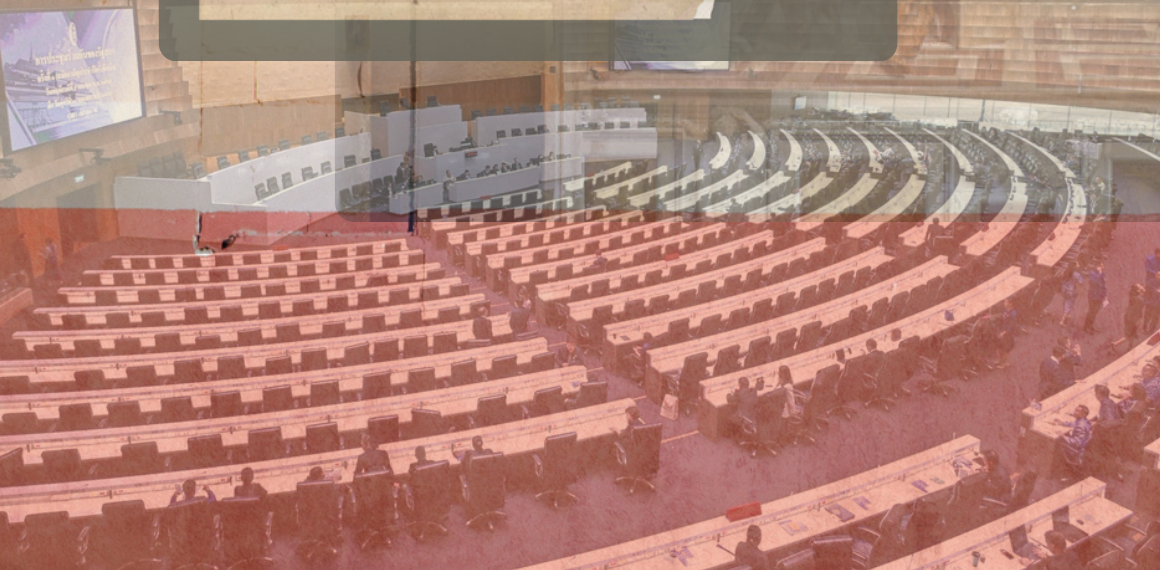
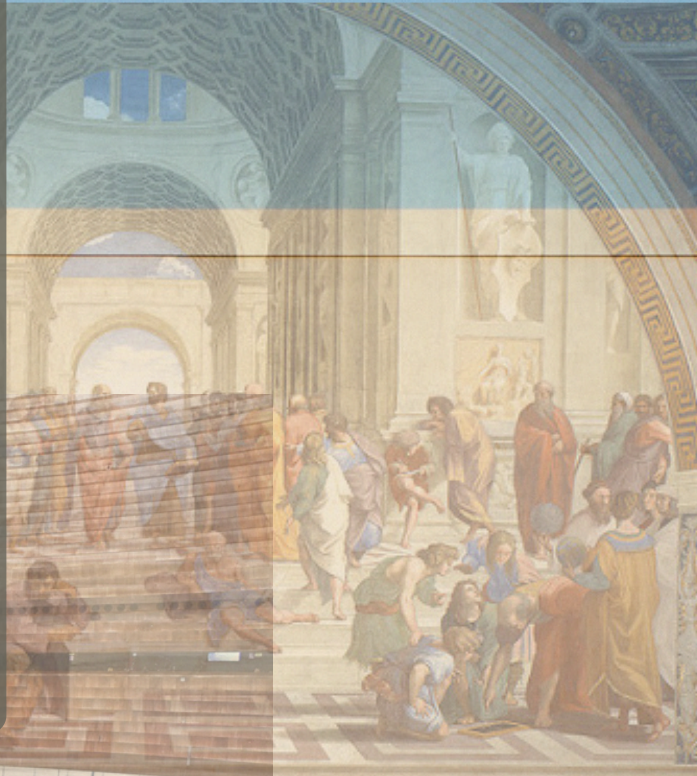
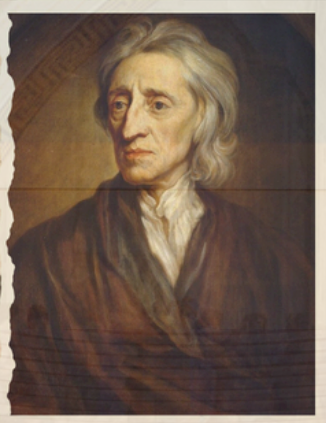
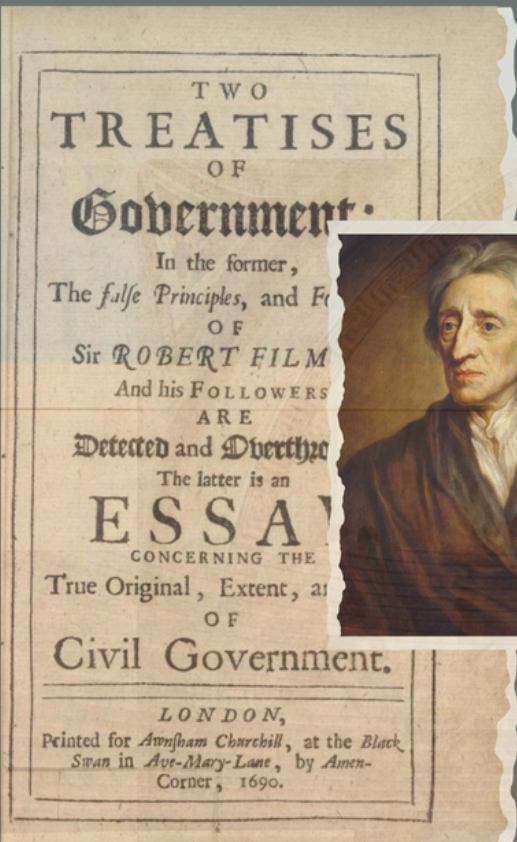


บทความวิชาการ

อำนาจการปกครอง องค์กรฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง
และข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง



อติวิชญ์ แสงสุวรรณ
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร



บทความวิชาการ

เรื่อง

อำนาจการปกครอง

องค์กรฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง
และข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

จัดทำโดย

นายอติวิชญ์ แสงสุวรรณ

กลุ่มงานกฎหมาย ๓ สำนักกฎหมาย
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

มีนาคม ๒๕๖๖

(แก้ไขปรับปรุงครั้งที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๙)

คำนำ

เนื่องจากอำนาจการปกครองตามรัฐธรรมนูญและอำนาจกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการตรวจสอบ ควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจที่แตกต่างกัน แต่การใช้อำนาจของแต่ละองค์กร จะมีความผูกพันและยึดโยงต่ออำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายอื่นใด จะละเมิดมิได้ รัฐธรรมนูญจะกำหนดรูปแบบ สถานะ โครงสร้างทางการเมือง อำนาจและข้อจำกัดของอำนาจ แต่ละองค์กร การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางการบริหารตามกฎหมาย เป็นการใช้อำนาจเหนือเอกชนและอาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสภาพสิทธิโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้น การใช้อำนาจกระทำทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบเสมอว่า ฝ่ายปกครองมีฐานอำนาจจากกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรหรือมีกฎหมายให้อำนาจตนกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่ และจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่ตรา โดยรัฐสภานั้นมิได้

บทความวิชาการฉบับนี้ จึงเป็นผลการศึกษาและการอธิบายเกี่ยวกับอำนาจการปกครอง องค์กรฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง และข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผลการศึกษาจะเป็นประโยชน์สำหรับผู้สนใจและเป็นข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจ ของฝ่ายปกครองกระทำทางปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายต่อไป

ผู้จัดทำ

อติวิษณุ แสงสุวรรณ

เมษายน ๒๕๖๙

บทสรุป

(ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง)

ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนหรือได้รับความยินยอมของสังคม รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด จำกัดอำนาจของแต่ละองค์กร ปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ กฎหมายใดจะละเมิดมิได้ รัฐและกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจแยกออกจากกันได้ โดยมีฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเป็นตัวแทน ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของปวงชน เป็นผู้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในตรากฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นผู้มีอำนาจมากที่สุดเพราะเข้าทำสัญญาประชาคมของประชาชน หรือได้รับความยินยอมของสังคมในการตรากฎหมาย จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ส่วนฝ่ายบริหารมีอำนาจรองลงมาและได้อำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารจึงเปรียบเสมือนเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากเจตนารมณ์ส่วนรวมอันเป็นองค์อธิปัตย์ให้บริหารตามที่กฎหมายให้อำนาจ ดังนั้น การใช้อำนาจของรัฐบาล องค์กรทางการบริหารตามกฎหมายหรือองค์กรฝ่ายปกครองที่เรียกโดยทั่วไป “ฝ่ายปกครอง” กระทำทางปกครองย่อมผูกพันต่อกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยมีองค์ประกอบย่อย ๒ หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” คือ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” คือ องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็เมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงเป็นทั้ง “ข้อจำกัด” (limitation) และ “แหล่งที่มา” (source) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง

การกระทำทางปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายกลางได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง การกระทำทางปกครอง ได้แยกการกระทำทางปกครองไว้ ๔ ประเภท ประกอบด้วย (๑) คำสั่งทางปกครอง (๒) กฎ (๓) คำสั่งอื่นและแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ และ (๔) การกระทำอื่น ด้วยการกระทำทางปกครอง ทั้ง ๔ ประการ เป็นการใช้อำนาจกระทำเพื่อมุ่งผลในทางกฎหมาย ดังนั้นการใช้อำนาจกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าการกระทำนั้นก้าวล่วงเข้าไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิของปัจเจกชนแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบเสมอว่า ฝ่ายปกครองมีฐานอำนาจจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ มีกฎหมายให้อำนาจตนกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่ หรือหากฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจต้องวินิจฉัยอย่างมีเหตุมีผลโดยสุจริต และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภานั้นมิได้ ทั้งนี้ หากการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจโดยทุจริตอาจตกเป็นโมฆะซึ่งในทางกฎหมายถือว่าไม่มีผลตั้งแต่นั้น นอกจากนี้ หากการกระทำอื่นซึ่งมิใช่การกระทำทางละเมิดหรือมิใช่ลักษณะละเมิดต่อเจ้าหน้าที่ แม้จะเป็นการกระทำใช้อำนาจทางกฎหมายและเป็นการกระทำทางปกครอง แต่หากกระทำดังกล่าวได้รบกวนสิทธิหรือรอนสิทธิปัจเจกชน หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบ ตามหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด

จากผลการศึกษา ผู้ศึกษาเห็นว่า มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองกระทำ การปกครองที่สำคัญและผู้ใช้อำนาจกระทำทางปกครองต้องพิจารณาอย่างเคร่งครัด ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย คือ (๑) การใช้อำนาจกระทำทางปกครองตามที่กฎหมายให้อำนาจ เนื่องจากกฎหมายเป็น “แหล่งที่มาของอำนาจ” (๒) การใช้อำนาจกระทำทางปกครองตามขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจ ไม่ใช่อำนาจนอกเหนือจากที่กฎหมาย ให้อำนาจ เนื่องจากกฎหมายเป็น “ข้อจำกัดของอำนาจ” (๓) การใช้ดุลพินิจกระทำทางปกครอง ในการใช้ดุลพินิจ กระทำทางปกครองนั้น แม้กฎหมายจะให้ฝ่ายปกครองมีอิสระในการใช้ดุลพินิจกระทำทางปกครอง แต่การใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองนั้น ต้อง “มีเหตุมีผล” ไม่ “ฝืน” ความเห็นของวิญญูชน เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ขัด หรือแย้งต่อกฎหมาย เนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจกระทำทางปกครองมิใช่การใช้อำนาจโดยอิสระตามอำเภอใจ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมายถือว่าไม่ใช่ดุลพินิจ ดังนั้นการใช้ดุลพินิจมิชอบด้วย กฎหมายหรือใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ ไม่สุจริตหรือทุจริต ศาลจึงมีอำนาจตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นได้ นอกจากนี้ ในการปฏิบัติการทางปกครองในลักษณะขอความร่วมมือ หรือการกำหนดแนวปฏิบัติเพื่อมิให้เกิดความคลั่งใน ฝ่ายปกครอง มิใช่กฎและเจ้าหน้าที่ไม่อาจถือปฏิบัติเคร่งครัดอย่างกฎ ก็ย่อมต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางกฎหมาย ที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ หากการปฏิบัติการทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ ที่ปราศจากอำนาจ หรือที่กระทำไปละเมิดสิทธิของบุคคล ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในการกระทำ อื่นใดตามกฎหมายเกณฑ์ว่าน้อยอย่างไม่ลืมหูลืมตาพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องที่ออกคำสั่งอื่นหรือกระทำอื่นใดอย่างรอบด้าน เท่ากับเป็นการละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องดุลพินิจและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สารบัญ

