ่ายเดียวตามอำนาจ หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐและการกระทำหลายฝ่ายซึ่งอย่างน้อยต้องมีฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรืออาจแยกตามรูปแบบของการกระทำ เช่น แยกได้เป็นนิติกรรมทางปกครองและการปฏิบัติ การทางปกครอง²⁰ หรือแยกเป็นกฎ คำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครอง คำสั่งทั่วไปทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง²¹

และเนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แยกประเภทของการกระทำทาง

¹⁹ ประยูร กาญจนดุล. อ้างแล้ว. หน้า 159.

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 116.

²¹ โภคิน พลกุล. (2545). *หลักกฎหมายปกครองของไทย*. ใน สัมมนาทางวิชาการเรื่องกฎหมายปกครองของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน-ไทย. หน้า 31.

ปกครองไว้ก่อนข้างชัดเจนแล้ว ดังนั้น จึงสามารถแยกประเภทของการกระทำทางปกครองได้ ดังนี้²²

2.2.1 กฎ

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ในมาตรา 5 วรรคสี่ว่า “หมายความว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ กระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่นระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ซึ่งข้อความที่ว่า “มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” นั้น คือ คำนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” ส่วนข้อความที่ว่า “...พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ เป็นข้อความที่กำหนดบังคับให้บุคคลทั่วไป ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีทั่วไป ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ”²³ ดังนั้น “กฎ” จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ²⁴ ดังต่อไปนี้ คือ

1) กรณีที่บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการตำรวจ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ฯลฯ ดังนั้น เราจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตกระทำการได้เลย

2) กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้ประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม (Abstract) เช่น บังคับให้เขากระทำการ ห้ามมิให้เขากระทำการ หรืออนุญาตให้เขากระทำการทุกวันที่ 1 ของเดือน หรือทุกวันจันทร์ ฯลฯ ซึ่งทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการ งดเว้นการกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำซ้ำๆ ซากๆ (Permanent) ซึ่ง “กฎ” สามารถแยกเป็น²⁵

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 31-50.

²³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 117.

²⁴ Mahendra P. Singh. (1985). *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg. New York: Tokyo. p.34. อ้างถึงใน กาญจนา สุดประเสริฐ. (2547). *การพิถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 10.

²⁵ โภคิน พลกุล. อ้างแล้ว. หน้า 31-34.

(1) พระราชกฤษฎีกา

เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (มาตรา 221) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมรัฐสภา หรือตามคำแนะนำของรัฐมนตรีที่รักษาการตามพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจออกพระราชกฤษฎีกา ซึ่งพระราชกฤษฎีกาต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี พระมหากษัตริย์ทรงพิจารณาลงพระปรมาภิไธยในพระราชกฤษฎีกา โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงถือว่า มีผลใช้บังคับได้ ในพระราชบัญญัติส่วนใหญ่จึงมักจะกำหนดให้มีการตราพระราชกฤษฎีกา เพื่อกำหนดรายละเอียดที่มีความสำคัญ

(2) กฎกระทรวง

เป็นกฎที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติออกเพื่อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ที่มีความสำคัญน้อยกว่าที่ควรจะเป็นรูปแบบพระราชกฤษฎีกากฎกระทรวงต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงผลใช้บังคับได้

(3) ประกาศกระทรวง

ประกาศที่เป็นประกาศทั่วไปของฝ่ายบริหาร คือ บรรดาข้อความที่ได้ประกาศหรือชี้แจงให้ทราบหรือแนะแนวทางปฏิบัติ²⁶ ส่วนประกาศกระทรวงที่มีสภาพเป็นกฎ หมายถึง ประกาศกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจของ รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี ตัวอย่าง ประกาศกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจของรัฐมนตรี²⁷ และประกาศกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจของคณะรัฐมนตรี²⁸ ประกาศดังกล่าวได้ออกโดยอาศัยอำนาจของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 32 (1) และ (2) ซึ่งกำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ความมั่นคง ความปลอดภัยของประเทศหรือของสาธารณชน ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาในเรื่องดังต่อไปนี้ คือ การ

²⁶ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ. 2526. ข้อ 20.

²⁷ ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง การจัดตั้งเขตอุตสาหกรรมทั่วไปนิคมอุตสาหกรรมราชบุรี. 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2541.

²⁸ ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 19 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 เรื่อง การห้ามตั้งหรือขยายโรงงานผลิตและการห้ามใช้สิ่ย์อมกลุ่มสีเบนซิดินและกลุ่มสีโครมในอุตสาหกรรมฟอกย้อมและตกแต่งสี. 29 มิถุนายน พ.ศ. 2537.

กำหนดจำนวนและขนาดของโรงงานและชนิด คุณภาพ รวมทั้งอัตราส่วนของวัตถุดิบที่จะนำมาใช้ หรือผลิตในโรงงาน

(4) ข้อบัญญัติท้องถิ่น แยกเป็น

(4.1) ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร

กรุงเทพมหานครเป็นผู้ออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร โดยผู้ว่าราชการ กรุงเทพมหานครหรือสมาชิกสภากรุงเทพมหานครเป็นผู้เสนอสภากรุงเทพมหานครเป็นผู้พิจารณา และผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นผู้ตรา ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 โดยเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงจะมีผลใช้บังคับได้

(4.2) เทศบัญญัติ

เทศบัญญัติ ถือว่าเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภทหนึ่ง โดยคณะเทศมนตรีหรือ สมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้เสนอ สภาเทศบาลเป็นผู้พิจารณา นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ตราและผู้ว่าราชการ จังหวัดในจังหวัดนั้นเป็นผู้อนุมัติ ในบางกรณีผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องอนุมัติด้วยความเห็นชอบ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 การประกาศใช้นั้นขึ้นอยู่กับว่าพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่ให้อำนาจจะกำหนดไว้ ซึ่ง อาจจะกำหนดให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือที่สำนักงานเทศบาลก็ได้

(4.3) ข้อบัญญัติเมืองพัทยา

ข้อบัญญัติเมืองพัทยานั้น ผู้เสนอคือปลัดเมืองพัทยาหรือสมาชิกสภาเมืองพัทยา โคนเมืองพัทยาเป็นผู้พิจารณา ซึ่งเมื่อได้ประกาศไว้โดยเปิดเผยที่ศาลาว่าการเมืองพัทยา 3 วันแล้ว ก็ให้ใช้บังคับได้ โดยเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521

(4.4) ข้อบัญญัติจังหวัด

ข้อบัญญัติจังหวัดเป็นกฎที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดออกใช้ในเขตองค์การบริหาร ส่วนจังหวัดเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับข้อบัญญัติท้องถิ่น ผู้เสนอคือนายกองค์การบริหารส่วน จังหวัดหรือสมาชิกสภาจังหวัด หรือราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตองค์การบริหารส่วนจังหวัดตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2542 โดยสภาจังหวัดเป็นผู้พิจารณา ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ตราและเป็นผู้อนุมัติด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในบางกรณีผู้ว่าราชการจังหวัดต้องอนุมัติด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และเมื่อได้ประกาศไว้โดยเปิดเผยที่ศาลากลางจังหวัด 15 วันแล้ว ก็ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ซึ่ง เป็นไปตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

(4.5) ระเบียบและข้อบังคับ

ระเบียบปฏิบัติภายในหน่วยงาน คือ บรรดาข้อความที่ผู้มีอำนาจได้วางไว้โดยอาศัยอำนาจหรือไม่ก็ได้ เพื่อถือเป็นหลักปฏิบัติงานเป็นการประจำ²⁹

ระเบียบหรือข้อบังคับที่เป็นกฎนั้น มีความแตกต่างจากระเบียบปฏิบัติภายในหน่วยงาน คือ การออกระเบียบและข้อบังคับจะต้องออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด³⁰ ตัวอย่าง บทบัญญัติของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจไว้ คือ ประมวลกฎหมายที่ดิน³¹

รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น จะกำหนดรูปแบบและเนื้อหาของกฎว่า จะต้องตราขึ้นในรูปแบบและเป็นอำนาจของผู้ใด ซึ่งขึ้นอยู่กับเนื้อหาและความสำคัญของกฎ คือ หากเป็นกรณีที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็จะกำหนดรูปแบบว่าให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา หรือกำหนดให้ผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งอาจจะตราเป็นพระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวงก็ได้ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางรถไฟสายสุราษฎร์ธานี-พังงา (ท่าปูน) พ.ศ. 2544 และกฎกระทรวงมหาดไทยขยายระยะเวลาการใช้บังคับผังเมืองรวมเมืองพนัสนิคม จังหวัดชลบุรี พ.ศ. 2544 เป็นต้น แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีความสำคัญรองลงมาก็จะให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกประกาศกระทรวง ระเบียบหรือข้อบังคับได้ หรือให้อำนาจองค์การปกครองท้องถิ่นออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขึ้นใช้บังคับได้ แต่อย่างไรก็ตาม การตรากฎของฝ่ายบริหารจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแม่บทและภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเหล่านั้นได้

2.2.2 คำสั่งทางปกครอง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 5 วรรคสามว่า หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ

²⁹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ. 2526. ข้อ 17.

³⁰ ระเบียบว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อประชาชน ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 20 (6) มาตรา 27 และมาตรา 33 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน. 24 สิงหาคม พ.ศ. 2498.

³¹ ประมวลกฎหมายที่ดิน. มาตรา 27 “นอกจากที่ดินที่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐนำไปจัดตามกฎหมายอื่นแล้ว อธิบดีมีอำนาจจัดที่ดินของรัฐ ซึ่งมีได้มีบุคคลใดมีสิทธิครอบครองในราษฎร เพื่อเป็นที่อยู่อาศัยและทำมาหาเลี้ยงชีพได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามระเบียบข้อบังคับ ข้อกำหนด และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด...”

หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียนแต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งข้อความในมาตรา 5 วรรคสาม (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้างต้นที่ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว ... แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ” นี้คือคำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ส่วนข้อความที่ว่า “... เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน ...” นั้นเป็นแต่เพียงการให้ตัวอย่างของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้เท่านั้น³²

ในความเป็นจริงแล้ว ทั้ง “คำสั่งทางปกครอง” และ “กฎ” ก็ล้วนแล้วแต่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลทั้งสิ้น ดังนั้น มาตรา 5 วรรคสาม (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงต้องบัญญัติแยกความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งการสั่งการ การอนุญาต ไว้ว่า “ไม่รวมถึงการออกกฎ” ซึ่งเราจะสังเกตได้ว่าการสั่งการ ได้แก่ ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งและการอนุญาตซึ่งเป็นข้อความที่อนุญาตให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากข้อความเหล่านี้มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะก็เป็น “กฎ” แต่ถ้าหากมีผลบังคับแก่กรณีใดและ/หรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะก็เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” แท้ที่จริงก็คือข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งหรือทั้งสองข้อของ “กฎ” นั่นเอง

การจำแนกนิติกรรมทางปกครองออกเป็น “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” นี้มีความสำคัญมาก ทั้งนี้เพราะ “กฎ” ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตรงกันข้าม “คำสั่งทางปกครอง” ไม่ว่าจะออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติฉบับใดๆ ก็ตาม ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

นอกจากนั้นแล้ว การที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากกฎ จะฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎนั้น ซึ่งหากกฎนั้นเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือเป็นกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือ โดยความเห็นชอบ

³² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 26.

ของคณะรัฐมนตรี ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด³³ แต่การที่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครองจะฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือมีมูลคดีเกิดขึ้นในเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้นนั้น³⁴

การออกคำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น³⁵ คำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี³⁶ โดยหลักแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนด้วย³⁷ แต่อย่างไรก็ดี โดยที่เป็นการสมควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองในบางกรณี ซึ่งโดยสภาพไม่สามารถแย้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีดังต่อไปนี้ คือ³⁸

1) เมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎที่กำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั่นเองได้ให้ไว้ในคำขอ ทำให้การหรือคำแถลง

4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

6) กรณีอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

“กรณีอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” นั้น มีดังนี้

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

³³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. มาตรา 11 ประกอบกับมาตรา 47.

³⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. มาตรา 47.

³⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 12.

³⁶ คู่กรณี หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง.

³⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 30 วรรคหนึ่ง.

³⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 30 วรรคสอง.

- (2) การแจ้งผลสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล
- (3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ
- (4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว
- (5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว
- (6) การสั่งให้เนรเทศ³⁹

ต่อมาได้มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง คำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2543 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือในกรณีดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งตามมาตรา 37 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ (1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณี เช่น การไม่รับคำขอ ไม่อนุญาต ไม่รับรอง ไม่รับอุทธรณ์ หรือไม่รับจดทะเบียน (2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตเพิกถอนการอนุมัติ เพิกถอนการรับรอง หรือเพิกถอนการรับจดทะเบียน (3) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ (4) คำสั่งทางปกครองที่เป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์และคำสั่งเพิกถอนการสอบราคา การประกวดราคา หรือการประมูลที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลของการดำเนินการดังกล่าวแล้ว

2.2.3 สัญญาทางปกครอง

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3 ว่า “หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” และที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า⁴⁰ สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ั้น ประการแรกคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือ

³⁹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2540.

⁴⁰ ศาลปกครองสูงสุด. (2544, ตุลาคม 10). “มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2554”.

เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง ก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

2.2.4 ปฏิบัติการทางปกครอง (Realakt)

โดยทั่วไปแล้วการปฏิบัติการต่างๆ ไปของฝ่ายปกครอง ไม่ค่อยมีผลในทางปกครองเท่าใดนัก แต่ถ้าหากเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชน ก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเราเรียกว่า “ปฏิบัติการทางการปกครอง” หรือ เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง⁴¹

ปฏิบัติการในทางปกครอง เช่น การตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนตามกฎหมายหรือไม่ เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ซึ่งไม่มีผลอะไรไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง แต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีการกระทบสิทธิ เพราะฉะนั้นการปฏิบัติการในทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาท แต่อาจร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาได้

2.2.5 การกระทำอื่น ๆ

การกระทำในทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้น คือ กฎ คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ซึ่งถือเป็นการกระทำทางปกครองที่เกิดผลของการกระทำและก่อให้เกิดสถานภาพตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นอย่างไหนหรือทำให้เกิดภาระหน้าที่แก่เอกชนแต่อาจจะมีการกระทำทางปกครองที่ไม่อาจจัดเข้าอยู่ในประเภทดังกล่าวข้างต้น ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติไว้ว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” โดยจะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้กำหนดเรื่อง “การกระทำอื่นใด” เพื่อเป็นการอุดช่องว่างในกรณีที่อาจมีการกระทำในทางปกครอง ซึ่งไม่อาจจัดเข้าในประเภทที่

⁴¹ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2543). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 36.

กล่าวข้างต้น ที่ไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า ซึ่งอาจจะเป็น “คำสั่งทั่วไป” เช่น ป้ายจราจร ซึ่งไม่ได้ใช้กับบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปที่อยู่บริเวณนั้นรวมทั้งตำรวจด้วย ป้ายจราจรจึงไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งทั่วไปเพราะมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่องโดยไม่ระบุตัวบุคคลเมื่อใครมาพบต้องปฏิบัติตาม⁴² หรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดจุดก่อสร้างสะพานลอยคนเดินข้ามบริเวณหน้าอาคารและที่ดินของเอกชน เมื่อเอกชนโต้แย้งว่าตนเองได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็อาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ หากเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว จะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง⁴³

2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายมีที่มาจากแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันที่ต้องการแยกรัฐตำรวจ (Etat de Police) ออกจากนิติรัฐ (Etat de Droit) โดยในรัฐตำรวจนั้น รัฐหลุดพ้นจากภาระที่ต้องเคารพต่อเคารพกฎหมาย เพราะระบบรัฐตำรวจเป็นระบบที่ให้อำนาจอย่างมากกับฝ่ายปกครองในการดำเนินการต่างๆ ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลยพินิจของตนในการดำเนินการทุกอย่างได้ หากเห็นว่าจำเป็นการดำเนินการในรัฐตำรวจของฝ่ายปกครองจึงมักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามมาอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ แต่การดำเนินการของฝ่ายปกครองในรัฐตำรวจที่กล่าวไปก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจของตนได้เพราะในรัฐตำรวจก็มีระบบกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าวรัฐอาจเปลี่ยนแปลงได้หากต้องการ ในขณะที่ในรัฐแบบนิติรัฐนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย มีการวางหลักไว้ว่าองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจใช้อำนาจของตนได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และแม้หากมีกฎหมายให้อำนาจก็ไม่อาจใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ได้หลักนิติรัฐจึงก่อให้เกิดลักษณะสำคัญคือมีกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองพลเมืองมีกระบวนการทางกฎหมายที่จะบังคับให้ฝ่ายปกครองเคารพต่อกฎหมายซึ่งก็คือมีศาลที่เป็นอิสระจากฝ่ายปกครองที่จะเข้ามาตรวจสอบการฝ่าฝืนกฎหมายของฝ่ายปกครองได้

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงหมายความว่าถึงการทำใดๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดและจะทำนอกขอบ

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 40-41.

⁴³ โทคิน พลฤต. อ้างแล้ว. หน้า 5.

อำนาจที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ ทำให้เกิดผลตามมาคือในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการใดๆ ได้ ดังนั้น “กฎหมาย” จึงเป็นทั้ง ที่มา (Source) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และเป็นข้อจำกัด (Limitation) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย ก่อนหน้าที่จะมีการ “สร้าง” แนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น เป็นที่เข้าใจกันอย่างชัดเจนว่า ไม่มีอะไรที่จะเข้ามาขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจรัฐ (Puisseance Publique) อันเป็นอำนาจพิเศษที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจึงมีความ “สูงสุด” และ “ไม่มีข้อจำกัด” แต่ต่อมาเมื่อมีการสร้างระบบ “รัฐธรรมนูญ” ให้เป็นกฎหมายสูงสุดและมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ พร้อมทั้งมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (le Controle de Constitutionnalite) ที่กฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือลำดับใดจะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ระบบดังกล่าวส่งผลเป็นลูกโซ่ลงมายังกฎหมายลำดับรองต่างๆ ที่จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการดำเนินการต่างๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นไปภายใต้หลักเดียวกันคือจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายหรือกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ หลักดังกล่าวจึงทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลง ฝ่ายปกครองจึงไม่มีอิสระในการดำเนินการใดๆ ก็ได้ตามใจตัวเองอีกต่อไปเพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ใต้ปกครองด้วย⁴⁴ ดังนั้น จากหลักการความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงประกอบด้วยหลักการ 2 ประการ คือ หลักการไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจประการที่หนึ่ง และหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย อีกประการหนึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขปดังนี้

2.3.1 หลักการไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายถูกสร้างขึ้นและนำมาใช้กับฝ่ายปกครองจึงทำให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการต่างๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถดำเนินการใดๆ ได้ ซึ่งหลักดังกล่าวก็ได้ถูกนำมาใช้ในประเศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว⁴⁵ การให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมีผลทำให้เกิดการ

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1229>. [2555, มิถุนายน 26].

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489. ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า “ไม่มีความผิดและไม่มิโทษ โดยไม่มีกฎหมาย.

คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมา เพราะหากไม่มีหลักดังกล่าว ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจรัฐ อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจในลักษณะเกินเลยต่อความจำเป็น ซึ่งก็จะก่อให้เกิดปัญหา กับประชาชนได้ ดังนั้นในรัฐสมัยใหม่ซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงได้นำ หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อให้มีผลเป็นการเพิ่มการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนและเพื่อให้การดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย มีข้อสังเกตว่า แม้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายจะทำให้การดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้ บังคับของกฎหมาย แต่ฝ่ายปกครองเองก็เป็นองค์กรสำคัญขององค์กรหนึ่งที่มีอำนาจ ในการออก กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ คำสั่ง มาใช้กับ ประชาชนได้ การออกกฎหมายลำดับรองฝ่ายปกครองก็ต้องสอดคล้องกับหลักว่าด้วยการควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือฝ่ายปกครองไม่สามารถออกกฎหมายลำดับรองได้ถ้าไม่มี กฎหมายแม่บทให้อำนาจและการออกกฎหมายลำดับรองก็ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ใน ลำดับที่สูงกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีผลทำให้การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองไม่ว่า จะเป็นการปฏิบัติการทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองการออกกฎ คำสั่งต่างๆ ต้องมีกฎหมายให้ อำนาจและต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า

ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้คำว่า “ความชอบด้วยกฎหมาย” เป็นคำที่กว้างมากไม่จำกัดเฉพาะ กฎหมาย (Loi) ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่จะรวมถึง “กฎหมาย” ทุกประเภททั้งที่อยู่สูงกว่า กฎหมาย (Loi) ธรรมดา คือรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปกฎหมายระหว่างประเทศและ “กฎหมาย” ทุกประเภทที่อยู่ต่ำกว่ากฎหมาย (Loi) ธรรมดา คือพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง ฯลฯ⁴⁶

2.3.2 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย⁴⁷

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้อง ผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนด หน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจ ดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสาธารณะ

⁴⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1229>. [2555, มิถุนายน 26].

⁴⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด. หน้า 19-30.

หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนั้น ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ และความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายเพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

แม้ว่าหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” จะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวกลับมิได้มีเนื้อหาที่มีไปถึงผลในทางกฎหมายหากองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมายการกำหนดผลในทางกฎหมายดังกล่าวถือเป็นเรื่องฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน แต่อย่างไรก็ตามหากว่าระบบกฎหมายต้องการให้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีผลบังคับแล้ว ระบบกฎหมายนั้นๆ จะต้องกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวไว้ด้วย เช่น การกระทำทางปกครองที่อาจตกเป็น โมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการ หรือการกระทำทางปกครองดังกล่าวอาจมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง

2.4 หลักเอกสิทธิของฝ่ายปกครอง

โดยหลักกฎหมายมหาชนแล้วการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐล้วนแต่กระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยเพื่อประโยชน์ส่วนตัว การกระทำเช่นนั้นมิใช่การกระทำในฐานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่เป็นการกระทำในฐานะส่วนตัว ซึ่งการพิจารณาของศาลปกครองนั้นจะพิจารณาว่า การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจหน้าที่ไปเพื่อประโยชน์ของสาธารณะหรือไม่ หากฟังได้ว่าเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะส่วนบุคคลแล้ว ศาลปกครองจะพิพากษาเพิกถอนการกระทำหรือนิติกรรมของรัฐนั้น แต่ถ้าทางพิจารณาฟังได้ว่าเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่มีเอกชนได้รับประโยชน์ไปด้วย ดังนี้ ก็จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยชอบแล้ว จึงเห็นได้ว่าภารกิจหลักของรัฐคือ ประโยชน์สาธารณะหรือการตอบสนองความต้องการของคนหมู่มาก ดังนั้น กฎหมายมหาชนจึงสร้างหลักกฎหมายต่างๆ ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั่นเอง และเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นนี้ ผลทางกฎหมายมหาชนที่เกิดตามมาก็คือ รัฐหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่

ของรัฐต้องมีฐานะเหนือเอกชน และสภาพทางกฎหมายที่ รัฐ หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ อยู่ในฐานะที่เหนือเอกชนนี้เรียกว่าเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Prerogative de l' Administration)⁴⁸

2.4.1 ความเป็นมาของหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ในหลักกฎหมายเอกชนนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันต่างมุ่งเพื่อประโยชน์ บุคคลของเอกชนแต่ละฝ่าย กฎหมายเอกชนจึงตั้งอยู่บนหลักแห่งความเสมอภาคเท่าเทียมกันตาม กฎหมาย (Egalite) และต้องใช้ “การสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย” ในการเข้าผูกนิติสัมพันธ์ต่อกัน หรืออาจกล่าวได้อีกอย่างหนึ่งว่า กฎหมายเอกชนนั้นมี “เสรีภาพในการแสดงเจตนา” (Liberte Contractuelle) ด้วยเหตุนี้ ในกฎหมายเอกชน “สัญญา” จึงเป็นที่มาของนิติสัมพันธ์เกือบทั้งหมดและ หากมีการ โต้แย้งสิทธิ หรือมีการ ไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ต่าง ได้ตกลงกันไว้ เอกชนต้องนำคดี ขึ้นสู่ศาลเพื่อให้พิจารณาให้พิจารณาพิพากษาและบังคับคดีให้ เอกชนจะบังคับกันเองไม่ได้ จากข้อ แตกต่างดังกล่าวทำให้กฎหมายเอกชนกับกฎหมายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชน แตกต่างกันอย่างชัดเจน เพราะกฎหมายมหาชนนั้นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอันได้แก่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ มีจุดมุ่งหมายในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น กฎหมายมหาชนจึงมีหลักอยู่บน “ความไม่เสมอภาค” กล่าวคือ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนและทำให้เกิดหลักกฎหมายในเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองขึ้นมา

2.4.2 ลักษณะของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ลักษณะของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประการ คือ

1) กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการ (Activate) ต้องเป็นบริการสาธารณะ (Service Public) หรือเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง (Police Administrative)

(1) การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง (Police Administrative) เพื่อป้องกัน มิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ในประการแรกนั้น หมายถึงการใช้อำนาจรักษาความ สงบเรียบร้อยในการใช้เสรีภาพของเอกชน เพื่อป้องกันมิให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ใน ประการแรกนี้ จึงมีลักษณะทางกฎหมายมหาชน ดังนี้

(1.1) “การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง” ต่างจาก “การควบคุม ทางอาญา” กล่าวคือ “การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง” เป็น “การใช้อำนาจของฝ่าย ปกครองเพื่อป้องกัน” (Preventif) ไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น แต่ “การควบคุมทางอาญา” (Polive Judiciaire) เป็นการใช้อำนาจสอบสวนเพื่อ “ปราบปราม” ความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้น แล้ว โดยสรุป คือ กิจกรรมแรกเป็นเรื่องการป้องกันล่วงหน้าโดยที่เหตุยังไม่เกิดขึ้น แต่กิจกรรมหลัง

⁴⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้ว. หน้า 32.

เป็นเรื่องของการปราบปรามความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นแล้ว ข้อสังเกตในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองนี้ ก็คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองจะขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจว่า กฎหมายนั้นๆ ให้เจ้าหน้าที่ใดควบคุมกิจกรรมใด เช่น อธิบดีกรมป่าไม้มีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับป่าไม้ อธิบดีกรมตำรวจ (ปัจจุบัน พ.ศ. 2541 ได้เปลี่ยนชื่อตำแหน่งเป็น “ผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ”) มีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยและเหตุการณ์โจรสลัด⁴⁹ เป็นต้น

(1.2) เนื่องจากอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้าเพื่อการป้องกัน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจเพียงฝ่ายเดียวในการออกกฎเกณฑ์ต่างๆ มาใช้โดยไม่ต้องถามความสมัครใจของเอกชน เอกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเท่านั้น ซึ่งเรียกว่า “นิติกรรมทางการปกครอง” (Acte Administratif) ได้แก่ อำนาจในการวางกฎระเบียบเพื่อการต่างๆ เช่น การออกกฎจราจร การวางระเบียบเกี่ยวกับการค้า การวางระเบียบเกี่ยวกับการเงินการธนาคาร และยิ่งรวมไปถึง “การออกคำสั่ง” ตามกฎระเบียบนั้นด้วย เช่น การออกคำสั่งอนุมัติหรือไม่อนุมัติ และอาจเป็นการแสดงออกโดย “วาจา” หรือ โดย “ลายลักษณ์อักษร” หรือโดย “สัญญาณ” เช่น ไฟสัญญาณจราจร ก็ได้ และถ้าจำเป็น การใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองอาจ “ใช้กำลัง” ได้เท่าที่จำเป็นอีกด้วย เช่น การยึดของกลาง การเคลื่อนย้ายรถที่จอดกีดขวางการจราจร เป็นต้น และถ้าการฝ่าฝืน “ข้อห้ามเพื่อการป้องกันนี้” เป็นความผิดทางอาญาด้วย ก็ต้องนำกฎหมายอาญามาใช้กับกรณีนั้น หรืออาจจะต้องมีการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมในส่วนที่เป็นความผิดอาญาในประการที่สองนี้ การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองจึงเป็นกิจกรรมที่รัฐใช้อำนาจเพียงฝ่ายเดียวจำกัดเสรีภาพของเอกชน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม นั่นเอง

(1.3) ความสงบเรียบร้อย (Ordre Public) ที่ “การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง” ต้องทำการเพื่อป้องกันนั้น มีอยู่ 3 ลักษณะด้วยกัน คือ “ความสงบเรียบร้อยในท้องถนนและในที่สาธารณะ” (Tranquillite) “ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน” (Securite) และ “ความสะอาด” (Saiubrite) เช่นการรักษาสภาพแวดล้อมการเก็บขยะมูลฝอย เป็นต้นที่สำคัญคือ ทั้งสามประการนี้ต้องเป็น “สาธารณะ” กล่าวคือ หากไม่มีการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือไม่ดำเนินการรักษาความสงบเรียบร้อยให้ดีแล้วก็จะถึงกับเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นได้จริงๆ ในสังคม

⁴⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 33.