เรื่อง	หน้า
คำนำ	ก
บทสรุป (ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง)	ข
สารบัญ	ง
๑. อำนาจการปกครอง	๑
๒. องค์กรฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง	๕
๒.๑ องค์กรฝ่ายปกครอง	๕
๒.๒ การกระทำทางปกครอง	๗
๓. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครอง	๑๓
๓.๑ หลักพื้นฐานการใช้อำนาจ	๑๓
๓.๒ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง	๑๕
๓.๓ ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	๑๗
๔. สรุป วิเคราะห์และความเห็น	๒๔
บรรณานุกรม	

อำนาจการปกครอง องค์การฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง และข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง*

อติวิชัย แสงสุวรรณ

กลุ่มงานกฎหมาย สำนักกฎหมาย

๑. อำนาจการปกครอง

ในการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาที่มาอำนาจสูงสุดของรัฐและผู้ปกครอง รวมถึงเหตุผลความจำเป็นในการแบ่งแยกการใช้อำนาจรัฐของแต่ละองค์การตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือ รัฐเป็นศูนย์กลางของอำนาจในการจัดการและใช้อำนาจรัฐกระทำการแทนสังคม โดยมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) เป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ แต่ด้วยผู้ใช้อำนาจกระทำการแทนสังคมสูงสุดนั้นเป็นมนุษย์หรือเป็นตัวแทนสังคม เมื่อผู้มีอำนาจแล้วมักจะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ อำนาจสูงสุดของรัฐจึงไม่ควรรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรเดียวหรือไปรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือบุคคลคณะเดี่ยวนั้น ในลักษณะ “อำนาจเด็ดขาด” หรือ “อำนาจเบ็ดเสร็จ” (Absolute Power) ดังที่ ลอร์ด แอ็กซ์ตัน ได้กล่าวไว้ “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มีขอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมเกิดการกระทำที่มีขอบอย่างแน่นอน” (power corrupts, absolute power corrupts absolutely) ดังนั้น หากมีการใช้อำนาจโดยมิชอบเกิดขึ้นแล้ว ในทางกลับกันก็จะส่งผลให้เสรีภาพของผู้ที่อยู่ใต้ปกครองมีอาจบังเกิดขึ้นได้และจะทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการดำรงชีวิตอยู่ในสังคม^๑ เพื่อป้องกันมิให้เกิดอำนาจเด็ดขาดหรืออำนาจเบ็ดเสร็จซึ่งเป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน การใช้อำนาจของแต่ละองค์การต้องผูกพันกับ อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของปวงชน รัฐบาลจะเป็นรัฐบาลได้ก็ต่อได้รับความยินยอมของผู้ถูกปกครอง โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด จำกัดอำนาจของแต่ละองค์การและกำหนดสถานะ รูปแบบองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ หรือที่เรียกว่าสถาบันหรือองค์กรทางการเมือง ดังนั้น รัฐและกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจแยกออกจากได้ โดยแนวคิดดังกล่าวมีรากฐานการก่อกำเนิดจากแนวคิดทฤษฎีเสรีนิยมทางการเมืองสำคัญ สรุปได้ดังนี้

จอห์น ล็อก เห็นว่า สังคมจะได้มีความสุขจากทรัพย์สินของพวกเขาอย่างสันติและปลอดภัย ต้องมีเครื่องมือที่ยิ่งใหญ่ก็คือกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายฉบับแรกและฉบับพื้นฐานที่เป็นตัวตนของประเทศทั้งปวงคือ การจัดตั้งอำนาจนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่เพียงแต่จะเป็นอำนาจสูงสุดเท่านั้น หากยังเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้จากมือที่สังคมกำหนดวางไว้ และกฎหมายก็มิอาจมีสิ่งนั้นซึ่งจำเป็นอย่างที่สุด สำหรับการเป็นกฎหมาย นั่นคือความยินยอมของสังคม ซึ่งไม่อาจมีอำนาจเหนือได้เว้นแต่โดยความยินยอมของสังคมเอง การกระทำการนอกเหนือไปกว่าที่กฎหมายอนุญาต เป็นเรื่องตลกสันติที่จะคิดว่าใครสักคนหนึ่งอาจมีข้อผูกพันอย่างที่สุด ให้เคารพอำนาจใดในสังคม ซึ่งมีใช้อำนาจสูงสุด^๒

*ความเห็นในรายงานฉบับนี้เป็นความเห็นส่วนตัว สำนักกฎหมายและสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป (ฉบับแก้ไขปรับปรุงครั้งที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๙)

^๑เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ ๘, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๑๗๒.

^๒สมบัติ จันทร์วงศ์, *ความเรียงที่สองว่าด้วยการปกครอง* (สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๖๔) ๑๐๓-๑๐๔.

รูสโซ เห็นว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนทุกคนใช้อำนาจอธิปไตยเองโดยตรง หรือ อาจเลือกผู้แทนขึ้นมาทำการแทนตน สังคมเกิดจากความยินยอมพร้อมใจกันของมนุษย์ การที่มนุษย์ทุกคนยินยอมมารวมเป็นสังคมนั้น ก่อให้เกิดสัญญาประชาคมขึ้น^๓ แนวคิดของรูสโซจึงได้รับอิทธิพลจากกฎหมายธรรมชาติมาากพอ ๆ กับล็อก แต่รูสโซไปไกลกว่าตรงที่เป็นผู้ก่อตั้งทฤษฎีสัญญาประชาคมให้เป็นที่มาของ “อำนาจอธิปไตยของปวงชน” เพราะรูสโซปฏิเสธการ “โอน” เจตนาารมณ์ร่วมกันที่ประชาชนแต่ละคนแสดงออกไปให้ผู้แทน ในทัศนะของรูสโซนั้น ผู้แทนเป็นเพียง “กรรมการ” ที่ประชาชนแต่งตั้งขึ้นเท่านั้น^๔ โดยรูสโซให้ความสำคัญกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอย่างมากเพราะเกิดจากการเข้าทำสัญญาประชาคมของประชาชน ส่วนฝ่ายบริหารมีอำนาจรองลงมาและได้อำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐบาลจึงเปรียบเสมือนเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากเจตนาารมณ์ส่วนรวมอันเป็นองค์อธิปัตย์ให้ทำงานมากเท่านั้น^๕

มองเตสกีเออ เห็นว่า การใช้อำนาจสูงสุดของรัฐมิให้รวมศูนย์องค์กรเดียวและมีการตรวจสอบอำนาจระหว่างกัน รัฐแต่ละรัฐจึงได้แบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดออกเป็น ๓ องค์กรสำคัญ ประกอบด้วย การนิติบัญญัติ (legislative function) การตุลาการ (judicial function) และการบริหาร (executive function) และรัฐบาลที่ดีจะต้องเป็นรัฐบาลที่อำนาจแต่ละอำนาจใช้โดยองค์กรและองค์กรที่แตกต่างกัน กล่าวคือ “เมื่อบุคคลคนเดียวหรือองค์กรองค์กรเดียวมีการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารไว้ด้วยกัน เสรีภาพจะเกิดขึ้นไม่ได้ และไม่มีเสรีภาพเช่นกัน ถ้าอำนาจตัดสินคดีไม่ได้แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติหรือบริหาร”^๖ โดย มองเตสกีเออ ได้แสดงเหตุผลในทางปฏิบัติไว้ในจิตวิญญาณแห่งกฎหมาย ไว้ว่า “มันคือความจริงอันเป็นนิรันดร์ว่าเหล่ามนุษย์ผู้มีอำนาจอยู่ในมือมักจะใช้ในทางที่ผิด เขาจะใช้มันไปจนกว่าจะพบขีดจำกัดของมัน... แม้แต่คุณธรรมก็ยังต้องมีขอบเขตเช่นกัน”^๗

ซีเอเยส มี ความเชื่อเช่นเดียวกับมองเตสกีเออว่า การคุ้มครองเสรีภาพที่ดีนั้นจะมีขึ้นได้ในระบบที่อำนาจถูกทำให้อ่อนตัวลง และได้เสนอทฤษฎีกฎหมายมหาชนใหม่ คือ การแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจสูงสุดใน การก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง โดยอำนาจแรกเป็นอำนาจของชาติ ซึ่งอาจมอบให้ไปสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเพื่อปกครองประเทศ ต่างจากอำนาจที่สองซึ่งถือเป็นอำนาจขององค์กรที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น ซึ่งเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด ดังนั้น ตามทัศนะของซีเอเยส กฎหมายจึงมีศักดิ์ คือกฎธรรมชาติเปลี่ยนแปลงไม่ได้ รองลงมา คือ รัฐธรรมนูญซึ่งชาติเป็นผู้ร่างและแก้ไขโดยอำนาจสูงสุดใน การก่อตั้งองค์กรทางการเมือง รองลงมา คือ กฎหมายธรรมดาที่ผู้แทนราษฎรของชาติตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ^๘

^๓มานิตย์ จุมปา, *หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ ๖, นิติธรรม ๒๕๖๕) ๒๖.

^๔บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๖๐) ๔๕.

^๕เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ ๑๑, วิญญูชน ๒๕๖๔) ๓๙.

^๖บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๖๐) ๕๖.

^๗ฐากร ศิริยุทธวัฒนา, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย* (พิมพ์ครั้งที่ ๖, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๘๐.

^๘บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๖๐) ๕๗-๕๘.

การกำเนิดของแนวคิดทฤษฎีเสรีนิยมทางการเมืองของลอร์ด รัสโซ มงเตสกีเออ และซีเอเยลส์ ได้ปรากฏชัดเจนขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญอเมริกันและต่อมาในราชอาณาจักรฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ แนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กฎหมายใดจะละเมิดมิได้ จึงเป็นสัญญาประชาคม อันเป็นผลจากปรัชญาเสรีนิยมดังกล่าวในศตวรรษที่ ๑๗ และขยายไปทั่วโลก โดยเรียกกระแสของโลกใหม่ ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้เรียกว่า “ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม” (constitutionalism) โดยถือว่ารัฐธรรมนูญอเมริกา เป็นอนุสาวรีย์ที่ยิ่งใหญ่ของโลกชิ้นหนึ่งของกฎหมายมหาชน โดยรัฐธรรมนูญอเมริกามีจุดสำคัญตามทฤษฎีเสรีนิยมทางการเมือง คือ (๑) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (๒) รัฐบาลโดยความยินยอมของประชาชน (๓) การแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยและการดุลอำนาจระหว่างองค์กร (๔) การสร้างระบบ “สำหรับ” ขึ้น ให้อยู่เคียงข้าง “มลรัฐ” (๕) การให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการควบคุมอำนาจรัฐ ส่วนฝรั่งเศสมาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ๑๙๘๕ ซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบันของฝรั่งเศส ได้บัญญัติให้ “อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนซึ่งใช้โดยผ่านทางผู้แทนหรือโดยการออกเสียงเป็นประชามติ ประชาชนเพียงบางส่วนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่อาจใช้อำนาจนั้นโดยลำพังได้”^๙

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหารเมื่อวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๕๗ โดยคณะรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจแห่งชาติ จัดให้มีรัฐธรรมนูญจำกัดอำนาจของแต่ละองค์กรเหมือนดังเช่นรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมาของประเทศไทย โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติองค์กรผู้ใช้อำนาจ กำหนดสถานะ รูปแบบองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ หรือองค์กรทางการเมือง มีสาระสำคัญดังนี้

(๑) อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (มาตรา ๓ วรรคแรก) รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม (มาตรา ๓ วรรคสอง) พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป (มาตรา ๑๐๓ วรรคแรก)

(๒) รัฐสภาใช้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ คือ รัฐสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย (มาตรา ๑๑๔) ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ จะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา (มาตรา ๘๑ วรรคแรก) งบประมาณรายจ่ายของแผ่นดินให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ (มาตรา ๑๔๑ วรรคแรก)

(๓) คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจฝ่ายบริหาร คือ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคนประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน (มาตรา ๑๕๘ วรรคแรก) นายกรัฐมนตรีต้องแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบตามมาตรา ๑๕๙ (มาตรา ๑๕๘ วรรคสอง) ในการบริหารราชการแผ่นดินคณะรัฐมนตรี

^๙บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๖๐) ๕๙-๖๙.