(2) กิจกรรมเพื่อประโยชน์บริการสาธารณะ (Service Public)

กิจกรรมนี้เป็นการให้บริการแก่ประชาชนเป็นประโยชน์สาธารณะและเป็นการสนองความต้องการของมหาชน มีลักษณะที่เป็นกฎหมายมหาชน⁵⁰ ดังนี้

(2.1) เป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งมีอยู่มากมายหลายอย่างหลายกิจกรรมด้วยกัน เช่น การไฟฟ้า การประปา การโทรศัพท์ การไปรษณีย์ การจัดการศึกษา ฯลฯ จึงเห็นได้ว่า กิจกรรมเหล่านี้กระทำไป หรือดำเนินการไปโดยมุ่งให้เป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น วัตถุประสงค์ที่จะได้รับตอบแทนมาในรูปของผลกำไรจากการประกอบกิจกรรมจึงไม่ใช่ วัตถุประสงค์ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ดำเนินกิจกรรม แต่การให้บริการของเอกชนนั้น จะมีวัตถุประสงค์เพื่อผลตอบแทนที่เป็นกำไรจากการดำเนินการให้บริการนั้นๆ ส่วนการจะพิจารณาว่า กิจกรรมใดเป็นการให้บริการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ได้กำหนดให้หน่วยงานใดของรัฐดำเนินกิจกรรมนั้น หรือไม่ หากมีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมนั้น ก็ต้องถือว่า กิจกรรมนั้นเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ศาลปกครองก็จะพิจารณาอย่างละเอียดว่าลักษณะของกิจกรรมที่กระทำ หรือดำเนินการโดยรัฐ หรือโดยหน่วยงานของรัฐนั้นมี “ลักษณะและวัตถุประสงค์” เป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์หรือไม่ ถ้าเป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ก็ถือเป็นบริการสาธารณะ ซึ่งผลที่จะเกิดตามมาก็คือต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับ และหากมีกรณีพิพาทก็ต้องขึ้นศาลปกครอง แต่ถ้าไม่ใช่เป็นการสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ หรือไม่ใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะก็ต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับและขึ้นศาลยุติธรรม

(2.2) ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะถือว่าเป็นการให้บริการสาธารณะ ก็คือ ต้องเป็นกิจกรรมที่ “ฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมด้วยตนเอง” และเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองผู้ดำเนินกิจกรรมนั้นต้อง “รับผิดชอบ” หรืออย่างน้อย หากเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองมอบให้ผู้อื่นกระทำแทน ก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับอย่างใกล้ชิดของฝ่ายปกครอง

2) วิธีการที่นำมาใช้ในการทำกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้น โดยที่เอกชนไม่ได้สมัครใจก็ได้ ซึ่งเรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (Acte Administratif) หรืออาจใช้ “สัญญาทางปกครอง” (Contrat Administratif) หรืออาจเลือกใช้ “สัญญาทางแพ่ง”⁵¹

ในกฎหมายเอกชนนั้นคู่กรณีที่เข้าทำนิติสัมพันธ์อยู่บนพื้นฐานของหลักแห่งความเสมอภาคและเสรีภาพ คือ ความเท่าเทียมกันและความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ดังนั้น “วิธีการ”

⁵⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 34-35.

⁵¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 32.

ส่วนใหญ่ที่ใช้ในการกอนิติสัมพันธ์หรือก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในกฎหมายเอกชนก็คือ “สัญญา” แต่ในกฎหมายมหาชน ฝ่ายปกครองมีวิธีการต่างๆ ให้สามารถเลือกใช้ได้ตามความจำเป็น อย่างน้อย 3 ประการ ด้วยกัน ซึ่งอาจเรียกโดยรวมได้ว่า “เอกสิทธิ์พิเศษของวิธีการ” กล่าวคือ

(1) นิติกรรมทางปกครอง (Act Administratif Unilateral) คือ การแสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองและก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ได้แก่ การเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของเอกชน การจะให้มิตติกรรมทางปกครองได้ จะต้องปรากฏว่า

(1.1) มีการแสดงเจตนาสู่ภายนอก ซึ่งอาจเป็นการแสดงเจตนาที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือเป็นการตัดสินใจเพียงฝ่ายเดียวอื่นๆ เช่น การอนุมัติ การไม่อนุมัติ การเพิกถอน เป็นต้น ส่วนการตัดสินใจภายในของฝ่ายปกครองเอง เช่น การเสนอความเห็น การเสนอแนะ การเสนอบันทึกประมวลเรื่องเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาตัดสินใจสั่งการ เหล่านี้ยังไม่มีแสดงเจตนาจึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง ผลที่ตามมาคือ จะนำมาฟ้องศาลปกครองไม่ได้

(1.2) การแสดงเจตนาสู่ภายนอกนั้น มุ่งต่อการก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชน เช่น ฝ่ายปกครองออกกฎกระทรวง ทำให้เอกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎกระทรวงนั้น หรือฝ่ายปกครองออกคำสั่งห้าม ทำให้เอกชนถูกระงับซึ่งสิทธิ หรือฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้เอกชนทำ เช่น ให้ชำระภาษี ก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่เอกชน เหล่านี้เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่การใดที่ฝ่ายปกครองมิได้มุ่งให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชนนั้นก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองเหล่านี้ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองโดยใช้หลักตามกฎหมายมหาชนทั้งสิ้น หลักสำคัญๆ ที่นิติกรรมทางปกครองจะต้องคำนึงถึงอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้น นิติกรรมทางปกครองนั้นอาจถูกศาลเพิกถอน อาทิเช่น ผู้ทำนิติกรรมทางปกครองมีอำนาจหรือไม่ หากตามกฎหมายผู้ทำนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีอำนาจก็ต้องถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมิชอบ ศาลปกครองจะต้องเพิกถอนแต่มีข้อยกเว้น คือกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบแต่ได้กระทำโดยสุจริต และประชาชนทั่วไปก็ไม่ได้รู้ถึงการแต่งตั้งที่ไม่ชอบนั้นเช่นนี้ต้องถือว่า นิติกรรมทางปกครองที่ได้ทำไปใช้ได้ กับกรณีที่เป็นขามบ้านเมืองเกิดวิกฤตการณ์รุนแรง แต่ไม่มีฝ่ายปกครองดำเนินการใดๆ เอกชนจึงเข้าไปดำเนินการแทน ทั้งๆ ที่เอกชนก็ไม่มีอำนาจโดยตรงตามกฎหมาย เช่นนี้กฎหมายมหาชนถือว่าเอกชนได้กระทำในฐานะเป็นเจ้าพนักงานและเป็นการกระทำที่ชอบกฎหมายได้

หลักสำคัญที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงอย่างเคร่งครัดอีกอย่างหนึ่ง คือ นิติกรรมทางปกครองนั้นได้กระทำตามขั้นตอนหรือตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด หรือได้ทำ

ตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งหากเป็นสาระสำคัญแต่ฝ่ายปกครองมิได้ทำตามที่กฎหมายกำหนดก็ต้องถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมิชอบหรือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นประโยชน์สาธารณะอื่นมิใช่เป็นประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ ก็ต้องถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต ซึ่งศาลปกครองเพิกถอนได้⁵²

หลักสำคัญประการสุดท้าย คือ นิติกรรมทางปกครองมีเนื้อหาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองไม่สอดคล้องกับกฎหมายแล้ว ศาลย่อมจะเพิกถอนได้ เช่นการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ซึ่งถ้าหากสำคัญผิดแต่ฝ่ายปกครองมีอำนาจ ศาลก็อาจให้แก้ไข หรือ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงคือไม่มีข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเงื่อนไขที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองได้ประการหนึ่ง กับมีข้อเท็จจริงแต่ไม่เข้าคุณสมบัติหรือไม่เข้าลักษณะตามกฎหมาย เช่นนี้ถ้าถึงขนาดที่สามารถเห็นได้ชัดเจน ศาลก็จะเพิกถอน แต่ถ้าถึงศาลก็อาจจะไม่เข้าไปควบคุม

(2) สัญญาทางปกครอง (Contrat Administratif) มีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอีกอย่างหนึ่งแต่ไม่ถึงกับเป็นการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองสัญญาทางปกครองนี้มีเอกชนเข้ามาแสดงเจตนาไปด้วย ซึ่งอาจเป็นการแสดงเจตนา 2 ฝ่าย หรือหลายฝ่ายก็ได้ แต่ฝ่ายหนึ่งนั้นเป็น “ฝ่ายปกครอง” ผลที่ตามมาคือ จะนำหลักกฎหมายที่ใช้ใน “นิติกรรมทางปกครอง” มาใช้ใน “สัญญาทางปกครอง” โดยตรงไม่ได้หลักกฎหมายของสัญญาทางปกครองจึงเป็นหลักเอกเทศต่างออกมาจากนิติกรรมทางปกครอง ทั้งวิธีพิจารณาที่ต่างกัน อำนาจศาลปกครองก็ต่างกัน ข้อสังเกตที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องประกอบด้วย ประการแรกคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และอีกประการหนึ่ง คือเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงในการดำเนินการให้บริการสาธารณะ หรือมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจมากเป็นพิเศษแก่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนที่เป็นคู่สัญญา

(3) การใช้สัญญาทางแพ่ง ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองไม่มีเอกสิทธิ์ใดๆ เลย เพราะต้องใช้หลักกฎหมายเอกชนบังคับสัญญาและหากมีข้อพิพาทก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรมเท่ากับว่า ฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นเอกชนคนหนึ่งเท่านั้น สัญญาประเภทนี้จะไม่ได้ให้อำนาจมากเป็นพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง และไม่ได้มุ่งโดยตรงต่อการดำเนินการให้บริการสาธารณะเช่น หน่วยงานของรัฐทำสัญญาเช่าอาคารของเอกชนเป็นที่ทำการ หรือเป็นการทำสัญญาซื้อขายสิ่งของเครื่องใช้ในสำนักงาน เป็นต้น

3) ผลทางกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะพิเศษและที่เป็นผลของกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการต้องเป็นบริการสาธารณะหรือเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง และที่

⁵² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้ว. หน้า 39-40.

เป็นผลของวิธีการที่ใช้ในการทำกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองใช้อาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้น โดยที่เอกชนไม่ได้สมัครใจก็ได้ที่เรียกว่านิติกรรมทางปกครองหรืออาจใช้สัญญาทางปกครองหรือ อาจเลือกใช้สัญญาทางแพ่งมีดังนี้⁵³

(1) ผลทางกฎหมายจากการรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองการใช้ อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้าเพื่อป้องกันมิให้เกิด ความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ รวมทั้ง การอนุมัติหรือ การไม่อนุมัติใดๆ หรือ การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางการปกครองใดๆ ซึ่งอาจจะมี ผลเป็นการทั่วไป หรือมีผลเป็นการเฉพาะรายนั้น เอกชนอาจนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองได้ หากเอกชน เห็นว่า การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นการอันไม่ชอบ และในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครอง จะใช้หลักที่ทำให้ความสำคัญกับมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้ว่าเกินกว่าความจำเป็นที่จะรักษาความสงบ เรียบร้อยหรือไม่ ถ้าศาลปกครองพิจารณาได้ความว่า ฝ่ายปกครองใช้มาตรการเพื่อป้องกันเกินกว่า ความจำเป็น ศาลปกครองพิจารณาได้ความว่า ฝ่ายปกครองใช้มาตรการเพื่อป้องกันเกินกว่าความ จำเป็น ศาลปกครองก็จะสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางการปกครองนั้น และถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ ละเมิดสิทธิของเอกชนอย่างร้ายแรงโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลปกครองก็อาจลงโทษฝ่าย ปกครองโดยไม่รับคดีไว้พิจารณาเอง แต่จะให้เป็นขึ้นศาลยุติธรรมซึ่งใช้กฎหมายเอกชนบังคับคดี แทน แต่ในเรื่องที่เป็นนโยบายสำคัญอย่างแท้จริง ศาลปกครองก็จะควบคุมฝ่ายปกครองเท่าที่จำเป็น เท่านั้น เช่น เรื่องการเนรเทศ เป็นต้น ส่วนในเรื่องอื่นๆ ก็จะต้องเป็นเรื่องที่เกิดจากการใช้อำนาจ รักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองผิดร้ายแรงอย่างแท้จริงเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องถึงกับเป็น การจงใจให้เกิดความเสียหายกับเอกชนโดยผิดกฎหมาย หรือเป็นเพราะการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลปกครองจึงจะให้รัฐต้องรับผิดชอบในเรื่องค่าสินไหมทดแทน

ในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองใน สถานการณ์ฉุกเฉิน หรือ ในสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างยิ่งนั้น อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการ ปกครองจะมีมากขึ้นตามสถานการณ์และเป็นหลักกฎหมายมหาชนว่าในสถานการณ์ที่ฉุกเฉินอย่างยิ่ง (Circumstances Exceptionnelles) เช่นเกิดการจลาจลนั้น แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้ โดยตรง ฝ่ายปกครองก็ต้องดำเนินการทุกอย่างเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และ ในยามประกาศกฎอัยการศึกนั้นอำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นพลเรือนจะโอนไปเป็นอำนาจของ ฝ่ายทหารทันที

⁵³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 44.

(2) ผลทางกฎหมายจากกิจกรรมให้บริการสาธารณะ

ศาลปกครองได้สร้างหลักกฎหมายพิเศษขึ้นมาสำหรับคุ้มครองการให้บริการสาธารณะ เรียกว่า “หลักกฎหมายพื้นฐานของการให้บริการสาธารณะ” คือ

(2.1) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Continuite de Service public)

ความต้องการของประชาชนที่มีต่อกิจกรรมให้บริการสาธารณะย่อมมีอยู่อย่างต่อเนื่อง เพราะฉะนั้นการดำเนินกิจกรรมให้บริการสาธารณะจึงต้องต่อเนื่องอย่างต่อเนื่องด้วย การกระทำอย่างใดๆ ก็ตามที่ทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง ก็จะต้องห้าม เช่น ห้ามการนัดหยุดงานของพนักงานรัฐวิสาหกิจหรือถ้าเป็นกรณีสัญญาทางปกครอง ก็มีหลักว่าแม้ไม่มีข้อสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองก็อาจเข้าดำเนินการบางประการได้ ถ้าเห็นว่าเอกชนจะไม่สามารถดำเนินการให้บริการสาธารณะต่อไปได้ และถ้าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาเอกชนคู่สัญญาก็จะหยุดดำเนินการตามสัญญานั้นไม่ได้ เพราะจะทำให้การให้บริการสาธารณะต้องหยุดไปด้วยนั่นเอง เอกชนคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่เอกชนอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือฟ้องขอให้เลิกสัญญาได้ โดยมีหลักว่า สัญญาทางปกครองเช่นนี้จะบอกเลิกโดยฝ่ายเอกชนไม่ได้ ต้องฟ้องขอเลิกสัญญาต่อศาลปกครองเท่านั้น

หลักกฎหมายเหล่านี้แตกต่างกับกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจนทั้งนี้ ก็เพราะสภาพของกิจกรรมอันเป็นการให้บริการสาธารณะนั่นเองที่ต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษเพื่อให้กิจกรรมบริการสาธารณะนั้นดำเนินอยู่ต่อไปได้

(2.2) หลักการปรับเปลี่ยนให้การบริการสาธารณะทันต่อความต้องการของมหาชนอยู่เสมอ (Adaptation de Service Public)

ตามข้อนี้มีหลักอยู่ว่า กิจกรรมบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองดำเนินการนั้น ต้องมีการปรับเปลี่ยนให้ทันกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นธรรมดาที่ความต้องการของคนในสังคมย่อมจะเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและตามความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนย่อยๆ ตามมาหลายประการ เช่น “ฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวอาจใช้อำนาจแก้ไขสัญญาที่ทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องมีหนี้ใหม่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยฝ่ายปกครองจะต้องออกค่าทดแทนให้” และหลักที่ว่า “ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่จะอ้างสิทธิอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปอีกไม่ได้ เมื่อความจำเป็นในการดำเนินกิจกรรมให้บริการสาธารณะนั้นได้หมดไปแล้ว” ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจยุบหรือเลิกกิจกรรมของหน่วยงานนั้นได้⁵⁴

(2.3) หลักความเสมอภาคที่มีต่อกิจกรรมอันเป็นบริการสาธารณะ หมายถึง ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมให้บริการสาธารณะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน เช่น

⁵⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 45.

มีข้อกำหนดในเรื่องคุณสมบัติเหมือนกัน หรือการใช้วิธีแข่งขันให้เอกชนมีโอกาสเท่ากันที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาเพื่อดำเนินกิจกรรมให้บริการสาธารณะ และต้องปฏิบัติต่อผู้ให้บริการเหมือนกัน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม กิจกรรมให้บริการสาธารณะบางอย่างมีลักษณะที่ใกล้เคียงมากกับกิจกรรมของเอกชน และมีวัตถุประสงค์เพื่อหาผลกำไรจากการประกอบกิจกรรมนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้หน่วยงานนั้นสามารถเลี้ยงตัวเองได้ โดยสภาพแล้วกิจกรรมประเภทนี้เป็นบริการสาธารณะ ดังนั้นจึงต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการดำเนินการจัดทำกิจกรรมนั้น แต่ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน ผู้ให้บริการหรือ กับเอกชนที่เป็นบุคคลที่สามนั้น ต้องใช้กฎหมายเอกชนและหากมีข้อพิพาทก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรม

(3) ผลทางกฎหมายของสัญญาทางปกครอง มีดังนี้ คือ

(3.1) ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนบังคับไม่ใช่หลักกฎหมายเอกชน

(3.2) ฝ่ายปกครองมีสิทธิและภาระหน้าที่มากกว่าเอกชน

(3.3) ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพจำกัดเพราะฝ่ายปกครองต้องกระทำไปภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายที่ให้อำนาจ เท่านั้น

(4) การบังคับตามสิทธิหน้าที่ หรือ การพิจารณาคดี ที่เป็นการโต้แย้งกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น ถือว่าจะต้องพิจารณาโดยศาลพิเศษด้วยวิธีพิจารณาพิเศษ และด้วยกฎหมายพิเศษจากหลักกฎหมายมหาชน⁵⁵

การบังคับตามสิทธิหน้าที่หรือการพิจารณาคดี กฎหมายเอกชนนั้นอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญา หากมีข้อโต้แย้งในเรื่องสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม และการบังคับคดีก็ต้องให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการให้ เหตุที่ต้องดำเนินดังนี้ก็เนื่องจากรัฐรวมศูนย์การบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์รวมทั้งการใช้กำลังไว้ที่รัฐเพียงแห่งเดียว (Monopole de Constraint) แต่ในกฎหมายมหาชนนั้น ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิ่งทีเรียกว่า “เอกสิทธิ์ในการกระทำไปได้ก่อน” (Privilege du Prealble) หมายถึง รัฐมีอำนาจบังคับโดยตรงอยู่แล้ว เนื่องจากการกระทำของรัฐเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐหรือฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามนิติกรรมทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองได้โดยไม่ต้องมาให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีให้เสียก่อน แต่การกระทำไปได้ก่อนนั้น หากเอกชนเห็นว่าไม่ชอบ เอกชนก็อาจฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนหรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายได้ ผลทางกฎหมายของเอกสิทธิ์ในการกระทำไปได้ก่อน ที่สำคัญ คือ

⁵⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 47.