ต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา (มาตรา ๑๖๔ วรรคแรก) รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในเรื่องที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของตน (มาตรา ๑๖๔ วรรคสอง)

(๔) อำนาจตุลาการโดยศาล รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ใช้ระบบศาลคู่ กล่าวคือ คดีทั่วไปให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม (มาตรา ๑๙๔) ส่วนคดีปกครองให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง (มาตรา ๑๙๗) ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย (มาตรา ๒๑๐)

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้องค์กรอิสระเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นให้มีความอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (มาตรา ๒๑๕ วรรคแรก) กล่าวคือ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ใช้อำนาจการบริหารตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญเหมือนกับคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี ในการใช้อำนาจดังกล่าว วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เห็นว่า การใช้อำนาจขององค์กรอิสระเป็นการใช้อำนาจรัฐทางการบริหาร โดยมีใช้อำนาจที่ใช้กระทำต่าง ๆ ที่มีใช้การนิติบัญญัติและตุลาการนั้น สามารถแยกออกได้เป็น ๒ ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง หรือ อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ประเภทที่สอง อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ หรือ อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย ที่มีใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยอำนาจทางบริหารตามกฎหมายถือเป็นอำนาจทางปกครอง^{๑๐}

จากผลการศึกษาดังกล่าว เมื่อพิจารณาอำนาจองค์กรฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจในทางการบริหารและเป็นอำนาจเหนือเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม อีกทั้ง ปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐซึ่งอาจไปรอนสิทธิประชาชนโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ โดยเฉพาะการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นอำนาจเหนือหรืออำนาจตามกฎหมายมหาชนที่รุกเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชน^{๑๑} ดังนั้นเพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนหรือจำกัดอำนาจ “อำนาจเด็ดขาด” หรือ “อำนาจเบ็ดเสร็จ” ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ตามแนวคิดทฤษฎีเสรีนิยมทางการเมือง อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนซึ่งใช้โดยผ่านทางผู้แทนหรือได้รับความยินยอมของสังคม และกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กฎหมายใดจะละเมิดมิได้ซึ่งเป็นหลักการตาม “ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม” โดยรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชน การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายองค์กรปกครองต้องผูกพัน ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา

^{๑๐}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๒๐.

^{๑๑}กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๗, วิญญูชน ๒๕๕๑) ๒๑-๒๙.

๒. องค์การฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง

องค์การฝ่ายปกครองเป็นองค์การทางการบริหารที่ใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำทางปกครอง ซึ่งเรียกโดยทั่วไปว่า “ฝ่ายปกครอง” เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับองค์การฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

๒.๑ องค์การฝ่ายปกครอง

องค์การฝ่ายปกครอง นักวิชาการให้ความหมาย เช่น Wolff ได้ให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์การที่รับภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และเป็นองค์การที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ Giacometti ให้ความหมาย “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์การที่ใช้กฎหมาย โดยที่การใช้กฎหมายนั้นมิใช่เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทและไม่ใช่การใช้กฎหมาย ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา Forsthoff ให้ความหมาย “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์การของรัฐที่มีหน้าที่ในทางสังคมในขอบเขตของกฎหมายและอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย Luhmann ได้ให้ความหมาย “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์การที่การวินิจฉัยขององค์การนั้นผูกพันต่อกฎหมาย^{๑๒} ส่วนองค์การฝ่ายปกครองตามระบบกฎหมายไทย นักวิชาการได้จำแนกองค์การฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใช้อำนาจกระทำทางปกครองตามระบบกฎหมายไทย สรุปได้ดังนี้

(๑) บรรเจิด สิงคนดี ได้จำแนกหน่วยงานของรัฐหรือองค์การของรัฐตามการจัดโครงสร้างขององค์การตามกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางการบริหารตามระบบกฎหมายไทย ได้แยกออกเป็น ๒ กลุ่ม คือ^{๑๓}

(๑.๑) องค์การฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลรัฐบาล ซึ่งได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และองค์กรมหาชน

(๑.๒) องค์การฝ่ายปกครองที่มีใ้ได้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล ซึ่งหมายถึง หน่วยธุรการของฝ่ายนิติบัญญัติ หน่วยธุรการของฝ่ายตุลาการ และหน่วยธุรการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทั้งหลาย

(๒) วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้จำแนกหน่วยงานของรัฐหรือองค์การของรัฐตามการจัดโครงสร้างขององค์การตามกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางการบริหารตามระบบกฎหมายไทยได้ ๓ ประเภทที่สำคัญ คือ^{๑๔}

(๒.๑) หน่วยงานของรัฐที่อยู่ในกำกับของฝ่ายบริหารและอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง เช่น กระทรวง กรม จังหวัด อำเภอ องค์การปกครองท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น

^{๑๒}บรรเจิด สิงคนดี, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๗, วิญญูชน ๒๕๖๓) ๓๕.

^{๑๓}เรื่องเดียวกัน, ๔๑.

^{๑๔}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๑๘-๒๓.

(๒.๒) หน่วยงานงานอิสระของรัฐที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งและทำหน้าที่ธุรการให้กับองค์กร เช่น สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง หน่วยงานรับผิดชอบงานธุรการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เป็นต้น และ

(๒.๓) เจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานอิสระของรัฐที่ได้กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทำการทางปกครอง

ทั้งนี้ หากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้ง ๓ ประเภทดังกล่าวใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย และไม่ใช่อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ และมีใช้การใช้อำนาจตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรืออำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง การจัดองค์กรของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดังกล่าว สอดคล้องกับความเห็นของวรเจตน์ ภาศิริตัน ที่เห็นว่า รัฐสภาคือสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เป็นองค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่องค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง ส่วนสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ไม่ถือเป็นรัฐสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาย่อมต้องปฏิบัติตามกฎหมายปกครอง^{๑๕} และจิรินิติ หะวานนท์ เห็นว่า สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา รวมถึงสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ไม่สังกัดฝ่ายบริหาร ไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติ ไม่ใช่อำนาจตุลาการ แต่มีภารกิจเป็นงานทางปกครองใช้อำนาจทางปกครอง จึงเป็นหน่วยงานของรัฐและเป็นองค์กรอิสระอันหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครอง^{๑๖} ดังนั้น ในการพิจารณาหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรของรัฐที่มีอำนาจกระทำทางปกครองในเบื้องต้นควรพิจารณาอำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้กระทำ หากการใช้อำนาจขององค์กรเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น การใช้อำนาจทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี การพิจารณาร่างกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎร การให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎร การพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ แต่หากรัฐมนตรีใช้อำนาจอนุมัติหรืออนุญาตตามที่กฎหมายให้อำนาจ หรือ กรณีสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติงบประมาณในการประชุมของสภาผู้แทนราษฎรหรือการประชุมของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือใช้อำนาจกระทำทางปกครอง เป็นต้น โดยมีตัวอย่างคำวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจของแต่ละองค์กร ดังนี้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๔๙^{๑๗}

คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ได้เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ใช้อำนาจตุลาการ หากมีปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นก็ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลซึ่งเป็นองค์กร

^{๑๕}ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ ๑๔, วิญญูชน ๒๕๖๔) ๑๐๑.

^{๑๖}จิรินิติ หะวานนท์, คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ๒๕๕๙) ๑๓.

^{๑๗}เรื่องเดียวกัน, ๒๗.

ที่ใช้อำนาจตุลาการได้ และหากความไม่ชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๑๓/๒๕๕๖^{๑๘}

การตัดสินคดีของศาลเป็นการใช้อำนาจตุลาการไม่เกี่ยวข้องกับงานของฝ่ายปกครองศาลไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ ไม่เกี่ยวกับฝ่ายปกครอง แม้การที่ศาลยุติธรรมประมวลบริษัททำความสะดวกไม่เกี่ยวกับการตัดสินคดี เมื่อมีข้อโต้แย้งคดีเรื่องนี้ ศาลจะถูกฟ้องไปยังศาลปกครองไม่ได้ สำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้ทำหน้าที่ทำงานพวกนี้ สำนักงานศาลยุติธรรมจึงเป็นหน่วยงานของรัฐ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๗๘/๒๕๕๐

คณะรัฐมนตรีมีมติให้ความเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (ทำข้อตกลงระหว่างประเทศ) คณะรัฐมนตรีมิได้กระทำการเรื่องนี้ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง และมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง^{๑๙}

๒.๒ การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครององค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนที่ใช้อำนาจทางปกครอง^{๒๐} การกระทำทางปกครองมีความแตกต่างจากการปฏิบัติการทางปกครอง กล่าวคือ “การกระทำทางปกครอง” เป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายซึ่งต้องมีการแสดงเจตนา เป็นไปตามเงื่อนไขกฎหมาย และก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ส่วนการ “ปฏิบัติการทางปกครอง” (Realakt ; administrative real act) มิได้มีความมุ่งหมายต่อผลในทางกฎหมาย แต่มุ่งหมายต่อผลในทางข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง การปฏิบัติการทางปกครองจึงต่างจากการกระทำทางปกครอง การปฏิบัติการทางปกครองจึงมีความสำคัญน้อยกว่าการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำมุ่งผลในทางกฎหมาย^{๒๑}

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติการทางปกครอง ก็จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ หรือ การปฏิบัติการทางปกครอง จะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ หากการปฏิบัติการทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ปราศจากอำนาจ หรือกระทำไปละเมิดสิทธิของบุคคลหรือรุกเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าการกระทำนั้นก้าวล่วงเข้าไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิของปัจเจกชนแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบเสมอว่าฝ่ายปกครองมีฐานอำนาจจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ มีกฎหมายให้อำนาจตนกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่^{๒๒}

^{๑๘}เรื่องเดียวกัน, ๒.

^{๑๙}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิทยุชน ๒๕๖๕) ๒๐.

^{๒๐}เรื่องเดียวกัน, ๒๔.

^{๒๑}บรรเจิด สิงคนดี, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๗, วิทยุชน ๒๕๖๓) ๕๓-๕๖.

^{๒๒}บรรเจิด สิงคนดี, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ ๒๕๕๔) ๓๑๑.