ประการแรก ถือเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า นิติกรรมทางปกครอง หรือ สัญญาทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายจนกว่าศาลจะพิพากษาให้เป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นเหตุผลที่ยอมให้ฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับไปก่อน โดยไม่ต้องมาศาลนั่นเอง

ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองมีผลให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ทันที เอกชนต้องปฏิบัติตามแม้ไม่สมัครใจ วิธีที่จะทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลบังคับก็คือการเพิกถอน โดยฝ่ายปกครองเองหรือโดยศาล เว้นแต่เอกชนจะร้องขอเป็นพิเศษต่อศาลปกครองว่า ถ้าปฏิบัติไปตามการบังคับของฝ่ายปกครองแล้ว ต่อมาภายหลังศาลพิพากษาให้นิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นอันมิชอบ ก็จะเกิดความเสียหายที่ไม่สามารถจะเยียวยาได้ แต่เอกชนจะต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างจริงจังและต้องให้ศาลเห็นว่าในท้ายที่สุดนั้นเอกชนจะเป็นฝ่ายชนะคดี

ประการที่สาม ฝ่ายปกครองอาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองให้สิ้นผลในอนาคตได้ แต่การเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังนั้นอาจกระทำไม่ได้ในบางกรณีขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในการประสานผลประโยชน์และองค์ประกอบอื่นอีกหลายประการ

4) การบังคับตามสิทธิหน้าที่ หรือการพิจารณาคดี ที่เป็นการโต้แย้งกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น ถือว่าจะต้องพิจารณาโดยศาลพิเศษ ด้วยวิธีพิจารณาพิเศษ และด้วยกฎหมายพิเศษจากหลักกฎหมายมหาชน

2.5 แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ

รัฐตามรัฐธรรมนูญใหม่ในปัจจุบันนี้ เป็นรัฐที่การดำเนินการต้องเป็นไปและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย หรือเป็นรัฐที่ยอมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ ซึ่งเรียกว่า (Legal State) ดังนั้น ฝ่ายปกครองของรัฐสมัยใหม่จึงต้องไม่ดำเนินการปกครองตามอำเภอใจ อีกทั้งฝ่ายปกครองของรัฐจะต้องไม่ใช่อำนาจไปรุกรอนสิทธิเสรีภาพ หรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่ประชาชนอีกด้วยในทางกลับกันฝ่ายปกครองของรัฐจะต้องกระทำการเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ประชาชนโดยส่วนรวมและเสมอภาคหน้ากัน ดังนั้น จากหลักการที่ว่า “กษัตริย์” ไม่สามารถทำผิดได้” จึงไม่มีเหตุผลใดๆ อีกต่อไป ยกเว้นในเรื่องของการกระทำของรัฐบาล (Acres de Gouvernment) เท่านั้น ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับอำนาจอื่น เช่น อำนาจนิตินบัญญัติ หรือรัฐต่างประเทศซึ่งกรณีนี้จะถูกควบคุมโดยรัฐสภา⁶⁶ แต่อย่างไรก็ตาม จากสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมือง ในแต่ละสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว จึงเป็นผลให้

⁶⁶ รัฐธรรมนูญ สมศักดิ์. (2540). *วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 17-28.

ต้องมีการบัญญัติกฎหมายปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการกระทำ การประกอบวิชาชีพและการดำรงชีวิตอยู่ของประชาชน กฎหมายปกครองเหล่านี้จึงได้ไปกระทบสิทธิเสรีภาพในทางด้านร่างกายทรัพย์สิน การประกอบอาชีพธุรกิจต่างๆ ของประชาชน และครอบคลุมไปถึงกิจกรรมทุกประเภทของประชาชน ดังนั้น การวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งบางครั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ได้ใช้อำนาจตามอำเภอใจอยู่เสมอ ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยสั่งการได้ทันที โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจจากคำพิพากษาของศาลจึงทำให้เกิดความไม่สมดุลกันในทางความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองของรัฐกับประชาชน หรือผู้อยู่ภายใต้การปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิเหนือผู้อยู่ใต้การปกครอง ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงได้เปรียบในเรื่องความสัมพันธ์โดยทั่วๆ ไป⁵⁷

จากหลักการและเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการจัดระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองและหากกลไกในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้มีประสิทธิภาพสูงสุด และเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง อีกทั้งเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่ไปกับการบริการสาธารณะด้วย แต่ปัญหาอยู่ที่ว่าเราจะควบคุมฝ่ายปกครองด้วยวิธีใด จึงจะควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยถูกต้อง สุจริต และเหมาะสม และเป็นหลักประกัน และให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชน ในขณะที่เดียวกันก็ไม่นเป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการอันเป็นการพัฒนาประเทศด้วย

2.5.1 ความเป็นมาของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

รัฐสมัยใหม่ที่มีโครงสร้างทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานการผลิตแบบทุนนิยม หรือเสรีนิยม การต่อสู้เพื่อสิทธิ เสรีภาพของชนชั้นกลางหรือพวกบัวร์ชัวร์ (Bourgeois) ซึ่งเกิดมาควบคู่กับการพัฒนาของระบบทุนนิยมต่อชนชั้นศักดินา (Capitalist) พวกชนชั้นกลางต้องการให้สิทธิประโยชน์ของตนได้รับการคุ้มครองมากที่สุด เพื่อมิให้สิทธิและประโยชน์นั้นต้องเสียหายไป เพราะการใช้อำนาจการปกครองของกษัตริย์และขุนนางทั้งหลาย การต่อสู้จึงออกมาในรูปแบบต่างๆ เช่น Magna Carta และกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (Bill of Rights) ในประเทศอังกฤษ และประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเองของประเทศฝรั่งเศส และกฎบัตรสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

แนวความคิดแห่งการคุ้มครองในสิทธิของชนชั้นกลางดังกล่าว จึงเป็นหัวใจแห่งการพัฒนาทางด้านการบริหาร และการปกครองของประเทศตะวันตกมานานหลายศตวรรษ ประเทศต่างๆ จึงหากลไกและวิธีการที่จะคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ รูปแบบกลไกตลอดจนเทคนิคต่างๆ ในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้รับการพัฒนาเป็นลำดับอาจจะคล้ายคลึงหรืออาจจะแตกต่างกันบ้าง ย่อมอยู่ที่แนวความคิดตลอดจนประวัติศาสตร์ของสังคมนั้นๆ แต่วัตถุประสงค์หลักที่เป็นจุดร่วม คือ จะทำอย่างไรจึงจะสามารถควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้ปฏิบัติหน้าที่ไปในทางที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายหรือกระทบต่อสิทธิและประโยชน์ของประชาชนที่จะพึงมีพึงได้ หรือจะทำอย่างหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองให้ดีที่สุด

2.5.2 วัตถุประสงค์ของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นมาตรการป้องกันในระบบการบริหารที่กำหนดขึ้นมา เพื่อให้สามารถควบคุมการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามขอบเขตแห่งอำนาจที่กฎหมายได้กำหนดไว้ โดยคำนึงถึงสิทธิประโยชน์ที่ประชาชนพึงได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานฝ่ายปกครองของรัฐเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองของรัฐและเป็นองค์กรขนาดใหญ่ การดำเนินกิจกรรมทั้งหลายจึงมีขอบเขตกว้างขวางมาก มีการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสลับซับซ้อน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองเป็นหลักรวมทั้งเพื่อสนองตอบต่อความต้องการของประชาชนด้วยไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การสงวนรักษาสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน รวมถึงการจัดทำเพื่อบำรุงส่งเสริม เช่น กิจการอันเป็นสาธารณูปโภคและสาธารณูปการต่างๆ ดังนั้น การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิประโยชน์ของประชาชนได้ จึงได้มีระบบควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่เป็นวิธีการหนึ่งในทางป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติงานตามอำเภอใจ อันเป็นการขัดต่อกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ หรือเป็นการป้องกันมิให้ปฏิบัติหน้าที่เกิดไปกว่าขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ที่พึงมี ทั้งนี้ เพื่อมิให้ประชาชนเสียสิทธิประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ก็เพื่อทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับสิทธิและประโยชน์ของประชาชน⁵⁸

2.5.3 หลักการของระบบการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

จากวัตถุประสงค์ของการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่นั้น จะเห็นได้ว่าต้องการที่จะให้เกิดดุลยภาพระหว่างการบริหารงานของรัฐกับสิทธิประโยชน์ของ

⁵⁸ ธรรมนูญ สมศักดิ์. อ้างแล้ว. หน้า 28-29.