การกระทำทางปกครองจึงเป็นการใช้อำนาจขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจและมีความมุ่งหมาย ต่อผลในทางกฎหมายและมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว แต่มิใช่ การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองกระทำทางปกครอง แยกการกระทำ ทางปกครองไว้ ๔ ประเภท ดังนี้

(๑) คำสั่งทางปกครอง

มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ให้คำนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(๒) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

จากบทบัญญัติดังกล่าว วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เห็นว่า “คำสั่งทางปกครอง” คือ การใช้ อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ ยกตัวอย่าง “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เช่น การสั่งการบังคับให้บุคคลกระทำการหรือห้ามมิให้กระทำการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์หรือวินิจฉัยข้อร้องทุกข์ การรับรองสิทธิหรือสถานะตามกฎหมาย และการรับจดทะเบียน เป็นต้น^{๒๓}

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า คำสั่งทางปกครอง เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง ขององค์กรฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครอง มีลักษณะเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย มีผลเฉพาะกรณีและมุ่งหมายใช้บังคับบุคคลเฉพาะออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง โดยจำแนกองค์ประกอบคำสั่ง ทางปกครอง ได้ ๕ ประการ คือ (๑) องค์ประกอบในแง่ของผู้ออกคำสั่งต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ (๒) องค์ประกอบ ในแง่ของการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นอำนาจรัฐอันเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็นอำนาจปกครอง (๓) องค์ประกอบ ในแง่วัตถุประสงค์ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หรือมีลักษณะแสดงเจตนาในทางกฎหมาย (๔) องค์ประกอบในแง่ของผลต่อผู้รับคำสั่ง ซึ่งเป็นผลเฉพาะกรณี คือ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมให้มีผลกับบุคคลคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถ

^{๒๓}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิทยุชน ๒๕๖๕) ๒๕-๒๖.

ระบุตัวบุคคลได้ (๕) องค์ประกอบในแง่การเกิดผลในทางกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอก ฝ่ายปกครอง กล่าวคือ มีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีสถานะอยู่ภายนอก ฝ่ายปกครอง หรือ คำสั่งนั้นกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติราชการ โดยตรงแล้ว คำสั่งดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง^{๒๔}

คำสั่งทางปกครอง จึงเป็น นิติกรรมระหว่างบุคคล (legal relation) ที่กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยกำหนดให้บุคคลฝ่ายหนึ่งมีอำนาจหรือสิทธิที่จะเรียกให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งและกำหนดให้บุคคลฝ่ายหลังมีหน้าที่ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามที่บุคคลฝ่ายแรกเรียกให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำ บุคคลฝ่ายแรกเรียกว่า “ผู้ทรงอำนาจ” หรือ “ผู้ทรงสิทธิ” และฝ่ายหลัง เรียกว่า “ผู้มีหน้าที่” ข้อความที่กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่ายเช่นนี้เรียกว่า “ข้อบัญญัติ” หรือ “บทบัญญัติ” (regulation) ก็ได้^{๒๕} ดังนั้น คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองหรือเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่สุดของฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการทางปกครองให้บรรลุผลความมุ่งหมายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพปัจเจกชนในการกระทำทางปกครอง จึงต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมหรือจำกัดการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๑๓๒๙/๒๕๕๙^{๒๖}

การที่อธิบดีมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติค่าเช่าบ้านและเรียกเงินค้ำค่าเช่าบ้าน จากข้าราชการ แต่พระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. ๒๕๒๗ ไม่ได้ให้อำนาจแก่หน่วยงานในการเรียกค่าเช่าบ้านคืน หนังสือเรียกคืนเงินค่าเช่าบ้านจึงมีลักษณะเป็นเพียงการทวงถามให้ผู้ฟ้องคดีคืนเงินค่าเช่าบ้านที่ได้รับไปแล้วเท่านั้น จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้ อธิบดีจึงไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๕๒๐/๒๕๕๗^{๒๗}

คำสั่งเจ้าพนักงานที่ดินที่พิจารณาค่าขอออกโฉนดที่ดินของผู้ฟ้องคดีแล้ว ออกโฉนดที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามคำขอหรือไม่ หรือยกเลิกเรื่องราวคำขอรังวัดออกโฉนดที่ดินและใบไต่สวนของผู้ฟ้องคดี เป็นการใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายที่ดินของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้

(๒) กฎ

มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ให้คำนิยาม “กฎ” ไว้ว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น

^{๒๔}วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ ๒๕๕๔) ๑๑๙-๑๓๗.

^{๒๕}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๒๖-๒๗.

^{๒๖}ชาญชัย แสวงศักดิ์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๑๔, วิญญูชน ๒๕๖๔) ๔๘๗.

^{๒๗}เรื่องเดียวกัน, ๗๑.

ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จากคำนิยามดังกล่าว ความหมายที่แท้จริงของ “กฎ” คือข้อความที่ว่า บทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดย “กฎ” มีลักษณะสำคัญ ๒ ประการ คือ^{๒๘}

ประการที่หนึ่ง บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำต้องเป็นบุคคลทั่วไป ไม่ใช่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง

ประการที่สอง กรณีที่บุคคลซึ่งถูกกำหนดไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำ ต้องเป็นกรณีที่กำหนดไว้เป็นการทั่วไปหรืออย่างนามธรรม (abstract) ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

“กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” จึงลักษณะร่วมกันอยู่สองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” ต่างก็เป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ต่างก็เป็นการกระทำทางปกครอง

ประการที่สอง ทั้ง “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” ต่างก็เป็นการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมาย กระทำการซึ่งมีผลโดยตรงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

“กฎ” จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลทั่วไป ส่วน “คำสั่งทางปกครอง” เป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลเฉพาะตัวบุคคลที่เป็นวัตถุของคำสั่งนั้น

คำวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจี้ที่ ๕๑๔/๒๕๖๐^{๒๙}

ประกาศการท่าเรือแห่งประเทศไทย เรื่อง มาตรการดำเนินการกับรถที่ให้เกิดมลพิษทางอากาศหรือมีเสียงดังเกินกำหนดมาตรฐานในเขตท่าเรือกำหนด ลงวันที่ ๑๖ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๘ เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของประกาศฯ แล้ว เห็นว่าประกาศดังกล่าวเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ผู้ขออนุญาตหรือผู้รับผิดชอบรถยนต์ที่จะนำรถยนต์เข้าออกเขตท่าเรือกรุงเทพ ต้องดำเนินการให้รถยนต์ของตนมีค่าควันดำและระดับเสียงอยู่ในเกณฑ์ตามที่ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ได้กำหนดไว้ หากรถยนต์ใดมีค่าการตรวจควันดำและเสียงไม่เป็นมาตรฐาน กทท. จะไม่อนุญาตให้รถคันดังกล่าวเข้ามาในเขตท่าเรือกรุงเทพ จนกว่าจะดำเนินการแก้ไขปรับปรุงให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐาน และไม่อาจต่ออายุบัตรอนุญาตของผู้ขออนุญาตรายนั้นในปีถัดไปด้วย แม้กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะกำหนดขึ้นเพื่อใช้เฉพาะเขตท่าเรือกรุงเทพ แต่ก็เป็นกรณีกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปให้บุคคลที่จะเข้ามาในเขตท่าเรือกรุงเทพต้องดำเนินการ โดยมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ประกาศดังกล่าว

^{๒๘}วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิทยุชน ๒๕๖๕) ๒๙-๓๐.

^{๒๙}ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ ๑๔, วิทยุชน ๒๕๖๔) ๘๓.

จึงเป็นกฎที่มีบังคับเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้องตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ ที่ กทท. ในฐานะหน่วยงานของรัฐจะต้องพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา

(๓) คำสั่งอื่นและแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ

ในการบริหารหน่วยงานของรัฐความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่เป็นความสัมพันธ์ตามลำดับชั้น (hierarchical relation) ในรูปพีระมิต เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งสูงกว่าจะเป็นผู้บังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่าและรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตน ดังนั้น ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ห้ามมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรืออนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้เสมอ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ห้ามมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรืออนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดนี้อาจเป็น “คำสั่งทางปกครอง” หรือเป็น “คำสั่งอื่น” ก็ได้

คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ห้ามมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรืออนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดนี้เป็นคำสั่งที่ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีต่อหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัด ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายการบริหารส่วนราชการ จึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งอื่น เช่น คำสั่งให้ไปช่วยราชการ สั่งการเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนให้ชี้แจงแสดงความเห็นหรือรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการ เป็นต้น แต่หากคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ที่มีต่อหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัด ตามกฎหมายการบริหารราชการ ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งเลื่อนระดับหรือไม่เลื่อนระดับ คำสั่งเลื่อนเงินเดือนหรือไม่เลื่อนเงินเดือน เป็นต้น ส่วนแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจ (rule of policy) หรือแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ (directive) คือกฎเกณฑ์ที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในเรื่องต่าง ๆ หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้นกำหนดขึ้นเพื่อถือปฏิบัติหรือให้ถือปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ เช่น หนังสือเวียนให้ปฏิบัติของผู้บังคับบัญชา หนังสือเวียนให้ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เป็นต้น ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎอยู่มาก แต่ไม่ใช่กฎ และเจ้าหน้าที่ไม่อาจถือปฏิบัติเคร่งครัดได้อย่างกฎ แนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจจึงมีความยืดหยุ่นเฉพาะกรณี อีกทั้ง การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดตามกฎหมายเช่นว่านี้จะเป็นการไม่ยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใด โดยถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เช่นว่านี้จะไม่ลืมหูลืมตาพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องที่ออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดอย่างรอบด้าน เท่ากับเป็นการละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ดุลพินิจ และยังผลทำให้คำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใดที่ออกมาหรือกระทำลงในพฤติการณ์เช่นนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย^{๓๐}

^{๓๐}วรพจน์ วิศวตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๓๓๓-๓๕๕.

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๓๔/๒๕๔๙ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๐๙/๒๕๔๖

ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและกำหนดให้กฎเกณฑ์นั้นใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองทุกคนทุกประเภทในฝ่ายปกครองซึ่งถือว่าเป็นการ “วางแนวปฏิบัติ” (directive) หรือเป็นการ “วางนโยบาย” (rule of policy) ของผู้บังคับบัญชาหรือของผู้กำกับดูแลให้กับผู้ที่อยู่ในหน่วยงานปฏิบัติตาม เพื่อกำหนดแนวทางการปฏิบัติหรือการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมิให้ลักลั่นกันในเรื่องอย่างเดียวกัน ป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง โดยปกติแล้วแนวทางปฏิบัติไม่มีผลเป็นกฎหมายและไม่มีผลกระทบต่อประชาชน ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปจึงไม่มีลักษณะเป็นกฎ

(๔) การกระทำอื่น

การกระทำอื่น เป็นการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เฉพาะหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจหน้าที่ที่อาจกระทำได้ หรือบุคคลอื่นทั่วไปไม่อาจทำได้ ที่มีใช้การออกกฎ ออกคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น และแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ และถือเป็นผลผลิตการใช้อำนาจทางปกครองหรืออีกนัยหนึ่งก็ถือเป็นการกระทำทางปกครองเช่นกัน เพราะกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่กระทำการเหล่านี้เป็นกฎหมายมหาชนกระทำการเหล่านี้จึงเป็นการกระทำใน “แดนของกฎหมายมหาชน” (sphere of public law) ยกตัวอย่างเช่น กรณี ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร อาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวนำคำสั่งเจ้าหน้าที่เข้ารื้อถอนอาคารของ ก. ที่ ก. ก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยฝ่าฝืนกฎหมาย หลังจากที่ออกคำสั่งให้ ก. รื้ออาคารนั้นแล้ว แต่ ก. ปฏิเสธ ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งภายในเวลาที่ระบุในคำสั่ง หรือกรณี พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ อาศัยอำนาจตามมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเข้าทำลายหรือรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของดำ ที่ปลูกสร้างในอุทยานแห่งชาติ หลังจากที่ออกคำสั่งให้ดำรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างนั้นออกไปให้พ้นอุทยานแห่งชาติแล้ว แต่ดำไม่ปฏิบัติตามคำสั่งภายในเวลาที่ระบุในคำสั่ง เป็นต้น^{๓๑}

นอกจากนี้ ชาญชัย แสงวงศ์^{๓๒} ได้อธิบายเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่ใช้อำนาจดำเนินการตามกฎหมาย ถือเป็นผลผลิตการใช้อำนาจทางปกครอง ถือเป็นการกระทำทางปกครอง แต่อีกนัยหนึ่งหากการใช้อำนาจกระทำการนั้นเป็นต้นเหตุของความเดือดร้อนหรือเสียหายของประชาชนโดยแยกออกเป็นกรณีต่าง ๆ ประกอบด้วย (๑) กรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ (๒) กรณีการรบกวนสิทธิหรือรอนสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ (๓) กรณีเกี่ยวกับ

^{๓๑}วรวรณ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิทยุชน ๒๕๖๕) ๓๕-๓๖.

^{๓๒}ชาญชัย แสงวงศ์, ความรับผิดชอบของรัฐ: ความรับผิดชอบละเมิดและความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด (วิทยุชน ๒๕๖๓) ๑๗๑-๑๗๒.

การกระทำในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (๔) กรณีที่ประสบภัยเนื่องจากการช่วยเหลือราชการ (๕) กรณีเกิดโรคระบาดสัตว์ (๖) กรณีที่มีการควบคุมการประกอบกิจการน้ำมันเชื้อเพลิง (๗) กรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และ (๘) กรณีที่เกิดจากการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย โดยความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของรัฐ นอกเหนือความรับผิดชอบอันเกิดจากมูลสัญญาหรือความรับผิดชอบอันเกิดจากมูลละเมิดแล้ว ยังเป็นความรับผิดชอบอย่างอื่นที่มีได้เกิดจากการกระทำละเมิดอีกด้วย ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น เรียกกันว่า ความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด โดยมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับ “ความรับผิดชอบอย่างอื่น” ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้น แม้จะเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจทางกฎหมายหรือกฎหมายให้อำนาจกระทำการ และเป็นการกระทำทางปกครอง แต่หากกระทำดังกล่าวได้รบกวนสิทธิหรือรอนสิทธิปัจเจกชน หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องรับผิดชอบจากการกระทำอย่างอื่นตามหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด ดังนั้น แม้การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองจะเป็นการกระทำตามข้อเท็จจริงตามหน้าที่ที่กฎหมายให้ปฏิบัติ หรือการกระทำทางปกครองที่มีได้มุ่งหมายหรือมุ่งผลในทางกฎหมาย หากกระทำอย่างหนึ่ง อย่างไม่เป็นลักษณะการรบกวนสิทธิหรือรอนสิทธิปัจเจกชน องค์กรฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบ

๓. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

เนื่องจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจเหนือและอาจไปกระทบสิทธิเสรีภาพปัจเจกบุคคลโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ การใช้อำนาจกระทำการทางปกครองจึงมีลักษณะพิเศษและต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เพื่อควบคุมการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้กฎหมายอันเป็นรากฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้และการใช้อำนาจนั้นจะเกินหรือขัดกับที่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาให้อำนาจนั้นไม่ได้ จึงมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนี้

๓.๑ หลักพื้นฐานการใช้อำนาจ

ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การใช้อำนาจทางการบริหารของฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองตามหลักนิติรัฐจึงต้องผูกพันต่อบทบัญญัติกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา จึงแสดงให้เห็นว่า กฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (source) และ “ข้อจำกัด” (limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด

ฉบับใดฉบับหนึ่ง^{๓๓} นอกจากข้อจำกัดตามอำนาจกระทำการทางปกครองที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งแล้ว ตามหลักรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตย ได้ถือหลักพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ใต้อำนาจรัฐ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุหรือเป็นลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคล หรือห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐอาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทำการที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุหรือเป็นลักษณะการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลอย่างชัดเจน ก็ต้องถือว่าหลักกฎหมายดังป็นี้ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปและมีผลบังคับเช่นหรือเสมอกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทุกประการ ดังนี้^{๓๔}

(๑) หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้อำนาจอย่างพอเหมาะพอประมาณ เท่าที่จำเป็นแก่การธำรงรักษาหรือส่งเสริมให้เกิดประโยชน์สาธารณะเท่านั้น หลักความได้สัดส่วน ประกอบด้วย ๓ หลักย่อย คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล (principle of appropriateness) หรือความสำเร็จประโยชน์ของกระทำทางปกครองต่อประโยชน์สาธารณะ หลักความจำเป็น (principle of necessity) ในการใช้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้เท่าที่จำเป็นและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense) หรือหลักดุลยภาพ (balance) ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลหรือแก่สังคมโดยรวมกับประโยชน์มหาชนพึงจะได้รับจากการใช้อำนาจกระทำทางปกครองในลักษณะ การกระทำสิ่งใดให้เหมาะแก่การนั้น ดังคำพังเพยไทยว่า “อย่าขี่ช้างจับตั๊กแตน”^{๓๕} โดย บรรเจิด สิงคนดี เห็นว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่าง “วัตถุประสงค์-วิธีการ-ความสัมพันธ์” (Zweck-Mittel-Relation) กล่าวคือ คำสั่งหรือมาตรการทางปกครองใดจะเป็นไปตาม “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งหรือมาตรการทางปกครองใดที่เป็นไปตาม “หลักความสัมฤทธิ์ผล” “หลักความจำเป็น” และ “หลักความสมดุล”^{๓๖}

(๒) หลักความเสมอภาค เป็นรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิของบุคคลที่เรียกในองค์กรต่าง ๆ ของรัฐปฏิบัติต่อตนเท่าเทียมกันกับปฏิบัติต่อผู้อื่น (right to equal treatment) โดยหลักดังกล่าวมีบัญญัติในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่งและวรรคสอง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่งและวรรคสอง มีความอย่างเดียวกันว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และ “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” หลักความเสมอภาค จึงเป็นหลักพื้นฐานของความยุติธรรม หรือ ถือว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” อันเป็นหลัก

^{๓๓}วราพจน์ วิศวตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิทยุชน ๒๕๖๕) ๔๓.

^{๓๔}เรื่องเดียวกัน, ๔๓-๖๐.

^{๓๕}เรื่องเดียวกัน, ๔๙-๕๑.

^{๓๖}บรรเจิด สิงคนดี, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๗, วิทยุชน ๒๕๖๓) ๑๒๘-๑๒๙.

ที่มีความมุ่งหมายเพื่อห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือไม่เลือกปฏิบัติด้วยวิธีใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน^{๓๗} ด้วยข้อพิจารณาหลักพื้นฐานการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และหลักดังกล่าวถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและมีผลบังคับดังเช่นหรือเสมอกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทุกประการ ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครอง จึงต้องพิจารณาอย่างเคร่งครัดตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ หากการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจตกเป็นโมฆะซึ่งในทางกฎหมายถือว่าไม่มีผลตั้งแต่ต้น

๓.๒ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นหลักการปกครองที่ยึดหลักนิติรัฐ การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนย่อมผูกพันต่อบทบัญญัติกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่มาจากประชาชนหรือตัวแทนของประชาชน ดังนั้น ก่อนจะใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยการบังคับให้บุคคลนั้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือห้ามมิให้บุคคลนั้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด องค์กรต่าง ๆ ของรัฐรวมถึงองค์กรฝ่ายปกครองจึงชอบที่จะต้องตรวจสอบว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบทใดให้อำนาจตนกระทำการเช่นว่านี้หรือไม่ หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ ให้อำนาจไว้ ก็ชอบที่จะละความตั้งใจที่จะกระทำการนั้นเสีย มิฉะนั้นการกระทำนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังคำพิพากษาฎีกาที่ ๗๒๐/๒๕๐๕ (ที่ประชุมใหญ่) และคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๓๘๓/๒๕๒๖

การใช้อำนาจกระทำการทางปกครองจึงเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง เป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายหรือมีเจตนาก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ดังนั้น การกระทำทางปกครองย่อมต้องอยู่ในบังคับตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หรือต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในเวลาที่จะออกคำสั่งทางปกครอง และหากคำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในเวลาที่จะออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย^{๓๘} ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกล่าวกันว่า ในนิติรัฐหรือในรัฐที่ยึดมั่นในหลักนิติธรรมนั้น ผู้ปกครองที่แท้จริงคือกฎหมาย ไม่ใช่มนุษย์ (government of laws, not of men) ผู้ใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งสูงต่ำอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นเพียงผู้รับใช้กฎหมายมีหน้าที่ดำเนินการปกครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น ดังคำกล่าวที่ว่า “be you never so high, the law is above you”^{๓๙}

เมื่อพิจารณาการปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบการปกครองที่ยึดหลักนิติรัฐ ผู้ปกครองอยู่ใต้กฎหมายหรือการใช้อำนาจกระทำทางปกครองต้องผูกพันกับกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยพิจารณาได้ ๒ ประการที่สำคัญ ดังนี้^{๔๐}

^{๓๗}วราพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๕๒-๕๓.

^{๓๘}วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ ๒๕๕๔) ๑๖๑.

^{๓๙}วราพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๕๒-๕๓.

^{๔๐}จิริณี ทะวานนท์, *คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ๒๕๕๙) ๗๙-๘๘.

ประการที่หนึ่ง สิทธิเสรีภาพ เป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ การบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพได้เท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิไม่ได้ โดยสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแบ่งประเภทใหญ่ ๆ ได้ ๒ ด้าน คือ สิทธิพื้นฐานที่กฎหมายเขียนจำกัดไม่ได้ เช่น สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น กับ สิทธิที่กฎหมายสามารถเขียนจำกัดได้กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนและการตรากฎหมายจำกัดสิทธิต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประการที่สอง หลักความชอบด้วยกฎหมายมิได้ใช้แก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเท่านั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการด้วย กล่าวคือ กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลจะต้องพิจารณารอคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารต้องผูกพันกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำใด ๆ ของฝ่ายบริหาร

โดยสาระสำคัญตามความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองตามกฎหมายปกครองพิจารณาเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมาย จิรนิติ หะวานนท์ เห็นว่า มีเงื่อนไขที่ควรพิจารณา ๓ ประการประกอบด้วย (๑) เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีอำนาจตามกฎหมายจึงจะกระทำได้ โดยการสั่งการของเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องอ้างอิงบทกฎหมายเสมอ (๒) ขอบเขตของการใช้อำนาจ ได้แก่ สถานที่ เวลา และบุคคล (๓) กระบวนการใช้อำนาจ คือ วิธีพิจารณาของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย^{๔๑} วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เห็นว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครอง มีองค์ประกอบย่อย ๒ หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” คือ องค์การฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ประการหนึ่ง และ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” คือ องค์การฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็เมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์การฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น โดยมีข้อพิจารณาบางประการ ดังนี้^{๔๒}

(๑) มาตรการใด ๆ ขององค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระก้ำว่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎร (ประชาชนหรือบุคคล) จำเป็นต้องมีกฎหมายรับรองมาตรการดังกล่าวนั้นเสมอ

(๒) มาตรการใด ๆ ขององค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ราษฎรไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ และองค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการได้แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ต้องมีรากฐานความชอบธรรมในทางกฎหมายและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(๓) มาตรการใด ๆ ขององค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ เช่น ข้าราชการ นักเรียน นักโทษ ทหารเกณฑ์ ฯลฯ ให้แยกพิจารณากำหนดมาตรการใน ๒ ประเภท คือ (๑) มาตรการที่กระทบสิทธิของบุคคล

^{๔๑}เรื่องเดียวกัน, ๘๗-๘๙.

^{๔๒}วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ ๒๕๕๔) ๔๗-๕๕.