ประชาชนเป็นหลัก แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจำเป็นต้องมีหลักการของระบบการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นตัวสนับสนุนเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ดังนั้น ระบบการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐประชาธิปไตย จึงเป็นระบบสำคัญที่เป็นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะขาดเสียมิได้และความสำเร็จหรือความล้มเหลวของการปกครองโดยกฎหมายที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของผู้มีอำนาจก็คิดแต่ขึ้นอยู่กับระบบการตรวจสอบความคุมองค์กรทั้งหลายที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้นั่นเอง ซึ่งระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ดี ควรจะต้องมีลักษณะ ดังนี้⁵⁹

1) ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ ควรจะมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน ทั้งนี้ เนื่องจากเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างทั่วถึงและอย่างจริงจัง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบ จึงต้องมีหลายองค์กร เพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่างๆ ของรัฐที่มีหลากหลายมีประสิทธิภาพ เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือมีน้อยองค์กร อาจไม่พอเพียงต่อการตรวจสอบดูแลกิจกรรมของรัฐในทุกด้านได้ แต่องค์กรที่มาทำหน้าที่ในการตรวจสอบนั้น จะต้องไม่ซ้ำซ้อนกันแต่จะต้องมาทำหน้าที่เสริมซึ่งกันและกัน และไม่มีประเทศใดในโลกที่มีระบบการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐเพียงองค์กรเดียว แต่จะใช้หลายรูปแบบผสมกันเสมอ

2) องค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบต้องมีลักษณะเป็นอิสระ ในระบบการตรวจสอบองค์กรที่จะเข้ามาตรวจสอบการกระทำหรือการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องมีลักษณะเป็นอิสระและองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบนั้น จะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย สิ่งที่สำคัญยิ่งที่จะทำให้การควบคุม โดยองค์กรดังกล่าวเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ คือ การได้มาซึ่งบุคคลที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบที่มีคุณสมบัติเหมาะสม การกำหนดวิธีดำเนินการหรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบให้ลักษณะอิสระเป็นกลางและถูกตรวจสอบได้ ซึ่งถ้าองค์กรที่มาทำหน้าที่ในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรอื่นหรือบุคคลอื่น ถ้าไม่อาจถูกตรวจสอบควบคุมได้ ก็จะกลายเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมที่ไม่ชอบเสียเองก็ได้

3) ปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรได้โดยกว้างขวาง แต่การให้สิทธิประชาชนในการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐ จะต้องไม่กว้างขวางเกินไปจนไม่มีขอบเขต ซึ่งจะทำการบริการสาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐถูกขัดขวางได้ โดยผลประโยชน์ส่วนตัวของคนเพียงบางคนโดยใช้หลักที่ว่าผู้ที่ถูกระทบโดยตรงหรือถูกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้มาเป็นตัวพิจารณา⁶⁰

⁵⁹ รัฐธรรมนูญ สมศักดิ์. อ้างแล้ว. หน้า 31.

⁶⁰ รัฐธรรมนูญ สมศักดิ์. อ้างแล้ว. หน้า 32.

4) ระบบการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

นอกเหนือจากที่รัฐในสมัยที่จะต้องไปเป็นรัฐ ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายหรือนิติรัฐแล้ว รัฐสมัยใหม่ยังจะต้องเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเป็นรัฐที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) อีกด้วย ดังนั้น การดำเนินการใดๆ ของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของปัจเจกชนผู้อยู่ใต้การปกครองของรัฐมิได้ ถึงแม้การกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรม ชื่อเสียง หรือเกียรติยศของบุคคลใดหรือเพื่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม ยกเว้นจะมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ และได้กระทำการไปภายในขอบเขตของอำนาจแห่งกฎหมายนั้นๆ ซึ่งกรณีนี้ถือได้ว่า กฎหมายนั้นเป็นทั้งที่มาและแหล่งอำนาจด้วย แต่อย่างไรก็ตาม หลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้นจะมีผลบังคับได้อย่างจริงจังในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อ มีระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการดำเนินกิจการทั้งหลาย หรือการกระทำทางปกครองแต่การควบคุมการใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอยู่หลายแบบหลายระบบและโดยหลักใหญ่แล้ว สามารถกำหนดออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ๆ คือ ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

(1) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง เป็นการควบคุมตามลำดับชั้นของสายการบังคับบัญชาเป็นการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่โดยผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในตำแหน่งสูงสุด การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักการนี้ ถือได้ว่าเป็นกลไกสำคัญในการควบคุมการประพฤติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการเสริมสร้างให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือระเบียบที่ได้วางไว้ด้วย ซึ่งเป็นวิธีการที่เป็นการป้องกันการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมีขอบในหน่วยงานได้อีกทางหนึ่ง

ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองหรือวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร เป็นการร้องเรียนฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่า ตามปกติการควบคุมโดยวิธีการนี้จะไม่มีวิธีการที่แน่นอนและไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาท ซึ่งการร้องเรียนในลักษณะนี้อาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้ที่ดำเนินการหรือสั่งการนั้นเองก็ได้หรืออาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้ที่รับผิดชอบสูงกว่าผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการนั้น ซึ่งระบบการควบคุมดังกล่าวนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ⁶¹

(1.1) การควบคุมบังคับบัญชา (Control Hierachique)

⁶¹ ธรรมนูญ สมศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 34.

การควบคุมบังคับบัญชา เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจของตนที่มีอยู่ตาม กฎหมายตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมของการกระทำต่างๆ ของผู้ที่อยู่ ใต้การบังคับบัญชาและหากผู้บังคับบัญชาเห็นว่าการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วย กฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสมผู้บังคับบัญชานั้นก็มีอำนาจที่จะมีการให้ยกเลิกเพิก ถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นๆ เสียก็ได้ โดยอำนาจของผู้บังคับบัญชานี้ สามารถใช้ ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบใดๆ บัญญัติให้อำนาจโดยเฉพาะ

(1.2) การกำกับดูแล (Tutelle Administrative)

การกำกับดูแล เป็นกรณีที่องค์กรการปกครองส่วนกลาง หรือองค์กรของการ ปกครองส่วนภูมิภาคใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กร ส่วนท้องถิ่น (Collectivite Locale) เช่น กรุงเทพมหานคร เทศบาล สุขาภิบาล เป็นต้น และรวมถึง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรมหาชน (Establishment Public) หรือรัฐวิสาหกิจ เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามการควบคุมบังคับบัญชากับการกำกับดูแลนั้นจะมีความ แตกต่างกันในสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

(1.2.1) อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา นั้นเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดขึ้นจากการจัดระเบียบภายในหน่วยราชการหรือหน่วยงานนั้น โดยไม่ จำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ส่วนอำนาจกำกับดูแลนั้น จะเป็นการควบคุมการ กระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนและเป็นอำนาจที่จะต้องมียกข้อยกเว้นของกฎหมายให้ อำนาจไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งการใช้อำนาจในการกำกับดูแลนั้น ผู้ที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลจะใช้ อำนาจควบคุมเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ดังสุภาษิตที่ว่า “ไม่มีการกำกับดูแลโดยไม่มี กฎหมายให้อำนาจและไม่มีการกำกับดูแลเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้” (Pas de Tutelle Sans Taxte, pas de Tutelle au-Dela du Texte)⁶²

(1.2.2) ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจในการควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้ การบังคับบัญชาของตนนั้น สามารถควบคุมได้ทั้งในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมาย (Legalite) และในเรื่องของความเหมาะสม (Opportunite) แต่โดยหลักการแล้วผู้ที่ทำหน้าที่กำกับดูแล จะมี อำนาจกำกับดูแลได้ก็เฉพาะแต่ในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จะไปควบคุมความ เหมาะสมของการกระทำนั้นๆ มิได้ มิฉะนั้นจะกลายเป็นการทำลายความเป็นอิสระขององค์กรส่วน ท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนได้ และจะเป็นการขัดต่อหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization)

⁶² ธรรมนูญ สมศักดิ์. อ้างแล้ว. หน้า 46-47.

(2) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แบ่งการควบคุมโดยทางรัฐสภาและการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล⁶³

(2.1) การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจกระทำได้หลายวิธี คือ การควบคุมในด้านนโยบายของรัฐบาล การควบคุมในด้านการใช้จ่ายเกินงบประมาณ การควบคุมโดยการตั้งกระทู้ถามรัฐบาล การควบคุมโดยการขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล การควบคุมในด้านนโยบายของรัฐบาล สามารถจะทำหน้าที่ควบคุมการบริหารงานของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาโดยอำนาจการควบคุมการบริหารงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐมักจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมในด้านการใช้จ่ายงบประมาณ รัฐสภาจะเป็นผู้พิจารณาอนุมัติงบประมาณตามที่ฝ่ายบริหารได้ตั้งงบประมาณการทั้งหมด หรืออาจจะคัดทอนบางส่วนได้การควบคุมโดยการตั้งกระทู้ถามรัฐบาล ในระบบรัฐสภา รัฐสภามีสิทธิที่จะตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีถึงการบริหารงานที่อยู่ในอำนาจหน้าที่รัฐมนตรีนั้นๆ รับผิดชอบได้หรืออาจจะตั้งกระทู้ถามนายกรัฐมนตรีในปัญหาเชื่อมโยงระหว่างประชาชน กับรัฐบาลได้การควบคุมโดยการขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล รัฐสภามีสิทธิที่จะแสดงความไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีเป็นรายตัว ในการบริหารงานของรัฐ โดยตรงได้

(2.2) การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยองค์กรตุลาการหรือศาลนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้เอกชนซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครอง มีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้นั้น และการกระทำนั้นมีขอบด้วยกฎหมายขอให้ยกเลิกเพิกถอนการกระทำนั้นหรือให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ตนแล้วแต่กรณี การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยองค์กรตุลาการนั้นจะเป็นกรณีที่อาศัยอำนาจตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่นี้จะแบ่งออกได้เป็นสองระบบคือ ระบบศาลเดี่ยว และระบบศาลคู่⁶⁴

(2.2.1) ระบบศาลเดี่ยว เป็นระบบที่มอบอำนาจให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีทุกชนิดซึ่งรวมถึงคดีปกครองด้วย โดยระบบนี้จะมีศาลปกครองชั้นต้นเป็นศาลชำนาญพิเศษซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะแยกจากศาลชั้นต้นอื่น เช่นศาลแพ่ง ศาลอาญา ศาลภาษี ศาลแรงงานแต่จะมีศาลสูงเพียงศาลเดียวเท่านั้น ที่ทำหน้าที่

⁶³ รัฐธรรมนูญ สมศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 48.