ต้องมีกฎหมายกำหนดอย่างชัดเจน (๒) มาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรแต่ไม่กระทบสิทธิของบุคคล องค์กรสามารถกำหนดมาตรการต่าง ๆ ได้ แม้จะไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน

๓.๓ ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในทางทฤษฎีอาจจำแนกอำนาจที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครองใช้กระทำการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใดออกเป็น ๒ ประเภท คือ “อำนาจผูกพัน” (tied power or bound power) กับ “อำนาจดุลพินิจ” (discretionary power) โดยอำนาจทั้งสองประเภทนี้แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง คือ

(๑) “อำนาจผูกพัน” เป็นอำนาจกฎหมายให้ฝ่ายปกครองใช้กระทำการโดยบัญญัติบังคับไว้เป็นการล่วงหน้า โดยแก่นสาระของอำนาจผูกพัน คือ พันธะ หรือ หน้าที่ (duty) ที่ต้องกระทำการ หรือถูกผูกพันและต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ไม่มีโอกาส ไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจที่จะเลือกทำอย่างอื่นได้ ต้องทำตามกฎหมายเท่านั้น

(๒) “อำนาจดุลพินิจ” เป็นอำนาจกฎหมายให้ฝ่ายปกครองใช้กระทำการ โดยปล่อยให้ฝ่ายปกครองวินิจฉัยและตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะกระทำการหรือไม่ และหากสมควรจะกระทำการสมควรจะกระทำการนั้นอย่างไร

ดังนั้นแก่นสาระของอำนาจดุลพินิจจึงได้แก่ เสรีภาพในอันที่จะเลือก (freedom of choice) โดยเลือกวินิจฉัยและตัดสินใจเฉพาะกรณีว่าเรื่องสมควรจะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างไรให้เหมาะสมด้วยเหตุและผลหรือความเหมาะสมแก่กรณี^{๔๓} โดย จิรนิติ หะวานนท์ ได้อธิบายความหมายของดุลพินิจทางตำราของหลาย ๆ ประเทศ สรุปได้ดังนี้^{๔๔}

(๑) อังกฤษ ดุลพินิจหมายถึงอำนาจที่เลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียวย่อมมิใช่ดุลพินิจแต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่

(๒) สหรัฐอเมริกา เพิ่มเติมว่าเจ้าพนักงานมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระ โดยเลือกไม่กระทำก็ได้ก็ถือว่าเป็นดุลพินิจเหมือนกัน

(๓) ฝรั่งเศส อำนาจดุลพินิจคือความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย ทั้งนี้ หากดุลพินิจที่ปิดผันเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย เป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๔) เยอรมนี ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหมายถึงการที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความเห็นของตนในคดีเฉพาะราย และดุลพินิจนั้นต้องผูกพันอยู่กับบรรทัดฐานที่องค์กรนั้น

^{๔๓}วราพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิญญูชน ๒๕๖๕) ๑๒๐.

^{๔๔}จิรนิติ หะวานนท์, *คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ๒๕๕๙) ๑๖๓.

ได้วางไว้ด้วย กล่าวคือ ความยุติธรรมต้องมีความสม่ำเสมอ ฝ่ายปกครองจึงต้องผูกพันกับแนวบรรทัดฐานที่ตัวเองเคยวินิจฉัยไว้ แต่หากเปลี่ยนแปลงไปจากแนวบรรทัดฐานเดิม ฝ่ายปกครองต้องอธิบายให้ได้ด้วยหลักเหตุผล

จากความหมายดุลพินิจทางตำราของหลาย ๆ ประเทศดังกล่าว จิรนิติ หะวานนท์ เห็นว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจเมื่อกฎหมายให้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการในบรรดาทางเลือกที่ล้วนชอบด้วยกฎหมาย หากมีทางเลือกบางประการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ใช่ดุลพินิจ สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๐๕/๒๕๔๙ ได้วินิจฉัยว่า การใช้ดุลพินิจที่ไม่อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผล แต่เป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ เกินล้าออกนอกเขตของความชอบด้วยกฎหมาย^{๔๕} หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔๖/๒๕๑๐ “การฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้นไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือไม่ได้เป็นไปโดยสุจริต อันถือได้ว่าการวินิจฉัยเช่นนั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย”^{๔๖}

เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างของกฎหมายและขั้นตอนของกระบวนการใช้กฎหมายอาจแยกเป็น ๒ ส่วนคือ (๑) ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (faits juridiques - tatbestand) ซึ่งจะมี ความหมายครอบคลุมกว้างขวางเพื่อนำตัวบทมาตรานั้นนำไปใช้กับข้อเท็จจริงได้หลาย ๆ เรื่อง ยกตัวอย่างเช่น ในการเรียนกฎหมายสถาบันการศึกษาก็จะเรียนเน้นหนักการสอนแยกแยะองค์ประกอบส่วนเหตุนี้เอง (๒) องค์ประกอบส่วนผล เป็นองค์ประกอบในส่วนของความสัมพันธ์ของเหตุและส่วนผลของตัวบทบัญญัติของกฎหมาย (dispositif - rechtsfolge) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างพระราชบัญญัติสถานบริการที่ว่าถ้าผู้ใดได้รับอนุญาตสถานบริการแล้วไปประกอบกิจการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี นี้คือองค์ประกอบส่วนเหตุ องค์ประกอบส่วนผลคือจะต้องถูกถอนใบอนุญาต ไม่ต่อใบอนุญาต พักใบอนุญาต^{๔๗} โดยมีขั้นตอนและกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจกระทำการปกครองและการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจโดยความผูกพันต่อบทกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนี้

(๑) ขั้นตอนการใช้กฎหมายกระทำการทางปกครอง

(๑.๑) การวินิจฉัยข้อเท็จจริง คือ การตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าอะไรคือความจริงที่เกิดขึ้น การวินิจฉัยข้อเท็จจริงจึงเป็นการวินิจฉัยไปตามพยานหลักฐานเท่านั้นไม่ใช่ดุลพินิจ ไม่สามารถเลือกวินิจฉัยได้ตามอำเภอใจ เพราะฉะนั้นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาการวินิจฉัยข้อเท็จจริงไม่ใช่ดุลพินิจ ดุลพินิจไม่ได้อยู่ในขั้นตอนการใช้กฎหมายนี้^{๔๘} ดังนั้น ผู้ใช้อำนาจต้องรวบรวมและชี้แจงนำพยานหลักฐานต่าง ๆ ทั้งที่เป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘ และมาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ดังนี้

มาตรา ๒๘ ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี

^{๔๕}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิทยาลัย ๒๕๖๕) ๑๓๕.

^{๔๖}วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (นิติราษฎร์ ๒๕๕๔) ๘๔.

^{๔๗}จิรนิติ หะวานนท์, คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ๒๕๕๙) ๑๕๙-๑๖๐.

^{๔๘}เรื่องเดียวกัน, ๑๖๐-๑๖๑.

มาตรา ๒๙ (วรรคหนึ่ง) เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาพยานหลักฐานที่ตนเห็นว่าจำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริง ในการนี้ ให้รวมถึงการดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) แสวงหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง

(๒) รับฟังพยานหลักฐาน คำชี้แจง หรือความเห็นของคู่กรณีหรือของพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีกล่าวอ้าง เว้นแต่เจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นการกล่าวอ้างที่ไม่จำเป็นฟุ่มเฟือยหรือเพื่อประวิงเวลา

(๓) ขอข้อเท็จจริงหรือความเห็นจากคู่กรณี พยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ

(๔) ขอให้ผู้ครอบครองเอกสารส่งเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(๕) ออกไปตรวจสอบสถานที่คู่กรณีต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง และมีหน้าที่แจ้งพยานหลักฐานที่ตนทราบแก่เจ้าหน้าที่

(๑.๒) การปรับตัวบท คือ ขั้นตอนที่น่าข้อเท็จจริงที่วินิจฉัยแล้วในข้อเท็จจริงมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในตัวบทกฎหมายว่าเข้ากันได้หรือไม่ โดยมีลำดับขั้นตอนการปรับ คือ (๑) การตีความตัวบทกฎหมายว่ามีความหมายกว้าง ความหมายแคบ ครอบคลุมอย่างไร (๒) แยกแยะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าอะไรเป็นข้อเท็จจริงหลัก อะไรเป็นข้อเท็จจริงย่อย อะไรเป็นเรื่องสำคัญ อะไรเป็นเรื่องปลีกย่อย และต้องพิจารณาแยกแยะให้ถูกต้อง (๓) นำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับองค์ประกอบตามตัวบทมาเปรียบเทียบกับเข้ากันได้กับบทมาตราใดกับปรับบทกฎหมายต้องมีการตีความ ตัวบทมีความหมายอย่างไรผู้ใช้กฎหมายไม่มีอำนาจที่จะบอกว่ามี ความหมายอีกอย่างหนึ่ง ลักษณะการใช้กฎหมายในขั้นตอนปรับกฎหมายมีความหมายที่แน่นอน จึงไม่ใช่ดุลพินิจ ผู้ใช้กฎหมายไม่มีอำนาจอิสระที่จะคิดไปอย่างอื่นได้^{๔๙}

(๑.๓) การตัดสินใจ คือ การใช้อำนาจในส่วนองค์ประกอบของผล วิธีการเขียนกฎหมายในส่วนผลมีสองอย่างคือเป็นอำนาจผูกพันหรือเป็นอำนาจดุลพินิจ กล่าวคือ ถ้าเป็นอำนาจผูกพันผู้ใช้อำนาจก็ต้องปฏิบัติตามตัวบทมาตรานั้นอย่างแน่นอน แต่หากเป็นอำนาจดุลพินิจ ผู้ใช้อำนาจจะมีเลือกอยู่สองประเภทคือ เลือกที่ใช้อำนาจหรือไม่ ถ้าเลือกจะใช้อำนาจตามกฎหมายก็ต้องตัดสินใจต่อไปว่าจะใช้อย่างไร^{๕๐}

(๒) หลักทั่วไปของการใช้ดุลพินิจ

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นหลักปกครองที่ยึดหลักนิติรัฐ มุ่งคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพอันชอบธรรมของราษฎรและจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยพิจารณาในสองประการ คือ

^{๔๙}เรื่องเดียวกัน, ๑๖๑-๑๖๔.

^{๕๐}เรื่องเดียวกัน, ๑๖๔-๑๖๖.

(ก) กฎหมายต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ย่อมเป็นหลักประกันสิทธิราษฎรแต่ละคนจะได้รับการปฏิบัติ จากฝ่ายปกครองอย่างเสมอภาคหรือเท่าเทียมกัน

(ข) กฎหมายต้องมีความชัดเจนจะเป็นหลักประกันความมั่นคงในสถานะนิติฐานะของราษฎร (legal security) กล่าวคือ ทำให้ราษฎรอยู่ในวิสัยที่จะคาดหมายได้ล่วงหน้าว่า ถ้าตนตัดสินใจใช้สิทธิเสรีภาพ กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งลงไปแล้วการกระทำนั้นจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

แต่ด้วยการกระทำทางปกครองนั้นเป็นลักษณะการดำเนินกิจการทางปกครองเพื่อประโยชน์ สาธารณะหรือประโยชน์แก่ส่วนรวมและอาจไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งผันเปลี่ยนไปตามกาลเทศะ หรือบริบทการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคม หากกฎหมายที่ผลบังคับเป็นการทั่วไปและมีความชัดเจน โดยไม่เปิดช่องให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ยุติธรรมแก่ทุกคนในทุกกรณีได้ ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้อง จำแนกบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ออกเป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ประเภทเดียวกัน ตามหลักการเดียวกันซึ่งแม้จะมีลักษณะร่วมกันอยู่พอที่จะจัดเป็นประเภทเดียวกันได้ แต่หาได้เหมือนกัน ทุกแง่มุมไม่ ดังนั้น เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ไม่ละเลยการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง กฎหมาย จึงกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่ให้กระทำการ และในบางเรื่องบางกรณีให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ อย่างกว้างขวาง และประชาชนยอมสละโอกาสที่จะได้รับความยุติธรรมในทุกกรณีไปบางส่วนเพื่อให้ตนได้รับการ ปฏิบัติอย่างเสมอภาคกับผู้อื่นและเพื่อให้เกิดความมั่นคงในสถานะของตนเพื่อให้ตนได้รับความยุติธรรม ในกรณีเฉพาะเรื่องแต่ละกรณี โดยมีหลักทั่วไปของการใช้ดุลพินิจ สรุปได้ดังนี้^{๕๑}

(๒.๑) ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตแห่งเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายทุกฉบับต่างก็มีเจตนารมณ์ที่จะให้ฝ่ายปกครองออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใด เพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) ทั้งสิ้น ไม่มีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจฝ่ายปกครองออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาประโยชน์เอกชน (private interest) หากการใช้ดุลพินิจออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาประโยชน์เอกชนและมีได้อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมาย เรียกว่า “การใช้อำนาจโดยมิชอบ” (Abuse of Power) คือ มิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย และยังผลให้การกระทำที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจ ในพฤติการณ์เช่นว่านี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังเช่นที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๗๗/๒๔๙๘ สรุปสาระสำคัญได้ว่า คณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ำกำไรเกินควร จังหวัดสุรินทร์ อาศัยอำนาจตามความ ในพระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไรเกินควร พ.ศ. ๒๔๙๐ มาตรา ๘ (๖) ออกประกาศมิให้นำเนื้อสุกรชำแหละนอก เขตเทศบาลเมืองสุรินทร์เข้ามาจำหน่าย เป็นเหตุให้รายได้ของเทศบาลลดต่ำลง เป็นการก่อให้เกิดผลเสียหาย แก่เทศบาล และไม่ปลอดภัยแก่สวัสดิภาพของประชาชนผู้บริโภคร ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของคณะกรรมการส่วนจังหวัด มิได้มีความประสงค์ เพื่อป้องกันมิให้ค้ำกำไรเกินควรเลย กลับอ้างเหตุว่าเพราะทำให้รายได้ของเทศบาลตกต่ำลงบ้าง และ

^{๕๑}วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ ๕, วิทยุชน ๒๕๖๕) ๑๓๒-๑๖๐.

ไม่ปลอดภัยแก่สวัสดิภาพของประชาชนบ้าง ที่แท้จริงแล้ว การที่เมื่อสุกรฆ่าแหละเข้าไปในท้องที่หนึ่งท้องที่ได้มากแล้วกลับจะทำให้ราคาต่ำลงไปด้วยซ้ำไป ดังนั้น จึงเป็นประกาศโดยปราศจากอำนาจนอกเหนือไปจากอำนาจตัวบทกฎหมายซึ่งได้บัญญัติไว้ จึงใช้บังคับไม่ได้

(๒.๒) ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยแท้จริง กล่าวคือ อำนาจดุลพินิจมิใช่เสรีภาพในการวินิจฉัยและตัดสินใจซึ่งผู้ทรงอำนาจอาจเสียได้ตามอำเภอใจของตน แต่การใช้ดุลพินิจโดยแท้จริง คือ การกระทำที่เหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจมิใช่เสรีภาพที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจโดยไม่ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุของปัญหา แต่เป็นอำนาจที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจอย่างอิสระภายหลังจากที่ได้ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุของปัญหาอย่างรอบด้านแล้ว

นอกจากนี้ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ฝ่ายปกครองมีความชอบธรรมที่จะจัดระเบียบการใช้ดุลพินิจกระทำการในเรื่องต่าง ๆ ให้เป็นในทิศทางเดียวกัน เพื่อมิให้เกิดความลักลั่นในการปฏิบัติ โดยกำหนดเป็น “แนวนโยบาย” หรือ “แนวปฏิบัติ” แต่การใช้ “แนวนโยบาย” หรือ “แนวปฏิบัติ” ที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการ ต้องไม่ชักนำให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจกระทำการโดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้กระทำนั้น นอกจากนั้นฝ่ายปกครองยังต้องไม่มีความประสงค์ที่ให้แนวนโยบายหรือแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีสภาพเป็นกฎ หรือให้ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติตามแนวนโยบายหรือแนวปฏิบัตินั้นอย่างเคร่งครัดเหมือนดังเช่นการใช้บังคับกฎ หรือให้มีลักษณะยึดหยุ่น ผ่อนคลายมากกว่ากฎ โดยเฉพาะเรื่องใดที่หรือหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษอันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือก่อให้เกิดความยุติธรรมต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง หรือรุกเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(๒.๓) ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผล ดุลพินิจอาจปรากฏอยู่ในกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจกระทำการได้สองขั้นตอน คือ ขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง และขั้นตอนการตัดสินใจว่าจะกระทำการหรือไม่และหรือกระทำการนั้นอย่างไร ขั้นตอนแรกเรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” ส่วนขั้นตอนที่สองเรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” สรุปได้ดังนี้

(๒.๓.๑) ดุลพินิจวินิจฉัยโดยชอบด้วยเหตุผล ดังกล่าวมาแล้ว “ดุลพินิจวินิจฉัย” คือ เสรีภาพในอันที่จะวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและรับฟังได้เป็นอันยุติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจกระทำการไว้ เสรีภาพในอันที่จะวินิจฉัยเช่นว่านี้เกิดขึ้นในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจกระทำการไว้ โดยใช้ถ้อยคำที่ไม่แน่นอนตายตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อยคำที่แสดงออกถึงคุณค่าของบุคคล ทั้งนี้ ถ้อยคำที่ไม่แน่นอนตายตัวมีข้อจำกัดสองด้านอยู่เสมอ กล่าวคือ มีข้อเท็จจริงอยู่กลุ่มหนึ่งซึ่งวิญญูชนเห็นพ้องตรงกันว่าอยู่ในความหมายนั้น ขณะเดียวกันก็มีข้อเท็จจริงอยู่กลุ่มหนึ่งซึ่งวิญญูชนต่างก็มีความเห็นพ้องตรงกันว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยเหตุผล ซึ่งเป็นการ “ฝืน” ความเห็นของวิญญูชน การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยฝืนความเห็นวิญญูชนเช่นนี้ ศาลปกครองแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรียกว่าเป็น “การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน” (obvious Error) ศาลยุติธรรมของประเทศ

กฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) โดยเฉพาะศาลยุติธรรมอังกฤษเรียกว่า “การใช้ดุลพินิจที่ปราศจากเหตุผลอันควรการแก่รับฟัง” (unreasonableness)

(๒.๓.๒) ดุลพินิจตัดสินใจโดยชอบด้วยเหตุผล ดังที่กล่าวมาแล้ว “ดุลพินิจตัดสินใจ” คือ เสรีภาพในอันที่จะเลือกว่าสมควรที่จะกระทำหรือไม่กระทำและหรือสมควรที่จะกระทำการอย่างไร การใช้ดุลพินิจจึงมีความหมายเช่นเดียวกับ “หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักพอสมควรแก่เหตุ” อันมีสาระสำคัญย่อยสามหลักการคือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ อย่างไรก็ตาม “หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักพอสมควรแก่เหตุ” ต่างเป็นหลักกฎหมายที่มีความหมายไม่แน่นอนตายตัว วิทยุชนอาจมีความเห็นต่างได้ว่า กฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใดที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับหรือทำลงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้สำเร็จลุล่วงไปได้หรือไม่ หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนมากกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือไม่ ดังนั้น กฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นนั้นขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น หรือหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบอย่างชัดเจนถึงขนาดที่ไม่อาจคาดเห็นได้เลยว่าจะมีวิทยุชนคนใดหรือคณะใดออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำใดในเรื่องนั้นเช่นนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๑๐-๙๒๐/๒๕๑๐^{๕๒}

ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นให้อำนาจสั่งแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร รื้อถอนอาคารที่โจทก์เช่าอาศัยได้โดยเด็ดขาดและเป็นที่สุด ฉะนั้นศาลจึงย่อมมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีพิพาทระหว่างผู้เช่าอาคารกับเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นได้ตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคารฯ มิได้ถือเอาสภาพอันเป็นนารังเกียจของอาคารพิพาทเป็นลักษณะสำคัญ อันเป็นที่ตั้งแห่งการวินิจฉัยที่จะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นสั่งรื้อถอนอาคารพิพาท คำว่า “ไม่มั่นคงแข็งแรง ไม่ปลอดภัย อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน” คำว่า “อาจ” ไม่มีความหมายตรงกับคำว่า “น่า” เพราะโอกาสที่เป็นอันตราย ฯลฯ ตามความหมายแห่งถ้อยคำทั้งสองดังกล่าวนี้ต่างกัน กล่าวคือ ตามพจนานุกรม คำว่า “น่า” แปลว่า “ควร ฯลฯ” ซึ่งมีความหมายแน่นอนกว่า “อาจ” ซึ่งแปลเพียงว่า “เป็นไปได้ ฯลฯ” เท่านั้น ฉะนั้นเมื่อคดีได้ความว่าอาคารพิพาทอยู่ในสภาพมั่นคงพออยู่อาศัยได้ตามปกติโดยปลอดภัย คำสั่งของจำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นให้รื้อถอนอาคารพิพาท จึงมิได้ตั้งอยู่บนเหตุผลไม่มีมูลฐานตามกฎหมาย

(๓) การตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาล

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองกระทำทางปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมกระทำการตามหลักความชอบกฎหมาย และแม้การใช้อำนาจดุลพินิจก็ต้องเป็นดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือหากการใช้ดุลพินิจซึ่งกฎหมายมิได้บัญญัติ ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตแห่งเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังคำกล่าวประธานศาลสูงของสหรัฐอเมริกาว่าดุลพินิจย่อมต้องชอบด้วยกฎหมายคือไม่เป็นดุลพินิจโดยทุจริต ดังนั้นดุลพินิจทั้งสิ้นของฝ่ายปกครองย่อมถูกตรวจสอบควบคุมได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติชัดเจนว่าไม่ให้ตรวจสอบ

^{๕๒}วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (นิติราษฎร์ ๒๕๕๔) ๘๓.

การควบคุมดุลพินิจอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอีกหลายอย่าง แต่ที่เห็นชัดคือ ดุลพินิจที่ทุจริต หรือ ศาลปกครองเยอรมัน เห็นว่า การตีความก็ดี การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายก็ดี ศาลควบคุมตรวจสอบได้ทั้งนั้น เพราะศาลคือตัวแทนวิญญูชน ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับสิทธิทางศาลอย่างบริบูรณ์ คือสิทธิจะโต้แย้ง ฝ่ายปกครองตีความอย่างไม่ถูกต้อง^{๕๓}

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้คดีปกครองให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทหรือมีคำสั่งตามมาตรา ๙ (๑) - (๖) และมีอำนาจกำหนดค่าบังคับบางอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา ๗๒ โดยกำหนดให้ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้บัญญัติให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายและมีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ในการเข้าไปช่วยเหลือเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้น นอกจากนี้ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้อำนาจตุลาการในการที่จะเรียกพยานหลักฐานจากฝ่ายปกครองและได้กำหนดวิธีพิจารณาคดีปกครองแยกเอกเทศจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง^{๕๔} โดยระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ข้อ ๕ วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาองค์ประกอบการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายและมีสิทธิฟ้องคดีปกครอง บรรเจิด สิงคนติ ได้อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามนัยมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยเห็นว่า ผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามนัยมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีกว้างกว่าสิทธิในการฟ้องคดีแพ่งตามมาตรา ๕๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งกำหนดไว้ว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง” แต่ในขณะที่คดีปกครองกำหนดไว้ว่า “ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้” ย่อมมีความหมายกว้างกว่า “สิทธิ” เหตุที่ในคดีปกครองได้กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดีกว้างกว่าในคดีแพ่ง เพราะความมุ่งหมายในคดีปกครองมุ่งที่จะตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่^{๕๕} ดังนั้น หากฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนเพียงพอหรือไม่สุจริต มิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย ศาลจึงมีอำนาจตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นได้ แต่หากดุลพินิจนั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง การใช้ดุลพินิจโดยสุจริต ชอบด้วยเหตุผล เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ศาลไม่อาจก้าวล่วง ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๖-๖๔๗/๒๕๑๐ โดย ศ.จิตติ ดิงศภัทย์ ได้วินิจฉัยความว่า^{๕๖}

^{๕๓} จิรนิติ หะวานนท์, คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ๒๕๕๙) ๑๕๗-๑๖๓.