⁶⁴ รัฐธรรมนูญ สมศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 51.

ควบคุมคำพิพากษาของศาลล่างทุกศาลรวมทั้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นด้วย และในศาลฎีกาอาจมีองค์คณะหนึ่งซึ่งได้รับมอบหมายให้ควบคุมคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น โดยเฉพาะก็ได้

(2.2.2) ระบบศาลคู่ เป็นระบบที่มีศาลปกครอง แยกต่างหากจากศาลยุติธรรมอย่างสิ้นเชิง โดยศาลปกครองจะมีศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุดเป็นเอกเทศ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่พอใจคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นก็ต้องอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด และเมื่อศาลปกครองสูงสุดพิพากษาแล้วคดีเป็นอันถึงที่สุด

2.6 แนวความคิดเกี่ยวกับคดีปกครอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในหมวดที่ 8 ส่วนที่ 4 ได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองของประเทศไทยขึ้นแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษา “คดีปกครอง” หรือคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน หรือหน่วยงานของรัฐกับประชาชน อันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง การจัดตั้งศาลปกครองนี้ย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองอย่างถูกต้อง เป็นธรรม และรวดเร็วโดยศาลที่มีความเชี่ยวชาญ ในการปรับใช้หลักกฎหมายที่สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และประโยชน์สาธารณะได้ในเวลาเดียวกัน

เนื่องจากคดีปกครองนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากคดีแพ่งทั่วไป พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่มีลักษณะแตกต่างจากวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้บังคับในศาลยุติธรรม โดยมีลักษณะที่สำคัญคือ เป็นวิธีพิจารณาแบบไต่สวน วิธีพิจารณาส่วนใหญ่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ยึดหลักการฟังความทุกฝ่าย เป็นระบบที่ง่ายสะดวก และมีระบบการถ่วงดุลในกระบวนการพิจารณาคดี หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้จัดทำขึ้นโดยศึกษาหลักเกณฑ์ที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และระเบียบที่เกี่ยวข้องประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมตลอดถึงวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส⁶⁵

ในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น กลไกที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งจะเป็นหลักประกันความมีประสิทธิภาพของกระบวนการ และคำพิพากษาที่มีคุณภาพ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายปกครอง มี

⁶⁵ สำนักงานศาลปกครอง. (2544). *คู่มือปฏิบัติงานของตุลาการศาลปกครอง และพนักงานคดีปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 1-2.

ความสมเหตุสมผล โปร่งใส และเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย รวมทั้งสามารถจะปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน และประโยชน์ราชการได้ในเวลาเดียวกันก็คือ ระบบการพิจารณาแบบไต่สวนและระบบการถ่วงดุล 3 ฝ่าย ในกระบวนการพิจารณาระหว่างตุลาการเจ้าสำนวน (Rapporteur) ตุลาการผู้แถลงคดีปกครอง (Commissaire du Gouvernement) และองค์คณะผู้พิจารณาและพิพากษา (Formation d' Instruction et du Jugement) ซึ่งเป็นระบบของประเทศฝรั่งเศส

ความจำเป็นที่ต้องมีศาลปกครองในประเทศไทยก็เพื่อแก้ไขข้อจำกัดของคดีพิพาทที่เกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐกระทำหรืองดเว้นการกระทำแล้วมีผลกระทบต่อประชาชน หรืออาจเกิดการละเมิดต่อประชาชน หรือเอกชนที่เรียกว่า “คดีปกครอง” เพื่อดูแลสิทธิเสรีภาพของประชาชนไทยให้ดียิ่งขึ้นกว่าระบบศาลที่มีอยู่แต่เดิม ซึ่งแต่เดิมนั้นจะมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น หากเกิดข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนหรือเอกชนก็จะต้องฟ้องคดีกันต่อศาลยุติธรรม ซึ่งใช้ระบบกล่าวหาในการพิจารณาพิพากษาคดี

การที่ศาลยุติธรรมใช้ระบบกล่าวหาในการพิจารณาพิพากษาคดี เป็นการต่อสู้ของบุคคล 2 ฝ่าย ภายใต้กฎระเบียบที่แน่นอนตายตัว ต่อหน้าผู้พิพากษาที่ปราศจากอคติต่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดและผู้พิพากษาจะต้องวางตัวเป็นกลางไม่เข้าเป็นผู้แสวงหาหรือค้นหาข้อเท็จจริงเสียเอง โดยปล่อยให้เป็นที่ของคู่กรณีจะนำพยานหลักฐานมาสืบกันเองเมื่อถึงขั้นสุดท้ายผู้พิพากษาเป็นผู้ตัดสินให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้ชนะคดีตามพยานหลักฐานที่มีการนำมาพิสูจน์ได้ หลายครั้งในกรณีประชาชนมีคดีพิพาทกับหน่วยงานของรัฐ ประชาชนผู้เสียหายเป็นฝ่ายเสียเปรียบหน่วยงานของรัฐ ผู้กระทำละเมิด เพราะเอกสารพยานหลักฐานต่างๆ ที่ต้องนำมาพิสูจน์ต่อศาล ส่วนใหญ่แล้วจะอยู่ในความครอบครองของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณี จึงทำให้ประชาชนไม่สามารถหาพยานหลักฐานมายืนยันต่อศาลได้ ตามหลักฝ่ายใดกล่าวอ้างฝ่ายนั้นมีหน้าที่นำสืบให้สมดังคำกล่าวอ้าง และทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนในการต่อสู้คดี ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองจึงใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาพิพากษาอันเป็นระบบที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชนมากขึ้น ศาลปกครองใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งมีหลักการโดยสรุปคือตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีปกครองจะต้องทำหน้าที่ในการตรวจสอบแสวงหาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ซึ่งในการแสวงหาข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลจะไม่จำกัดอยู่เฉพาะข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่ผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดี หรือผู้ร้องสอด ยื่นหรือเสนอต่อศาลเท่านั้น แต่ตุลาการเจ้าของสำนวนยังมีอำนาจที่จะสืบเสาะแสวงหาข้อมูลได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งตุลาการเจ้าของสำนวนอาจทำโดยมีคำสั่งเรียกเอกสารพยานหลักฐาน พยานวัตถุที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานทางปกครองให้แสดงต่อศาลเพื่อประกอบการพิจารณาได้ หรือไปตรวจสอบสถานที่ เกิดเหตุ หรือเรียกผู้เชี่ยวชาญมาตรวจสอบให้ความเห็น หรือการซักถามคู่กรณีหรือพยาน เป็นต้น และศาลปกครองยังเปิดโอกาสให้ประชาชน

ข้อ 15 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่กำหนดว่าคณะกรรมการต้องให้ออกาสแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหาย ได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม⁶⁸ แม้ต่อมาภายหลังศาลจะมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งให้ผู้ฟ้องคดีใช้ค่าเสียหายก็ตาม ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีก็ยังคงอยู่เพราะผู้ถูกฟ้องคดียึดอัยคทรัพย์ของผู้ฟ้องคดีขายทอดตลาดไปแล้ว

ดังนั้น มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาที่ศาลกำหนดให้มีขึ้นจึงมีความจำเป็นเพื่อรักษาสถานะของบุคคลหรือป้องกันมิให้สิทธิหรือทรัพย์สินของคู่ความได้รับความเสียหายในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินของศาล โดยศาลจะกำหนดมาตรการดังกล่าวในรูปของคำสั่ง เรียกว่า คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว โดยทั่วไปแล้วคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนี้ศาลมักจะสั่งให้บุคคลกระทำการ (Affirmative Injunction) หรืองดเว้นกระทำการ (Negative Injunction) อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่อีกบุคคลหนึ่ง จึงถือได้ว่ามาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเป็นมาตรการพิเศษที่ศาลนำมาใช้เพื่อเยียวยาให้เกิดความ เป็นธรรมแก่คู่ความมากที่สุด

การที่ศาลจะกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่นั้นถือเป็นอำนาจดุลพินิจของศาล (A Discretionary Power of Court) ที่จะกำหนดให้หรือไม่ก็ได้ หากศาลเห็นว่าสิทธิของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะถูกกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงและทำให้เกิดความเสียหายจนไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ ศาลก็จะมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีแพ่งหากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลในเรื่องการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว วิธีให้ถูกหนีตามคำพิพากษากระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ มาตรา 297 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอาจยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังถูกหนีตามคำพิพากษาซึ่งจงใจไม่ปฏิบัติตาม⁶⁹ สำหรับคดีปกครองของไทยกรณีที่มีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนคำสั่งไม่ปฏิบัติตามยังคงให้มีการบังคับใช้กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ถือเป็นการละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทน หรืออาจจะต้องรับผิดชอบทางอาญากรณีเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญาก็ได้ ส่วนในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาล ข้อ 77 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้กำหนดให้นำประมวลกฎหมาย

⁶⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 292/2550.

⁶⁹ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. อ้างแล้ว. หน้า 304.

วิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับโดยอนุโลมเท่าที่สภาพของเรื่องจะเปิดช่องให้กระทำได้ ดังนั้น หากศาลสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการแล้วถูกหนีตามคำพิพากษาฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม ก็อาจนำมาตรา 297 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้โดยเจ้าหน้าที่ตาม คำพิพากษาอาจยื่นคำร้องของฝ่ายเดียวต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังถูกหนีตามคำพิพากษา ซึ่งจงใจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลได้

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษานี้จะต้องได้รับการกำหนดขึ้นก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดซึ่งอาจอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้นหรือ ศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี และคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลจะมีผลบังคับใช้เป็นการชั่วคราว คือ ในช่วงก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเท่านั้น