^{๕๔} ประสาท พงษ์สุวรรณและสุรีย์ เผ่าสุวรรณ, ‘หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง’ (admincourt, ๒๕๔๕)

<<https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/๐๙bookdetail-๖๕๒๓.html>> สืบค้นเมื่อ ๑๒ มกราคม ๒๕๖๖.

^{๕๕} บรรเจิด สิงคนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ ๗, วิญญูชน ๒๕๖๓) ๓๑๑-๓๑๒.

^{๕๖} จิรนิติ หะวานนท์, คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ๒๕๕๙) ๑๖๗.

ศาลย่อมไม่ริื้อฟื้นข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจที่เจ้าหน้าที่รับฟังหรือวินิจฉัยว่า ในหลักความชอบด้วยกฎหมายการใช้ดุลพินิจเป็นปัญหาข้อเท็จจริง การจะฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจหรือการใช้ดุลพินิจไปทางใดจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ แต่มีข้อยกเว้นว่าการฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้น (๑) ไม่มีพยานหลักฐาน (๒) ไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอ หรือ (๓) มิได้เป็นไปโดยสุจริต ก็ถือว่าการวินิจฉัยเช่นนั้นไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมาย ในตอนต้นของฎีกาว่าการใช้ดุลพินิจเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถ้าเป็นดุลพินิจที่ไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุน ไม่มีเหตุผลสนับสนุนหรือไม่สุจริต ปัญหาข้อเท็จจริงนั้นจะกลับกลายเป็นปัญหาข้อกฎหมายขึ้นมาทันที คือ มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย หลักนี้ใช้ในเรื่องการรับฟังข้อเท็จจริงด้วย ปัญหาข้อเท็จจริงต้องวินิจฉัยโดยมีพยานหลักฐาน ถ้ามีพยานหลักฐานแล้วเชื่อว่าเป็นอย่างนั้นเป็นอย่างนี้โดยให้เหตุผลตามพยานหลักฐานอันนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถ้าพยานหลักฐานระบุไปทางหนึ่ง แต่วินิจฉัยไปอีกทางหนึ่งโดยพยานหลักฐานไม่ได้สนับสนุนให้ฟังไปทางนั้นกลายเป็นปัญหาข้อกฎหมาย เรียกว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความสำคัญของฎีกาดังนี้อยู่ที่ว่าการวางหลักของศาลในการใช้อำนาจตามกฎหมายเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจและการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองโดยอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ววางหลักต่อไปว่า เหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคือไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอ ไม่มีเหตุผลเพียงพอ หรือไม่เป็นไปโดยสุจริต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๐/๒๕๕๓^{๕๗}

เมื่อคณะกรรมการยา ซึ่งประกอบด้วย ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเรื่องยาโดยเฉพาะ มีความเห็นว่า ยาพีพีเอมีความเสี่ยงเพิ่มขึ้นเมื่อเป็นยาแก้ไข้หวัด และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข โดยคำแนะนำของคณะกรรมการอาหารและยาได้สั่งให้ผู้ผลิตยาหรือผู้ได้รับอนุญาตนำหรือสั่งยาเข้ามาในราชอาณาจักร แก้ไขทะเบียนตำรับยาที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้ว ถือว่าการสั่งดังกล่าวเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้ยา การดำเนินการของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นการดำเนินการตามกระบวนการในการออกคำสั่งตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา ๘๖ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ แล้ว ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปพิจารณาดุลพินิจขององค์ผู้เชี่ยวชาญ

ตามหลักการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาล อำนาจฝ่ายตุลาการจึงไม่มีอำนาจไปปรับเปลี่ยนแก้ไขดุลพินิจฝ่ายปกครองนั้นมิได้ หากดุลพินิจนั้นสุจริตและชอบด้วยกฎหมาย อำนาจฝ่ายตุลาการมีอำนาจเพียงตรวจสอบให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ฝ่ายตุลาการจะไม่ก้าวล่วงไปปรับเปลี่ยนดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย เว้นแต่ดุลพินิจนั้นทะลุขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นดุลพินิจไม่สุจริตหรือทุจริต

๔. สรุป วิเคราะห์และความเห็น

อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ หากการใช้อำนาจนั้นรวมศูนย์อยู่ที่องค์การเดียวหรือไปรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือบุคคลคณะเดียวนั้นจะมี “อำนาจเด็ดขาด” หรือ “อำนาจเบ็ดเสร็จ” และด้วยอำนาจนั้นทำให้ผู้ทรงอำนาจนั้นเลวลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ทรงอำนาจนั้นเลวลงอย่างที่สุด” หรือ

^{๕๗}วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (นิติราษฎร์ ๒๕๕๔) ๘๕.

“มันคือความจริงอันเป็นนิรันดร์ว่าเหล่ามนุษย์ผู้มีอำนาจอยู่ในมือมักจะใช้ในทางที่ผิด เขาจะใช้มันไปจนกว่าจะพบขีดจำกัดของมัน... แม้แต่คุณธรรมก็ยังมีขอบเขตเช่นกัน” อีกทั้ง เมื่อพิจารณาความเป็นมนุษย์โดยเฉพาะปุถุชนหรือคนทั่วไปซึ่งมิใช่วิญญูชน เมื่อมีอำนาจแล้ว มักมีแนวโน้มใช้อำนาจและใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงกำหนดอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองเป็นของปวงชน รัฐสภาเป็นตัวแทนของประชาชนและเป็นองค์กรใช้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือเรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” การใช้อำนาจกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา

เมื่อพิจารณาอำนาจขององค์กรทางปกครองหรือฝ่ายปกครอง เป็นการใช้อำนาจทางการบริหารตามกฎหมายเพื่อจัดทำกิจกรรมตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน หรือที่เรียกว่า “ประโยชน์ส่วนรวม” หรือ “ประโยชน์สาธารณะ” แต่ด้วยการใช้อำนาจโดยเฉพาะอำนาจกระทำทางปกครองนั้น เป็นอำนาจเหนือเอกชนและรุกเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชน อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสถานภาพของสิทธิหรือเสรีภาพของปัจเจกชนโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อจำกัดอำนาจและควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และมีผลกระทบกระเทือนต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคลเป็นการชั่วคราวหรือถาวร รัฐธรรมนูญและกฎหมายจึงได้บัญญัติหลักการควบคุมการใช้อำนาจโดยเฉพาะการกระทำทางปกครองย่อมต้องอยู่ในบังคับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ประกอบด้วย การกระทำของฝ่ายปกครองจะขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้และฝ่ายปกครองจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นลักษณะกระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจกฎหมายจึงเป็นทั้งที่มาแห่งอำนาจและจำกัดการใช้อำนาจ

โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายกลางได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมจากการใช้อำนาจเหนือของฝ่ายปกครอง ได้แยกการกระทำทางปกครองไว้ ๔ ประเภท ประกอบด้วย คำสั่งทางปกครอง กฎ คำสั่งอื่นและแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจและการกระทำอื่น ทั้งนี้ หากการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจตกเป็นโมฆะซึ่งในทางกฎหมายถือว่าไม่มีผลตั้งแต่นั้นและหรือหากการกระทำอื่นซึ่งมิใช่การกระทำทางละเมิดหรือมิใช่ลักษณะละเมิดต่อเจ้าหน้าที่ แม้จะเป็นการกระทำใช้อำนาจทางกฎหมายและเป็นการกระทำทางปกครอง แต่หากกระทำดังกล่าวได้รับทวนสิทธิหรือรอนสิทธิปัจเจกชนหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบจากการกระทำจากการกระทำอย่างอื่นตามหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด นอกจากนี้ การปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำโดยมิได้หวังผลทางกฎหมายแต่มุ่งหมายต่อผลในทางข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครอง เช่น การกำหนดแนวการปฏิบัติราชการหรือการกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจมิให้เกิดความสับสนของฝ่ายปกครองหรือการขอความร่วมมือให้ต้องปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กร แม้การปฏิบัติราชการทางปกครองจะมีความสำคัญน้อยกว่าการกระทำทางปกครองซึ่งมุ่งหมายต่อผลในทางกฎหมาย การปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็ย่อมต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่หรือการปฏิบัติราชการทางปกครอง จะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ หากการ

ปฏิบัติการทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ปราศจากอำนาจ หรือการกระทำไปละเมิดสิทธิของบุคคล ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบ

ด้วยเหตุนี้ ในนิติรัฐหรือในรัฐที่ยึดมั่นในหลักนิติธรรมนั้น ผู้ปกครองที่แท้จริงคือกฎหมาย ไม่ใช่มนุษย์ ผู้ใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งสูงต่ำอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นเพียงผู้รับใช้กฎหมายมีหน้าที่ดำเนินการปกครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น ดังคำกล่าวที่ว่า “be you never so high, the law is above you” ดังนั้น ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จึงเป็นหลักการพื้นฐานในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องไม่ขัดแย้งต่อกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา หรือ การใช้ของอำนาจของฝ่ายปกครองกระทำทางปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยมีองค์ประกอบย่อย ๒ หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” คือ องค์การฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ประการหนึ่ง และ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” คือ องค์การฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็เมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์การฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” และ “ข้อจำกัด” ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง

เพื่อควบคุมการใช้อำนาจขององค์การฝ่ายปกครองหรือฝ่ายปกครองมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองวินิจฉัยและตัดสินใจได้อย่างอิสระตามข้อเท็จจริงว่าสมควรจะกระทำการหรือไม่ และหากสมควรจะทำการ สมควรจะกระทำการนั้นอย่างไร ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตแห่งเจตนารมณ์ของกฎหมาย มีเหตุมีผล “ไม่ฝืน ความเห็นของวิญญูชน” ทั้งนี้ หากดุลพินิจนั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองและฝ่ายปกครองการใช้ดุลพินิจโดยสุจริต ชอบด้วยเหตุผล เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ศาลไม่อาจก้าวล่วง แต่หากฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนเพียงพอ ไม่อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผล มีขอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรือไม่สุจริต ศาลจึงมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นได้

บรรณานุกรม

หนังสือ

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. *กฎหมายปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ ๗. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๑.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*. พิมพ์ครั้งที่ ๑๑. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๔.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ ๘. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๕.

จิรนิติ หะวานนท์. *คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๙.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. *ความรับผิดชอบของรัฐ: ความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๓.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ ๑๔. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๔.

ฐากร ศิริยุทธ์วัฒนา. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย*. พิมพ์ครั้งที่ ๖. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๕.

บรรเจิด สิงคนดี. *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ ๗. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๓.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *กฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๖๐.

มานิตย์ จุมปา. *หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. พิมพ์ครั้งที่ ๖. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, ๒๕๖๕.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, ๒๕๕๔.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๖๕.

สมบัติ จันทรวงศ์. *ความเรียงที่สองว่าด้วยการปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๖๔.

วารสารออนไลน์

ประสาธ พงษ์สุวรรณ, และสุรีย์ เผ่าสุวรรณ. *หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. ๒๕๔๕

<https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/๐๙bookdetail-๖๕๒๓.html>